



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo



DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL ESTADO DE DERECHO

Actas del III Coloquio binacional México-España

26 conferencias de profesores de Derecho españoles y mexicanos
43 ponencias de jóvenes investigadores en Derecho de México, España y otros países

Directores del Coloquio:

Abril Uscanga Barradas (UNAM)
Jesús Aquilino Fernández Suárez (Universidad de Oviedo)

Colaboración organizativa:

Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM
Grupo de investigación FILARJU
Proyectos de investigación MINECO: DER2013-47662-C2-1R
Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas de la Universidad de Oviedo
Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo
Vicerrectorado de Extensión Universitaria y Proyección Internacional
Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo
Ayuntamiento de Oviedo

© Los autores

D.Legal: AS 2465-2017

I.S.B.N.: 978-84-16664-66-5

Índice

Saludo y Bienvenida	3
Palabras de bienvenida del Rector de la Universidad de Oviedo, Santiago García Granda	5
Palabras de bienvenida del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, José María Roca Martínez	9
Palabras de salutación del Coordinador del Programa de Postgrado en Derecho de la UNAM, Carlos Humberto Reyes Díaz	11
CONFERENCIA. Fernando Serrano Migallón (UNAM), «La República española en el exilio»	15
CONFERENCIA. Benjamín Rivaya García (U. de Oviedo), «El exilio iusfilosófico español en México (1936-1977)»	25
RONDA DE PONENCIAS.	
«Estado de Derecho en México. El reto de la obediencia a la ley», Francisco López González	37
«Los derechos humanos en el Estado de Derecho», Giovanni G. Saucedo Medina	47
«La obligación de garantizar los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de 2011: una aproximación desde el principio pro persona y la cláusula de interpretación conforme», M.ª Elisa Franco Martín del Campo	57
«La guerra contra el terrorismo, ¿retorno a la teoría de la guerra justa?», Beatriz González Minguela	67
CONFERENCIA. Carlos Humberto Reyes Díaz (UNAM), «Limitaciones del Estado en temas de regulación»	75
CONFERENCIA. Luis Martínez Roldán (U. de Oviedo), «La seguridad jurídica: un concepto inseguro»	93
CONFERENCIA. Adolfo Eduardo Cuitlahuac Montoya López (UNAM), «La gobernabilidad en México en relación con las sentencias judiciales y la igualdad de género»	103
CONFERENCIA. Lucía Payero López (U. de Oviedo), «La gestión de la crisis de los refugiados en Europa: algunas reflexiones»	119
RONDA DE PONENCIAS	
«Dilemas morales y legitimidad frente al Estado de Derecho», Iris Y. Suénaga Olmeda	135
«Habeas data: derecho humano a la protección de datos personales y su tutela efectiva», Cecilia Cárdenas Dávalos	143
«Acceso a la justicia y Estado de Derecho: la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y ambientales en México», Hugo A. Alcantar Valencia	157

«La justicia constitucional como alternativa a los problemas de legitimidad representativa en la Unión Europea», Lizette González Porras	167
«Estado de Derecho y metropolización, como marco para el cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos en la Zona Metropolitana del Valle de México», Adrián Benítez Ruíz	175
CONFERENCIA. Cecilia del Carmen Azuara Arai (UNAM), «Hacia un nuevo régimen de transparencia en México».....	185

RONDA DE PONENCIAS

«Jurisprudencia de la virtud. Su importancia como obligación judicial del Estado democrático», Marco A. Sandoval López	205
«La facultad de investigación como garantía constitucional en México», Marcelo Guerrero Rodríguez	213
«Consideraciones sobre el Derecho Penal del enemigo: Populismo penal y derechos humanos en México. Caso Tierra Caliente 2009-2016», Javier A. Contreras Vázquez	221
«La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana en México», Salvador Guerrero Navarro	231
«Los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género en la legislación española», Sonia V. Villa Sieiro	241
«La transparencia en el Estado democrático de Derecho», Patricia García Majado	251
CONFERENCIA. José Manuel Cabra Apalategui (U. de Málaga), «¿Antinomias constitucionales? Una concepción coherentista de las normas de derecho fundamental».....	257
CONFERENCIA. Leonor Suárez Llanos (U. de Oviedo), «Falsos dilemas ponderativos del Estado Social de Derecho».....	273
CONFERENCIA. Marta González Tascón (U. de Oviedo) «La reinserción social a la luz de las últimas reformas del Código Penal».....	293
CONFERENCIA. Luis Roca Agapito (U. de Oviedo), «Los derechos de las víctimas en el ordenamiento jurídico español».....	311

RONDA DE PONENCIAS

«Tecnologías reproductivas en el Estado de Derecho. Riesgos y paradigmas emergentes», Yessica P. Báez Benítez	319
«¿Debe el Estado favorecer la “democratización” de los grupos religiosos en aras de una mayor protección de los derechos fundamentales de los individuos que los integran?», Juan González Ayesta	327
«Diversidad familiar y políticas públicas: nuevos retos del Estado de derecho», Alma V. Montiel Núñez	335
«Derecho a la protección de datos personales, obligación de los estados de Derecho en un mundo globalizado», Bithia Castillo Sierra	343
«La garantía del voto libre en la elección de representantes en el Derecho romano», María José Azaustre Fernández	353

CONFERENCIA. Rafael Hernández Marín (U. de Murcia), «La sustitución interna en casos de huelga: un análisis de la doctrina jurisprudencial española».	363
CONFERENCIA. Marcos M. Pascual González (U. de Oviedo), «El deber de contribuir en un sistema de ingresos públicos constitucionalmente válido».	373

RONDA DE PONENCIAS.

«Necesidad de una protección al consumidor transfronterizo como obligación de un Estado de Derecho social internacional», Amada M. Arley Orduña .	389
«Estructura de los principios jurídicos en Ronald Dworkin», Adriana Restrepo Ospina .	399
CONFERENCIA. Luis Manuel Piloñeta Alonso (U. de Oviedo), «La renovación del derecho español de patentes».	409
CONFERENCIA. María Luisa Muñoz Paredes (U. de Oviedo), «La economía colaborativa y el seguro».	447
CONFERENCIA. Pilar Gutiérrez Santiago (U. de León), «Dignidad y reputación de las personas fallecidas: la tutela civil de la memoria de los difuntos».	465
CONFERENCIA. Marta Ordás Alonso (U. de León), «El mantenimiento del estatus de los hijos con posterioridad a la ruptura de sus progenitores».	495

RONDA DE PONENCIAS.

«El derecho a la procreación en el Estado de Derecho», Cynthia Cuenca González Zúñiga .	511
«Los problemas emergentes en el derecho de filiación», María Rodríguez López .	521
«La igualdad de los hijos en los distintos derechos sucesorios», Clara Gago Simarro .	529
«La nulidad parcial de los contratos», Borja del Campo Álvarez .	539
«Aproximación a la realidad de la vivienda en España. Medidas de protección frente al desahucio», Paula Ventoso Sanjulián .	547
«El principio de seguridad jurídica en la jurisprudencia civil: el caso de la doble venta», Ignacio Fernández Chacón .	557
CONFERENCIA. Alejandro Huergo Lora (U. de Oviedo), «Las potestades administrativas de defensa de los bienes públicos y sus relaciones con los Tribunales y el Registro de la propiedad».	565
CONFERENCIA. Miguel Presno Linera (U. de Oviedo), «La expansión del Derecho administrativo sancionador <i>securitario</i> (análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana)».	583

RONDA DE PONENCIAS.

«La prisión permanente revisable en la legislación española», Cristina Isabel López López .	607
«Un mundo de no binarios escenarios o espacios (posibles o imaginarios)», Gloria Vargas Romero .	613
«Seguridad jurídica y sobrerregulación europea en materia de comercialización de productos y servicios financieros», Covadonga Díaz Llavona .	623

«La acción popular como instrumento de acceso a la justicia en el Derecho comparado», Laura Álvarez Suárez	629
« <i>Fracking</i> , vulneración al derecho humano al agua», Tanya S. Fuentes González	639
«Nuevas técnicas de investigación y su posible afectación a los derechos fundamentales: la figura del agente encubierto», Sandra Raimúndez López	649
CONFERENCIA. María José García Salgado (U. de Oviedo), «Conceptos e intereses en la aplicación judicial del Derecho».....	659
CONFERENCIA. Jesús Hernández Galilea (U. de Oviedo), «Aporías posmodernas del proceso penal».....	669
CONFERENCIA. Juan Antonio García Amado (U. de León), «Impuestos, igualdad y estado social».....	679
CONFERENCIA. Xacobe Bastida Freixedo (U. de Oviedo), «Bases filosóficas de la autoridad en el estado de derecho».....	691
CONFERENCIA. Roger Campione (U. de Oviedo), «Mutaciones normativas del <i>ius belli</i> . Un plan de trabajo».....	719
CONFERENCIA. Abril Uscanga Barradas (UNAM), «Nuevas teorías en la Filosofía política: una breve presentación del republicanismo, liberalismo y comunitarismo».....	727

PRESENTACIÓN

La presente publicación, que lleva por título: *Derechos y obligaciones en el Estado de Derecho*, es el fruto destilado de los trabajos defendidos y debatidos en el marco de un encuentro de naturaleza internacional e interdisciplinar realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, durante los días 12 a 15 de diciembre de 2016, bajo los auspicios de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo.

En esta ocasión, se trata del III Coloquio Binacional México-España, que ha reunido a 69 profesores universitarios y jóvenes investigadores especialistas en las diversas ramas del mundo jurídico procedentes de distintas Universidades españolas (Oviedo, León, Murcia, La Rioja, Málaga) y de la Universidad Nacional Autónoma de México, para analizar y profundizar en el conocimiento de algunos de los múltiples desafíos a los que se enfrenta el Derecho de nuestros días. Aquí, en las Actas, simplemente se recogen de forma muy esquemática las aportaciones personales de cada uno de los participantes y no se reproducen las más de 15 horas de debate y discusión que son una muestra inequívoca del interés y la dificultad que plantean las cuestiones abordadas.

El carácter plural, interdisciplinar e internacional de los temas analizados, hace difícil su ordenación unitaria y sistemática pero a la vez posibilita una visión más rica y global gracias a esa diversidad de experiencias y perspectivas. El orden de publicación será el mismo que el del programa seguido en el Coloquio: se agrupan participantes españoles y mexicanos en función de temáticas afines y conexas, a la vez que se mantiene la distinción entre las conferencias, realizadas por especialistas senior y de mayor extensión en su contenido y las ponencias, desarrolladas por investigadores de posgrado cuya extensión es más reducida.

Es el momento de las menciones y agradecimientos a quienes han hecho posible esta iniciativa de intercambio doctrinal y personal entre juristas mexicanos y españoles. En primer lugar, a todos los conferenciantes y ponentes que de manera totalmente altruista y desinteresada han colaborado con su trabajo y esfuerzo. En segundo lugar, agradecer a la Universidad Nacional Autónoma de México y a la Universidad de Oviedo, así como a las respectivas autoridades de ambas universidades que han colaborado de una u otra forma, por todos los medios y recursos que nos han brindado para llevar a buen fin esta empresa. En tercer lugar, la labor realizada por los profesores del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo, quienes como presidentes de mesa se encargaron del buen desarrollo de las diversas sesiones y de la coordinación de los turnos de debate. En cuarto lugar, es preciso reconocer de manera especial el apoyo y la colaboración del Profesor Juan Antonio García Amado, auténtico intermediador entre juristas de un lado y otro del Atlántico, y un maestro en el arte del análisis y la interconexión de los problemas de la teoría jurídica, política y social de

nuestro tiempo. Ya por último, agradecer la ayuda del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas y del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo por hacer posible esta publicación.

Abril Uscanga Barradas (Universidad Nacional Autónoma de México) y
Jesús Aquilino Fernández Suárez (Universidad de Oviedo)
Codirectores del III Coloquio Binacional México-España

Saludo y bienvenida del Rector de la Universidad de Oviedo, Santiago García Granda

Mis primeras palabras han de ser de bienvenida desde nuestra institución académica a todos los participantes de otras universidades en este *III Coloquio binacional México-España*. A todos quiero expresar el ferviente deseo de una plácida estancia, al mismo tiempo que transmitir un afectuoso saludo a todos los que nos acompañáis en este acto.

Pero permitidme que lo haga de una manera especial a esta numerosa delegación de la Universidad Nacional Autónoma de México. Eventos como el que hoy tengo el honor de inaugurar hacen revivir los lazos entre España y México y que –en palabras de su presidente de la República– son centenarios, fraternos e indisolubles.

Ustedes los mexicanos saben mucho mejor que yo que –según la leyenda popular–, se dice que estando en la cúspide de la Pirámide del Sol, de pie en el centro de la plataforma, si se pide un deseo, este seguramente se cumplirá. Aunque parezca un juego de palabras, es mi deseo que –de manera simbólica– por un momento, nos traslademos a la cúspide de la Pirámide y desde allí pedir otro deseo para que nos proporcione valiosos y excelentes frutos entre nuestras dos universidades.

También quiero agradecer la colaboración que prestan en estas jornadas los distintos grupos y componentes de proyectos de investigación. Agradecimiento que hago extensivo al Ayuntamiento de Oviedo, a nuestra Facultad de Derecho y al Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas. Y de modo singular a los directores del Coloquio: Abril Uscanga Barradas (UNAM) y Jesús Aquilino Fernández Suárez (Universidad de Oviedo).

Vosotros, como juristas, sabéis mejor que yo, que los objetivos de jornadas como las que hoy dan comienzo, se hallan en la promoción y el fomento del estudio, la investigación y la docencia del Derecho. Aquí hay, precisamente, un punto de conexión con los compromisos que hemos adquirido en esta nueva etapa rectoral que tengo el honor de presidir.

Se trata de fomentar la Investigación Interdisciplinar. Por eso, nos hemos comprometido a potenciar el desarrollo de proyectos docentes e investigadores interdisciplinares para aprovechar las sinergias que aportan las distintas áreas de conocimiento para el desarrollo de proyectos transversales de interés científico y social: no solo emprendimiento, salud u otras disciplinas, sino también fundamentos jurídicos. De ahí la especial atención a las iniciativas promovidas desde las ramas de conocimiento de Ciencias Sociales y Jurídicas para situarlas en un plano de igualdad con el resto.

Sería una temeridad por mi parte manifestar aquí qué es el Derecho. Pero, al margen de construcciones dogmáticas, creo que interesa hacer en este momento alguna reflexión.

El pasado *sábado día 10*, como todos sabemos, se conmemoraba el «Día de los Derechos Humanos». En su mensaje, el todavía Secretario General Ban Ki-Moon, decía –y cito a la letra–:

Mientras desempeñaba el cargo de Secretario General durante el decenio pasado he destacado en repetidas ocasiones la interdependencia de los tres pilares de las Naciones Unidas –la paz, el desarrollo sostenible y los derechos humanos–, que, juntos, constituyen la base de las sociedades resilientes y cohesionadas, *enraizadas en la inclusión, la justicia y el estado de derecho*.

Porque, efectivamente, como también apuntaba Ban Ki-Moon, defender los derechos humanos va en interés de todos. El respeto de los derechos humanos promueve el bienestar de las personas, la estabilidad de las sociedades y la armonía de este mundo tan interconectado.

Los derechos humanos –como condiciones instrumentales que le permiten a la persona su realización– han de incluir aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos.

Desde esa óptica, como he recordado en otra ocasión, el Derecho se ha creado para realizarse en la vida y su realización consiste en su aplicación a casos concretos. Si el Derecho solo en su aplicación encuentra la razón de ser, es claro que el jurista no puede prescindir de la materia viva, a la cual va a ser aplicado.

Con todo, como ha señalado uno de nuestros mejores juristas de los últimos tiempos –el profesor DIEZ PICAZO– «Ponen en peligro al Derecho los legisladores motorizados, que actúan de forma precipitada y a veces sin la debida preparación previa. Por doquier se pierde el respeto de la ley. Se denomina interpretación –que es una actividad seria– a lo que finalmente no es más que una coartada de la arbitrariedad. Se predica, contra la ley, el sentido Popular de la justicia. El Derecho es sentido como rémora o como forma hueca y sin contenido por los profetas de la eficacia o por los que creen que los valores son preferibles a las normas. Me gustaría que no se viera en estas palabras una crítica de ninguna política sino lo que parece ser el signo de los tiempos».

A ese signo de los tiempos, creo que contribuyen en buena medida estas jornadas que, de forma interdisciplinar, y en el marco de los derechos humanos, os harán irrumpir desde el iusnaturalismo al iuspositivismo, o desde las tesis realistas al utilitarismo. Todo ello bien puede contribuir a desmotorizar al legislador; a recuperar el respeto a la ley; a interpretarla adecuadamente o, en fin, a comprender –en frase que ha causado fortuna– «que no se ha hecho la sociedad para el derecho, sino el derecho para la sociedad».

Para ir terminando: Como sabéis México posee tres Premio Nobel en tres campos diferentes: Alfonso García Robles, Nobel de la Paz en 1982; Mario José Molina Pasquel Henríquez, Noble de Química en 1982 y Octavio Paz, Nobel de Literatura en 1990.

Aunque comparto la especialidad en química con Mario José Molina, quiero terminar con una frase de Octavio Paz:

La soledad, el sentimiento y conocimiento de que uno está solo, excluido del mundo, no es una característica exclusivamente mexicana. Todos los hombres, en algún momento de sus vidas, se sienten solos. Y lo están. Vivir es separarse de lo que fuimos

para acercarnos a lo que seremos en el futuro. La soledad es el hecho más profundo de la condición humana.

Espero y deseo que los que venís de la Universidad Nacional Autónoma de México no os sintáis solos y los que acudís de otras universidades españolas tampoco. Por eso, creo que este III Coloquio binacional México-España, va a contribuir a «vivir» uniéndonos en compañía y acercándonos innegablemente a correr en el futuro la misma suerte o fortuna en el campo de la ciencia y la investigación del Derecho.

Muchas gracias y bienvenidos a esta tierra y a esta Universidad que, sin dudarlo, os acogen con el inolvidable cariño que merecéis.

**Palabras de bienvenida del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo,
José María Roca Martínez**

Buenos días.

Durante los últimos treinta años me he dedicado al estudio del Derecho Procesal y por ello quiero que mis palabras de bienvenida sirvan para recordar a uno de los más destacados procesalistas hispanos, aunque mejor sería decir hispano-mexicano. Me estoy refiriendo a D. Niceto Alcalá Zamora y Castillo (Madrid, 1906-1985) que, si bien nació y murió en Madrid, durante el periodo más fructífero de su existencia, vivió en México. Y lo quiero hacer como manifestación de la íntima y entrañable relación que existe entre España y México, de lo que da buena muestra este III Coloquio binacional.

Hijo del que fue último presidente de la Segunda República y yerno de un destacado militar (Queipo de Llano), como tantos otros juristas, se vio obligado a abandonar España y tras un breve paso por París, Argelia y Cuba y un viaje de 441 días que Berizonce no duda en calificar de homérico, en febrero de 1942 recaló en Buenos Aires, donde coincidió con Sentís Melendo. Pese a que la estancia de D. Niceto en la capital porteña apenas duró cuatro años, fue suficiente para que entre ambos llevaran a cabo la traducción de una de las obras más importantes del procesalismo: los cuatro tomos del Sistema de Carnelutti (Buenos Aires, 1944).

En 1946, de la mano de Luis Recaséns Siches, recaló Alcalá Zamora en México, donde ejerció su magisterio durante treinta años con tal intensidad que Fix Zamudio escribió (cito): «El Derecho Procesal mexicano puede dividirse en dos etapas, antes y después de Alcalá Zamora». Obligado es, en este momento, destacar la trascendencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas y muy especialmente de la UNAM, que lo acogieron, permitiéndole desarrollar ese magisterio. Como muestra de ello, leo la dedicatoria incluida en una de sus obras:

Al licenciado Virgilio Domínguez, Director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, con la más honda expresión de gratitud hacia la Universidad mexicana, que con insuperable espíritu de solidaridad ha permitido a tantos universitarios españoles proseguir sus actividades y rehacer su existencia.

Destacaré tres aspectos de la personalidad de D. Niceto.

Su producción científica. No es momento de mencionar, si quiera resumir, su ingente obra que abarca la práctica totalidad del ámbito procesal. Solo quiero destacar que recién llegado a México, en 1947, ve la luz su *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los*

finis del proceso), muestra de su preocupación por la construcción de una Teoría General del Proceso, tarea inconclusa a la que setenta años después seguimos aspirando los procesalistas.

Su vocación asociativa. Ha sido considerado como un auténtico visionario (Berizonce), impulsando con denodado esfuerzo la creación de una *asociación o instituto internacional de derecho procesal*, participando en el Primer Congreso Internacional (Florencia, 1950), promoviendo el Instituto Internacional de Derecho Procesal Civil, presidiendo la Asociación Mundial (1972), constituyendo (con Couture) el Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal (Montevideo 1957), cuya presidencia ocupó una vez denominado Instituto Iberoamericano (México 1960). Los trabajos de este último en pro de la uniformización de la legislación procesal son por todos conocidos.

Su inquietud por la relación Derecho-Literatura. Toma sabiamente ejemplos de la literatura para construir su feroz, al tiempo que irónica, crítica de algunas figuras procesales. Así, por ejemplo, plantea Alcalá Zamora la necesidad de adecuar el sujeto que practica una intervención corporal a las circunstancias particulares; para ello utiliza *La abadesa encinta* cuestionando si los clérigos elegidos por el obispo eran los idóneos para practicar la intervención corporal y aún más, si lo era el propio obispo, disconforme con la opinión de los clérigos. Para conocer más detalles y saber cómo termina la historia me temo que no hay más solución que leer a D. Gonzalo de Berceo.

Sirvan, pues, estas mis palabras como bienvenida a la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, con mi deseo de que disfrutéis de una plácida y provechosa estancia entre nosotros.

Muchas gracias.

Palabras de salutación del Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Carlos Humberto Reyes Díaz

El derecho cambia y se adapta a cada sociedad con el tiempo. La sociedad global, por su parte, comparte y analiza los mismos problemas, sin importar tradición, cultura, región geográfica o sistema político. Es por ello, que muchos de los temas que se investigan en derecho, como los derechos humanos, la seguridad, la corrupción, la protección del medio ambiente, el comercio y muchos más, son comunes a las diferentes comunidades.

En mi carácter de Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, considero que los alumnos de maestría y de doctorado tienen la obligación de ser más críticos en sus análisis y, al hacerlo, fortalecer también su rigor académico mediante el análisis de aquellos problemas jurídicos que trascienden a su propio país, pero que al mismo tiempo compartimos como comunidad internacional de Estados, y al hacerlo también son capaces de evidenciar las diferentes alternativas que se presentan para su solución.

Es por ello que hemos decidido fortalecer la participación académica generando espacios de análisis y de exposición de los avances de trabajos de nuestros estudiantes de maestría y doctorado, en foros internacionales con instituciones universitarias de calidad, como la Universidad de Oviedo, España. Por medio de estas experiencias compartidas nuestros estudiantes podrán nutrir sus investigaciones con la opinión crítica de sus pares en otros países, con lo que estarán en aptitud de ampliar su espectro de visión jurídica, haciendo que sus propuestas tengan mayores repercusiones y puedan llegar a resolver problemas internacionales, ya no solo locales.

El derecho encuentra en la exposición, análisis y debate de las ideas el laboratorio social que se requiere para la construcción de una sociedad más justa e igualitaria, una que sea más respetuosa de la legalidad, vía por la que se construye un estado de derecho fundamental para la estabilidad social y el fortalecimiento democrático del desarrollo.

La tarea que tenemos como instituciones educativas consiste no solamente en capacitar a nuestros estudiantes para afrontar la realidad laboral, algo que sin duda ocupa una de las preocupaciones más importantes de nuestros alumnos. Pero también es igual de importante insertar en ellos la necesidad de conocimiento que es connatural a quien estudia

el posgrado, pues sus intereses profesionales ya se encuentran con la exigencia de conocer a fondo los problemas y encontrar en el derecho una de las fórmulas para su solución.

Como lo explicaba Drew Faust de la Universidad de Harvard, la educación superior puede ofrecer a las personas y a las sociedades una profundidad y una amplitud de visión que se encuentran ausentes en una actualidad inevitablemente miope. Los seres humanos necesitan sentido, comprensión y perspectiva además de necesitar trabajo. En este momento, no deberíamos preguntarnos si podemos darnos el lujo de confiar en esos fines, sino si podemos darnos el lujo de no confiar en ellos.

La educación universitaria se enfrenta hoy a retos nuevos, a momentos en los que parece ser más importante la tecnología utilizada como fin en sí misma, antes que como herramienta de conocimiento. La tarea de los docentes es plasmar huellas permanentes de la necesidad de conocimiento como fin en sí mismo y no solo como herramienta laboral de nuestros estudiantes. De nada sirve un magnífico instrumento sin el objetivo claro de saber y de construir conocimiento que sea útil a nuestra comunidad. En la medida que damos más importancia a la tecnología que a la sabiduría propiciamos un ambiente universitario con más autómatas que ciudadanos conscientes y críticos de su realidad y del entorno que les rodea.

Martha Nussbaum decía que cuando los alumnos llegan a la educación terciaria o universitaria, necesitan desarrollar sus capacidades como ciudadanos del mundo con mayor grado de complejidad. Esto va de la mano de la necesidad de comprender el mundo también con sus herramientas tecnológicas, pero sin perder de vista que es precisamente esta tecnología la que nos debe conducir a la solución de problemas, no constituirse en uno más de los problemas de nuestra sociedad.

La experiencia compartida por nuestros estudiantes en estos coloquios universitarios de posgrado nos confrontan con realidades distantes y al mismo tiempo tan similares entre sí, de manera que nos obligan a repensar un mundo separado por fronteras territoriales como desde hace siglos, pero cada vez más interconectado y uniforme en cuanto a experiencias y realidad jurídica, social, cultural, económica, entre muchas más circunstancias.

Estrechar lazos con nuestra institución hermana, la Universidad de Oviedo, así como con su vibrante comunidad académica y estudiantil, nos abrió una puerta de

oportunidad para futuras colaboraciones conjuntas por las que hagamos del derecho el puente para seguir estrechando lazos. Mi agradecimiento más sincero para sus autoridades por las facilidades y el recibimiento que nos dieron, pero más todavía a sus docentes y a sus alumnos por aportarnos sus experiencias y conocimiento jurídico y ayudar con ello a nuestros estudiantes a evidenciar un mundo más amplio y diverso por el cual seguir trabajando para mejorarlo.

La República española en el exilio

Por Fernando SERRANO MIGALLÓN

...y al llegar ustedes a esta tierra nuestra, entregaron su talento y sus energías a intensificar el cultivo de los campos, a aumentar la producción de las fábricas, a avivar la claridad de las aulas, a edificar y honrar sus hogares y a hacer, junto con nosotros, más grande a la nación mexicana. En esta forma han hecho ustedes honor a nuestra hospitalidad y a nuestra Patria.

General Lázaro Cárdenas.
14 de abril de 1957.

...permítame, General, una afirmación. Me parece que a la generosidad mexicana han correspondido los emigrados lealmente. Sus realizaciones técnicas, culturales y de simple trabajo manual están impregnadas de amor a México. Los emigrados amamos a ese país con el caudaloso y violento amor que amamos al nuestro, sin distinguir ya entre uno y otro, porque si para la gran mayoría España es el sepulcro de los padres, México ha sido la cuna de los hijos.

Diego Martínez Barrio.
Presidente de la República Española.
14 de abril de 1957.

El exilio español que se produjo en 1939 ocasionado por la Guerra Civil fue un fenómeno social y político de gran complejidad, pues no fue el éxodo, como otras emigraciones, de una minoría política o una élite social, sino por el contrario se compuso de representantes de toda la sociedad.

Dejaron el suelo español no solo quienes sentían en peligro su vida o eran partidarios de la democracia como sistema político y de la República como forma de gobierno, sino también todos aquellos que no estaban dispuestos, como diría Ganivet, «a transigir con la

injusticia»; al exilio llevarían consigo las instituciones que habían elegido en las urnas, que defendieron en el frente y en la retaguardia; y a las que sin lugar a dudas consideraban legítimas.

Ha habido otros gobiernos en el exilio, gestados principalmente con motivo de la Segunda Guerra Mundial, pero el caso español es el único que comprendió la totalidad del poder ejecutivo, y al legislativo y al judicial en número tal que podían funcionar normalmente.

En febrero de 1939 cruzan la frontera con Francia los Presidentes de las más altas instituciones republicanas: de la República, del Consejo de Ministros y de las Cortes; junto a ellos, los de las regiones autónomas y esos mismos días el del Tribunal Supremo; los fiscales generales y un sinnúmero de gobernadores, jefes militares y líderes de partidos y grupos políticos, iniciándose así un peregrinar que solo terminaría con las elecciones que se celebrarían 38 años después y en las que el pueblo español reasumiría la legitimidad que ellos encarnaban.

En el largo periodo de la dictadura, y con objeto de mantener la legalidad y legitimidad republicana, la preocupación fundamental fue la de apegar el funcionamiento de los órganos gubernativos al texto de la Constitución de 1931. Así, la existencia de las Instituciones de la Segunda República en el destierro se puede dividir en etapas, perfectamente definibles:

Primera: De la salida del territorio español al establecimiento de la Junta de Liberación Española.

Segunda: Aglutinamiento de las fuerzas exiliadas. Desde la formación de la Junta, hasta la promesa de Martínez Barrio como Presidente interino de la República en el exilio en México en agosto de 1945.

Tercera: De la Constitución del Gobierno Republicano a la admisión del Gobierno franquista en la Organización de las Naciones Unidas.

Cuarta: De la aceptación internacional de la dictadura franquista a la muerte de Martínez Barrio.

Quinta: De la Presidencia de Jiménez de Asúa a la muerte de Francisco Franco en noviembre de 1975.

Y la última, de la asunción al trono de Juan Carlos de Borbón a la disolución del Gobierno Republicano en junio de 1977.

El inicio del exilio se caracteriza por un profundo desorden producido por la salida de España, agravado por la renuncia de Manuel Azaña a la Primera Magistratura; época dolorosa y sin perspectivas en que, al fracaso de la derrota militar, se sumaba el dolor de dejar la Patria y la desilusión por incomprensión de los países que supuestamente debían haber auxiliado a la República y a sus combatientes... Cae Cataluña; e Inglaterra y Francia

se disponen a reconocer el Gobierno de Franco cuando sus fuerzas entren en Madrid; presionan a Azaña para que dimita aduciendo que su renuncia facilitaría una paz justa, él se niega, pues su renuncia no debe servir como justificación para el reconocimiento del Gobierno franquista.

A los pocos meses se desencadena la Segunda Guerra Mundial y las Instituciones se dispersan. El Presidente de las Cortes, Martínez Barrio, llega a México, donde se concentra un gran número de políticos e intelectuales españoles, el Presidente del Consejo de Ministros, Negrín, se establece en Londres, donde residen numerosos gobiernos agredidos por Alemania e Italia entre los cuales está el español. El exilio tendrá pues dos ejes, Londres en Europa y México en América Latina.

Con el avance de los ejércitos aliados el exilio recobra la confianza en el futuro inmediato de España; se deben aglutinar y preparar su próximo regreso a la patria. Diversas reuniones con este fin se inician; la primera tiene lugar en la Universidad de La Habana, y a cargo de los profesores universitarios exiliados, que representan el 50 por 100 de la totalidad de los catedráticos que había en España antes de julio de 1936. Firman un manifiesto que sirve de base para formar en México la Junta de Liberación Española. La reconstrucción Republicana tiene a México como sede.

El Presidente de las Cortes y el del Gobierno convergen en la necesidad imperiosa de unificar el exilio español. Colaborando en este empeño México, por su parte, concede en 1945 derecho a la extraterritorialidad de los locales en que se reúnen las Cortes Españolas, dispersas desde que sesionaron en Figueras en 1939.

Las Cortes acuerdan ratificar los acuerdos tomados por la Diputación permanente en las sesiones celebradas durante esos años, tanto en Francia como en México; en particular los siguientes:

- Prorrogar el periodo de las propias Cortes hasta que se puedan celebrar elecciones libres;
- Solicitar del Presidente de las Cortes que, de acuerdo con la Constitución, asuma la Presidencia de la República;
- Reinstalar el Gobierno y el resto del aparato gubernativo, y
- Prepararse para la recuperación de España para la República.

El 17 de agosto de 1945 el Salón de Cabildos de la Ciudad de México, en pleno Zócalo, es declarado territorio español. A las diez horas un batallón del ejército mexicano custodia el recinto y saluda con 21 cañonazos el izamiento de la Bandera Tricolor española y el segundo Vicepresidente de las Cortes declara instalada la sesión en la que el Presidente de las Cortes asumiría la Presidencia de la República.

Ocupada la Presidencia de la República por Martínez Barrio, la dimisión del Gobierno se presenta de oficio; se abre el periodo de consultas y se señala a José Giral para que forme gobierno, que debe ser de amplia composición e incluir las tendencias que conformaron el Frente Popular y en que solo quedarían excluidos los anarquistas y los comunistas.

El gobierno de Giral, llamado en aquella época «Gobierno de la Esperanza», fue reconocido oficialmente por un gran número de países y organismos e instituciones internacionales; en primer término México, y después los latinoamericanos y algunos europeos. La República española estará desde entonces presente en diversos foros internacionales, de los que después iría paulatinamente desapareciendo.

El Gobierno Republicano despliega intensa actividad diplomática ante los países aliados que están a punto de ganar la Segunda Guerra Mundial; recomienda a las demás instituciones republicanas su traslado al París recién liberado donde establece desde febrero de 1946 su sede. Al partir Martínez Barrio será despedido de México como Jefe de Estado en visita oficial por el Presidente mexicano Ávila Camacho.

México deja entonces de ser la sede del Gobierno pero sigue siendo el corazón de la política de los emigrados; es el centro de la actividad cultural y social; cualquier determinación pasaría por México y por los numerosos centros de reunión que han establecido tanto por razones geográficas, como políticas y sociales: Centro Republicano Español en México, Ateneo Español de México, Centro Vasco, *Orfeó Catalá* y Casa Regional de Valencia, entre otros muchos; y como sede oficial, la casona de la que fue legación española en época de la Monarquía y que la joven República española elevaría a nivel de Embajada en aquel no tan lejano 1931.

En la naciente Organización de las Naciones Unidas, que los ganadores de la Guerra Mundial están formando, la causa de la República tendrá un aliado inmejorable: México. A solicitud de México se interpreta la recién firmada Carta, a fin de impedir el posible ingreso a su seno del gobierno territorial español y recomendar posteriormente el retiro de Embajadores y Ministros Plenipotenciarios de Madrid.

«...La ayuda militar dada a Franco por las legiones de Mussolini y por el gobierno de Hitler es el principal motivo que la República de España no esté representada hoy aquí... como China y Etiopía, la España Republicana fue en realidad nuestro primer aliado. En esta fase de triunfo no debe pasar a ser un amigo olvidado...», diría el Delegado mexicano Luis Quintanilla a una asamblea convencida de lo que oía; al menos en ese momento.

El fin de la Guerra Mundial, el triunfo aliado y el apoyo internacional hacen esperar el restablecimiento, en un futuro próximo, de la República en España. El estallamiento de otra guerra, esta fría, determinaría otra cosa.

La seguridad en el regreso y la confianza en el éxito hacen que la búsqueda del mejor camino divida la que debió ser una línea única. En México –siempre presente México– el líder del partido socialista español, Indalecio Prieto, propone la alianza con los monárquicos partidarios de Juan de Borbón; las diferencias de opinión largo tiempo latentes entre los grupos encabezados por Negrín y Prieto respectivamente se reflejarán en el seno del Gobierno republicano, lo que produciría la crisis ministerial de enero de 1947.

La crisis del gobierno y el triunfo de los laboristas en Inglaterra hacen que las consultas realizadas por Martínez Barrio señalen a un socialista moderado como Rodolfo Llopis, quien, en consecuencia, es encargado de formar el Gobierno. Los problemas internos del partido socialista y la falta del esperado apoyo de los laboristas ingleses hacen de este gobierno el más corto de todos: de febrero a agosto de 1947. Martínez Barrio, después de desahogar las consultas de rigor de nueva cuenta, encarga a un republicano formar un gobierno exclusivamente con los partidos republicanos nacionales, aunque cuente con el apoyo de la mayoría de los otros grupos parlamentarios. Durante los dos Gobiernos de Álvaro de Albornoz tiene lugar una lenta pero constante incorporación del Gobierno franquista a los organismos internacionales.

Primeramente será la UNESCO. La misma asamblea que un par de años antes en México, a propuesta del mexicano Alfonso Reyes, había aclamado de pie al Gobierno Republicano Español, a la política cultural de la República, y, defendido la legalidad de las instituciones desterradas, olvida sus anteriores manifestaciones. El primer Secretario General del organismo, el también mexicano Jaime Torres Bodet, renunciaría manifestando con ello su desaprobación a este acto. Así, poco a poco, va siendo admitido el Gobierno de Franco a los escenarios internacionales. En 1953 le toca su turno a la ONU. La comunidad internacional en su principal organización acepta en su seno y sin derogar sus acuerdos anteriores a quien, según ellos mismos, les era incompatible y había sido impuesto por las potencias del Eje. Las instituciones exiliadas, sin embargo, seguirían siendo recibidas de una u otra forma en casi todos los foros mundiales.

El Gobierno Republicano se convierte así en un acusador permanente y en un testimonio vivo de la injusticia que se había cometido con la Democracia en España. Sin embargo, deja de ser un protagonista del escenario internacional; los pocos fondos que tenía se agotaron; la casa que le servía como sede en París le fue retirada; únicamente México y la Yugoslavia del Mariscal Tito serán fieles a su compromiso, a su palabra y a su solidaridad republicana. A pesar de todo el espíritu republicano se mantiene entre los españoles; como una «Numancia errante», como lo calificaría Araquistáin.

En 1951, y tras la renuncia de Álvaro de Albornoz, Martínez Barrio encomienda a Félix Gordón Ordás la formación del Gobierno. Durante 10 años será Presidente de un

Consejo de Ministros cuya composición será de republicanos libres que contarán a título personal con el apoyo de los grupos que forman la Diputación permanente.

A la renuncia de Gordón Ordás, el honorabilísimo general Emilio Herrera se hace cargo de la presidencia del Gobierno, la que desempeñará desde abril de 1960 hasta la muerte de Martínez Barrio en 1962. La República se queda sin Presidente y sin posibilidad de sustituirlo. Las Cortes disgregadas, y de haber podido reunirse no habrían tenido quórum; Jiménez de Asúa, quien había sido electo en España Primer Vicepresidente de las Cortes, asume las funciones de Presidente de la República, pero sin prometer el cargo. Lo mismo pasaría a la muerte del ilustre jurista cuando ocuparía, ya por última vez, la presidencia José Maldonado.

Con Jiménez de Asúa el Jefe de Gobierno lo fue el insigne historiador Claudio Sánchez Albornoz, quien renuncia a la muerte del primero, para ser sustituido por Fernando Valera, quien ejercerá el cargo hasta 1977, cuando el Gobierno se autodisuelva en un postrer manifiesto que exclama «La República ha muerto. Viva la República».

Si bien la legitimidad, durante todo este tiempo, se mantiene intacta de acuerdo al texto de la Constitución de 1931, es indudable que la representatividad va menguando, las declaraciones, los manifiestos cada vez tendrán menos audiencia. Solo hechos significativos harán que los ojos se vuelvan sobre ellos; el asesinato de Grimau, las ejecuciones de opositores al régimen, o las declaraciones periódicas de los Presidentes de México señalando su solidaridad con la causa republicana:

Manuel Ávila Camacho: Lo sucedido en España «...fue un golpe de estado internacional contra la República».

Miguel Alemán: En relación con España «El criterio de México está bien determinado».

Adolfo López Mateos: «Si de joven amé a la República Española, de viejo tengo aún más fe en ella».

Gustavo Díaz Ordaz: «Con España todo, con Franco nada».

Luis Echeverría Álvarez: «La República Española tiene un territorio que es el territorio del valor y del coraje, del espíritu de lucha y de la nobleza en la acción y en el pensamiento, del sentido común y del patriotismo».

José López Portillo: «Lamentamos profundamente que una de nuestras raíces no acierte a librarse del fascismo y del garrote vil...».

Con la muerte del General Franco se inicia la última etapa de las instituciones exiliadas y que se prolonga hasta su disolución.

En este último periodo, y quizás como consecuencia de la poca posibilidad de la restauración republicana en España, se hace evidente para todos lo que antes solo era para unos pocos: el enorme caudal de valores morales, políticos e históricos que poseía el Gobierno exiliado, acervo que habían recibido de la Nación Española y custodiado celosamente a lo largo de cuatro décadas, periodo histórico en que los demócratas españoles habían sido representados por él, aun sin saberlo y por consiguiente, muchas veces, sin desearlo.

La oposición a la dictadura franquista se mantuvo fundamentalmente por el Gobierno exiliado por encima de cualquier otro tipo de alianza, pactos o grupos; su existencia siempre estuvo apegada al texto y al espíritu de la Constitución de 1931; contó con un procedimiento jurídico-político propio que le garantizaba su existencia y le consagraba al mismo tiempo su origen legítimo y legal. Nadie podía cuestionar su origen, a lo más se podría dudar de su efectividad.

El paso del tiempo acaba a la larga con cualquier grupo exiliado. El efecto destructor del tiempo es más señalado en el caso del hombre político. El político puro, como el militar exiliado, no se pueden adaptar a su nueva realidad como lo pueden hacer en cambio otro tipo de emigrados, el profesionista puede desarrollar su profesión, los profesores dar sus clases, todos los demás, mejor o peor, continúan su vida, y llegan a considerarse como diría Gaos: «Transterrados». El político y el militar solo son útiles plenamente a su patria en su propio suelo.

Durante estos cuarenta años, los partidos políticos exiliados se extinguían, las instituciones perdían representatividad y ni unos ni otros tenían la posibilidad de renovarse ni en hombres ni en ideas; a pesar de ello, el impacto político y humano que significó la República española y más todavía su defensa durante la Guerra Civil les sirvió de hálito vital.

La importancia de la lucha por la defensa de la República y la solidaridad de muchos pueblos con su causa se vio como en ningún otro en el caso de México.

México, que sintió en carne propia la agresión del nazismo, se solidarizó con los pueblos que también habían sido agredidos por él: Abisinia, Austria, China, Checoslovaquia, y más que con ningún otro con quien le era más cercano por razones históricas y culturales: España.

México mantuvo una postura invariable y firme respecto a España y a las Instituciones desterradas, tanto por razones políticas, como ideológicas e históricas. Isidro Fabela, Representante de México ante la Liga de las Naciones en la época de la Guerra Civil, y defensor ardiente de la causa de la República en Ginebra, sintetiza así las razones de esta posición:

- 1.^a- El gobierno de la República representaba la conciencia histórica de su pueblo.
- 2.^a- El cambio de régimen en España se dio contra la libre voluntad del pueblo español. El Gobierno de Madrid profesaba una doctrina cuyas ideas no pueden compartir ni han compartido nunca ni el Gobierno, ni el pueblo mexicano.
- 3.^a- La España de la República necesitaba una reparación ante el mundo, una reparación que siquiera fuese moral.

A las anteriores había que añadir una cuarta, la clara decisión política de la figura señera de Lázaro Cárdenas, quien gobernó México en una de sus épocas más difíciles, pero al mismo tiempo más llenas de realizaciones.

Sin la solidaridad de México, sin la voluntad de Cárdenas, y sin el apoyo dado a todos y cada uno de los exiliados que llegaron a su suelo, y a la República Española en su conjunto, la existencia de las Instituciones desterradas no hubiera sido como fue; la posición mexicana no fue solo una consideración de filosofía internacional, sino que se convirtió en motivo de política interna.

México, que también sufrió la necesidad de exiliar a su propia República a causa de la invasión del ejército de Napoleón III, comprendió mejor que nadie lo que significaba la legalidad y el derecho. Donde estaba Juárez, estaba la República y estuvo México.

México creyó en la República, la defendió y la apoyó. El pueblo español del exilio está consciente de lo que significó el apoyo mexicano, aun quienes no compartían su posición, reconocen la gallardía de la defensa mexicana.

Cuando cada 14 de abril con la presencia de funcionarios mexicanos se celebraba un aniversario de la República, ahí estaba la Democracia española y la santa intransigencia de quienes la defendían.

Al caer el frente catalán, Antonio Machado, que tenía que dejar España, dijo que indudablemente para los políticos, los militares y los estrategas la guerra estaba perdida, pero para los poetas no. La historia ha demostrado que para el pueblo tampoco. La Democracia se impuso y en su consolidación es indispensable acudir al legado de justicia y libertad que dejó la República Española.

Cronología

- 1-II-1939 Última reunión de las Cortes de la República en territorio español.
- 6-II-1939 Cruzan la frontera con Francia los Presidentes de la República, de las Cortes, del Consejo de Ministros, de la Generalidad de Cataluña y del País Vasco.
- 27-II-1939 Don Manuel Azaña y Díaz dimite de la Presidencia de la República.
- 3-III-1939 Reunión de la Diputación permanente de las Cortes en París.
- 7-III-1939 Reunión de la Diputación permanente de las Cortes en París.
- 31-III-1939 Reunión de la Diputación permanente de las Cortes en París.
- 28-VII-1939 Reunión de la Diputación permanente de las Cortes en París.
- 22-VII-1942 Reunión de la Diputación permanente de las Cortes en México.
- 10-VIII-1942 Reunión de la Diputación permanente de las Cortes en México.
- 20-XI-1943 Constitución de la Junta de Liberación Española.
- 10-I-1945 Reunión de las Cortes de la República en México; en territorio declarado español.
- 17-VIII-1945 Promesa de don Diego Martínez B. como Presidente de la República en sesión de las Cortes en local declarado territorio español.
- Se plantea la crisis ministerial con la renuncia de Negrín, la que se resuelve con la formación del primer gobierno de José Giral.
 - La Embajada de España es sede del Gobierno Republicano.
 - El Gobierno Republicano es reconocido por Guatemala, Panamá, Venezuela (Rómulo Bethancourt).
- II y III-1946 Se trasladan a París los Presidentes de la República, del Consejo de Ministros del Gobierno Vasco y del Parlamento Catalán.
- El Gobierno Republicano es reconocido por el Gobierno de Unión Nacional de Polonia, por Yugoslavia y por Hungría.
- 15-XII-1946 La Asamblea General de las Naciones Unidas recomienda por dos tercios el retiro de Embajadores y Ministros Plenipotenciarios de España.
- 17-XII-1946 Indalecio Prieto propone en México la unión de los socialistas con los monárquicos.
- 22-I-1947 Dimisión del Gobierno Giral.
- 9-II-1947 Gobierno de Rodolfo Llopis.
- 6-VIII-1947 Dimisión Gobierno Llopis.
- 8-VIII-1947 Gobierno de Álvaro de Albornoz.
- 16-II-1949 Segundo Gobierno de Álvaro de Albornoz.
- 4-XI-1950 Derogación del acuerdo de diciembre de 1946 de las Naciones Unidas. Entre los países que votan en contra está México.
- 30-XI-1950 Gobierno de Félix Gordón Ordás.
- 22-III-1960 Fallece José Antonio Aguirre, Presidente del Gobierno Vasco, y es sustituido por Jesús de Leizaola.

- 17-IV-1960 Dimisión del Gobierno Gordón Ordás.
9-V-1960 Gobierno del General Emilio Herrera.
1-II-1962 Fallece en París Diego Martínez Barrio.
II-1962 Asume la Presidencia de la República Luis Jiménez de Asúa.
28-II-1962 Gobierno de Claudio Sánchez Albornoz.
16-XI-1970 Fallece Luis Jiménez de Asúa en Argentina.
XI-1970 José Maldonado Presidente de la República.
28-II-1971 Gobierno de Fernando Valera.
X-1975 México rompe todo tipo de relaciones con España tras los fusilamientos de ese mes.
21-VI-1977 Disolución del Gobierno Republicano Español en el exilio.

EL EXILIO IUSFILOSÓFICO ESPAÑOL EN MÉXICO (1937-1977)

Benjamín RIVAYA
Universidad de Oviedo

SINOPSIS: La Guerra Civil española trajo consigo el exilio de cinco filósofos del Derecho, asentándose dos de ellos en México, Luis Recaséns Siches y José Medina Echevarría, de quienes se estudia su historia y pensamiento.

ABSTRACT: *The Spanish civil war caused the exile of five philosophers of the Law. Two of them, Luis Recaséns Siches and Jose Medina Echevarría established in Mexico. This article studies his history and thought.*

PALABRAS CLAVE: Filosofía del Derecho española. Exilio. Luis Recaséns Siches. José Medina Echevarría.

OOOO

La historia que aquí se narra comienza al poco del inicio de la guerra porque, ante el cariz que tomaron los acontecimientos tras el 18 de julio, el gobierno del Frente Popular decidió enviar una comisión de notables a París para recabar el apoyo del Estado francés. La composición de la delegación fue heterogénea, pero en ella se encontraba, entre otros, personajes de la talla de Dolores Ibarruri, *la Pasionaria*, Marcelino Domingo y Luis Recaséns, además de Wenceslao Roces, a quien no siempre se cita, y ya en Francia se les unió Luis Jiménez de Asúa.

Una vez en París, entre otras gestiones, llegaron a entrevistarse con Léon Blum, pero nada lograron de él, que siguió negándose a intervenir en los que consideraba asuntos internos de España. Luego viajaron a Bruselas a continuar con los actos a favor de la República. Parece que la mayor parte de los miembros de aquella comisión no quería regresar a España. «Por fin una mañana –cuenta la líder comunista- me despedí de ellos y volví a Madrid sola». Tras la infructuosa gestión, Recaséns optó por quedarse en la capital francesa y no volver a España, y solo pasado un tiempo decidiría irse a América. Visto desde aquí la decisión parece razonable o, en todo caso, no resulta absurda, cuando ni se encontraba radicalmente ideologizado ni podía sentirse cómodo, ni siquiera seguro, con ninguno de los contendientes.

En Francia el filósofo expresará públicamente su lealtad a la República, pero Recaséns no era un combatiente. En un número de 1937 de *Cahiers du Cercle Descartes* dedicado a *Le Problème Espagnol* se publicó la intervención de Recaséns en el acto del Círculo Descartes (aunque el artículo venía firmado por M. Riscasers Siches, sin duda era él: «*Professeur de Philosophie du Droit á l'Université de Madrid, Député aux Cortès*»), una intervención en la que mostraba su opción por la «España nueva», como llamaba a la republicana, frente a la otra «España fosilizada» que querían imponer los rebeldes. Realmente la República tenía tras de sí la legitimidad de la voluntad

popular, que se había expresado en las urnas en febrero del treinta y seis, y contra ella se habían levantado los militares. Por lo demás –seguía–, el Frente Popular no había dejado el poder en manos de la extrema izquierda, sino que había formado un gobierno propiamente liberal, lo que –venía a decir– no justificaba la sublevación. No hacía Recaséns un análisis completo de la situación, pero aprovechaba para arremeter contra la Iglesia oficial, con la que siempre se había mostrado tan respetuoso, por carecer de un verdadero espíritu cristiano.

Así todo, Recaséns no era un hombre de armas y supongo que no podía sentirse cómodo con ninguno de los bandos, decía. Ni con los alzados, pues había sido y continuaba siendo un republicano significado y seguro que convencido; ni con el Frente Popular, cada vez más controlado por sectores extremistas. Ni para unos, que lo tenían por un *rojo*, ni para otros, para quienes probablemente era un derechista y un señorito, resultaba de fiar. Realmente él no dejaba de ser lo que siempre había sido, un moderado, lo que menos convenía en aquellos momentos, y quizás ya entonces, aunque este carácter se acentuaría con los años, un ferviente anticomunista. Vale la distinción de Bobbio: cuanto más se elogian las virtudes guerreras, como el heroísmo, el coraje y el riesgo, más se tienen por defectos las de «la prudencia, la tolerancia, la calculadora razón». El caso de Luis Recaséns serviría para verificar la tesis de Julián Marías, para quien la mayoría de los intelectuales que se fueron de España no lo hicieron al fin de la guerra, en el treinta y nueve, sino a su principio, al considerar que, ocurriera lo que ocurriera, «la libertad estaba perdida *en todo caso*, que no se podía trabajar –acaso simplemente vivir– con algún decoro».

OOOO

El otro filósofo del Derecho que se encontraba en España cuando estalló la sublevación era José Medina Echevarría. Digo esto porque los demás profesores de Filosofía del Derecho que tuvieron que exiliarse, Blas Ramos Sobrino, Alfredo Mendizábal, Villalba y Felipe González Vicén, se encontraban en el extranjero cuando se produjo la sublevación. El caso de Medina Echevarría inevitablemente azaroso como todos los de aquel tiempo, no fue tan rocambolesco. Aunque parezca minúscula, quiero dejar noticia de que el estallido bélico también impidió que disfrutara de una beca que le había concedido la Junta para la Ampliación de Estudios con el fin de que estudiara Sociología en Estados Unidos.

Hombre fiel al proyecto republicano, en febrero de 1937 el gobierno le asignó un puesto en un lugar apropiado para un profesor, la legación diplomática de Varsovia, legación cuya dirección acababa de ser puesta en manos de Mariano Ruiz Funes, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Murcia que había sido ministro de justicia en el gobierno de Largo Caballero. Al poco, Ruiz Funes sería destinado a Bruselas, quedándose Medina en Polonia, donde pasó el tiempo de la guerra civil, yéndose luego para México al acabar esta, privado ya de su condición de catedrático de la Universidad española, conforme a la solicitud de sanción hecha por la Comisión depuradora, que le acusó de estar «al servicio del gobierno rojo de Valencia».

OOOO

Tras formar parte de la comisión que se había trasladado a Francia para recabar el apoyo para la causa republicana, Wenceslao Roces, subsecretario de Instrucción Pública y compañero de Recaséns en la comisión referida, autorizó a este para residir en el extranjero. El iusfilósofo se quedará en París ocupando un puesto en representación de la República. Bastará poco tiempo, sin embargo, para que ambos bandos condenen sus actuaciones.

En 1937, por medio de Daniel Cosío Villegas, el Instituto Hispano-Mexicano de Intercambio Universitario, en colaboración con la UNAM, lo invitarán a irse a México; una oferta que, en aquella circunstancia, Recaséns no podía rechazar. Lo cuenta él mismo: «A pesar de haber cumplido honestamente con la misión, llevé entonces a cabo la resolución que con anterioridad a mi salida de España ya me había forjado: no volver a regresar. De entre todas las ofertas que recibí resolví, por último, escoger la que México me concedió. El 2 de junio de 1937 dejé el continente europeo». Supongo que no dio cuenta a las autoridades republicanas o que estas le negaron el permiso, porque el mismo Wenceslao Roces pediría al embajador de España ante el país hermano que le comunicara a Luis Recaséns que ha incurrido en abandono de destino, dándole un mes de plazo para reincorporarse a su cátedra. Recaséns desobedecerá la orden, claro, y México lo recibirá con todos los honores, como el pensador excepcional que era.

Como otros, Recaséns se beneficiaría de la recepción que el presidente Cárdenas dispensó a los exiliados españoles, que fue magnífica. En 1938 creó la Casa de España en México, hecha en cierta forma a imagen y semejanza de la madrileña Residencia de Estudiantes, que recibirá a un buen número de intelectuales exiliados, antes de convertirse en el Colegio de México. De esta forma, México se adelantaba a otros países, algunas de cuyas instituciones también se plantearon recibir los cerebros en fuga provocada por la guerra española, como las Universidades de Harvard, de Columbia o de Buenos Aires. Así, tanto España como México se beneficiaban, pues se recibió a un buen número de desterrados que se encontraban en una circunstancia penosa (o que preveían que en breve tiempo su circunstancia se convertiría en penosa) y, a la vez, se importaba una docencia y una investigación de extraordinaria calidad.

El acuerdo presidencial que constituyó la Casa de España, de julio de 1938, disponía que se invitara a un grupo de profesores e intelectuales españoles para que fueran a México a continuar con sus trabajos docentes e investigadores que la guerra había interrumpido. Lo que no puede dejar de llamar la atención es que el referido acuerdo presidencial citaba muy pocos nombres propios, siendo el primero de ellos el de Recaséns, que ya se encontraba allí, además de los de los escritores José Moreno Villa y León Felipe.

La Casa actuará como centro que irradiaba cultura por toda la nación: en 1938, por ejemplo, encontramos a Recaséns en la Universidad de Morelia impartiendo diez conferencias sobre *La sociedad y el Derecho en la vida humana*. Así, mientras el iusfilósofo triunfaba en México, en España la guerra tocaba a su fin, pero antes de que se acabe, los que serán vencedores le privarán de su cátedra, por poseer «antecedentes

completamente desfavorables» y estar en radical «oposición con el espíritu de la Nueva España». Para ese entonces Recaséns ya era un *transterrado*.

OOOO

Al mismo tiempo, tras un viaje que tuvo que resultar penoso y que, dada la circunstancia europea, no pudo ser como estaba previsto, José Medina llegó con su familia a México el 10 de mayo de 1939. Otra vez Daniel Cosío Villegas había hecho la gestión para que, perdida la guerra por la República, se le invitara a incorporarse a La Casa de España, como así sería. De esta manera, la insigne institución acogió a los dos filósofos del Derecho españoles que optaron por establecerse en México: a Luis Recaséns Siches, como ya sabemos, y un poco después a José Medina Echevarría, llegado de Polonia tras la derrota. Incluso cuando luego hubo restricciones presupuestarias y solo quedaron doce miembros vinculados al Colegio, entre ellos siguieron estando Recaséns y Medina. Además, sus anfitriones, Daniel Cosío Villegas y Alfonso Reyes, gestionaron ante el rector de la UNAM, Gustavo Baz, la creación de dos plazas en esa Universidad, una para Recaséns y otra para Medina, que les fueron concedidas el mismo 1939. Años más tarde, en 1943, Medina pedirá una licencia para dirigir el Centro de Estudios Sociales, sección del ya Colegio de México, lo que constituiría el punto culminante de su trayectoria académica en México. Aunque también había diferencias entre ellos, ambos exiliados tenían tantas cosas en común, además del año de nacimiento y el de fallecimiento, y de que el exilio de los dos fuera un «transterrarse fecundo», como dijo Medina utilizando la definición de su amigo Gaos; tenían tantas cosas en común que constituyeron una buena pareja intelectual. Un poco más adelante, sin embargo, las circunstancias les separarían de nuevo.

OOOO



José Medina Echevarría

http://3.bp.blogspot.com/_9QrINGU8XPc/TNg1u6uxURI/AAAAAAAAADc/Onm__Wrof m0/s1600/medina+echavarr%C3%ADa.bmp



Luis Recasens Siches

https://www.google.es/search?q=luis+recasens+siches&source=lnms&tbm=isch&sa=X&sqi=2&ved=0ahUKEwibhIjF4cbTAhUEshQKHflABZQQ_AUIBygC&biw=1280&bih=894&dpr=1#imgrc=f-qlli1Hrl9YZM:

En cuanto a nuestros dos protagonistas exiliados en México, Recaséns y Medina, compartían muchos rasgos. Para empezar, defendían una misma o parecida ideología política. Es difícil precisar pero si las ideas políticas forman una línea continua, ambos

se encontrarían en puntos muy próximos. Además, aunque no la vivieran directamente, la experiencia de la Guerra Civil tuvo que resultar traumática para los dos. Ya he dicho que el calificativo que mejor les describiría es el de 'liberales' pero también he dicho que quizás hoy se les podría llamar 'socialdemócratas' sin miedo a equivocarse. En fin, en esa línea continua de las ideologías políticas, se encontrarían en puntos cercanos, en la zona más templada, la más moderada, entre el liberalismo y la socialdemocracia.

En 1942, Recaséns publicaría un artículo que trataba la debatida cuestión de la relación entre «Libertad y planificación» (a partir del comentario de una obra de Mannheim que publicaba el Fondo de Cultura Económica). Importa mucho porque en este texto Recaséns mostraba, tras la Guerra Civil y en medio de la Mundial, sus opciones políticas, que no diferían de las de Medina, como veremos. Aunque en este punto hay que decir que Recaséns, probablemente *escaldado* y desencantado con el trágico fin de la experiencia republicana, no volvió a la política activa, siendo su perspectiva la de un mero teórico. Atacó sin contemplaciones a los fascismos, que negaban completamente la dignidad humana y destruían todo margen de libertad individual, y con alguna contemplación al comunismo, cuya doctrina proclamaba los ideales humanistas –decía–, aunque en la práctica soviética utilizaba medios totalitarios. No sé si en un futuro Recaséns seguirá siendo tan condescendiente con el comunismo, creo que no, pero en cualquier caso él ya se reconocía un anti-radical, porque no se podía reformar la sociedad «de raíz y totalmente», y un liberal que decía sentir repugnancia ante la opresión, pero también «graves dudas» ante la defensa a ultranza del libre mercado, que necesitaba ser corregido para que no produjera injusticias obvias, y más en los momentos tan críticos que vivía la humanidad.

En cuanto a Medina, no dejará de proclamar sus ideas. En *Responsabilidad de la inteligencia*, no solo defenderá la ciencia social sino también el liberalismo, si bien «en su sustancia permanente más que en sus formas temporales y caducas», advirtió, y la democracia, que implica «una sociedad de hombres libres y responsables, unidos por la cooperación en tareas comunes». Su defensa moral de la democracia era inequívoca: porque implica fe en la naturaleza humana, porque exige reconocer su personalidad y porque es inseparable de una imprescindible cultura humanista. Quizás hoy pueda parecer obvio, pero no lo era tanto a principios de los cuarenta. Expresamente repudió el fascismo y el comunismo cuando calificó de sandeces tanto una ciencia racial como otra proletaria. Con John Dewey, rechazó el marxismo con la crítica del economicismo, que niega que un solo factor, el económico, valga como causa explicativa de los fenómenos socioculturales. Advirtió también de que esa unilateralidad explicativa solía acabar en «absolutismo ideológico», como demostraba –dijo– el experimento soviético.

Por otra parte, Medina y Recaséns compartieron el interés y la dedicación por la sociología, aunque Medina, en régimen de monopolio. En la nueva patria, primero ocupó una cátedra de Sociología en la Escuela Nacional de Jurisprudencia y luego en la UNAM, hasta que en 1943 se entregó completamente a la dirección del recién creado Centro de Estudios Sociales de El Colegio de México. La orientación de Medina estaba clara y ya la había puesto de manifiesto al poco de llegar a aquella tierra de promisión: ¡la sociología! En efecto, al poco de arribar a México, precisamente La Casa de España

le publicó un libro que ya tenía preparado sobre historia de la ciencia social, *Panorama de la sociología contemporánea* (2008), que explica algunos de los estudios y traducciones que se llevarán a cabo próximamente en América Latina; libro en cuyas palabras previas lo dijo claro:

La necesidad de superar el estado de una tradición académica y científica que cada vez me parecía más empobrecida y estéril, me fue llevando, con interés creciente, del campo de la filosofía jurídica –materia de mi profesión oficial- al de la Sociología.

Y explicaba sus primeros pasos en la nueva ciencia y las vicisitudes de la obra que ahora se editaba en México:

Ya en el año 1934, por invitación de don Adolfo Posada –quede aquí este recuerdo agradecido– di un Curso de Sociología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Y su contenido fue cristalizando luego en una *Introducción a la sociología*, totalmente dispuesta para su publicación en julio de 1936. Por obra de los acontecimientos iniciados en ese mes, perdí, con otras cosas, la mayor parte del manuscrito; pero el azar salvó una parte de la obra, que era la que con carácter histórico abría e iniciaba la *Introducción*.

Al año siguiente, en 1941, publicará otra obra sobre cuestiones metodológicas y principales problemas de este tipo de conocimiento, *Sociología: teoría y técnica*. Poco después, en 1943, el Fondo de Cultura Económica le editará un libro recopilatorio de artículos diversos, bajo el significativo título de *Responsabilidad de la inteligencia*. En sus páginas no se encontraba casi ninguna referencia explícita a la filosofía del Derecho, si bien hay dos citas que parecían dedicarse, para censurarla, a la teoría pura del Derecho, de Kelsen: «en el momento en que se estaba gestando la actual tragedia, se entretenían quizá algunos profesores en discutir con toda seriedad el inocente problema de la posición del derecho internacional en la jerarquía escalonada de las normas que nos da una teoría calificada de pura. Se comprende el fracaso inmediato de semejantes purzas». En otra ocasión arremeterá contra la pretendida pureza de la ciencia, pureza que sería la mejor demostración de su acientificidad –dijo–, pues toda ciencia es, por principio, impura, «es decir, penetrada de experiencia por todos sus poros y por eso mismo operando en la realidad». Parece cierto, por tanto, que Medina hacía la crítica a Kelsen precisamente desde la perspectiva de la sociología. La misma desde la que se quejaba del formalismo jurídico que imperaba en España.

Pero *Responsabilidad de la inteligencia* era, sobre todo, un llamamiento a favor de las ciencias sociales. Podría parecer entonces, dada la circunstancia que vivía el mundo, una cuestión menor, incidental, pero no lo era: se trataba de saber si los gravísimos problemas con que se encontraba la civilización podrían enfrentarse racionalmente; si así era, la ciencia social resultaría imprescindible. Por supuesto que se habían lanzado muchas críticas contra un mundo dominado por la ciencia, como la del automatismo, la negación de la libertad, etcétera, pero la ciencia solo trataba de buscar la verdad, «aquello con que necesariamente hay que contar» a la hora de decidir; por

supuesto que la ciencia podría ponerse incluso al servicio de la guerra y, en este sentido, no era garantía absoluta de nada; pero la alternativa, la renuncia a la ciencia, sí era garantía de «la irrupción de lo irracional», del fin de «nuestra civilización». Además, aunque la cuestión de la relación entre los valores y la ciencia era problemática, el conocimiento científico no solo era conocimiento sino que también parecía unido a ciertos valores: racionalidad, seguridad, libertad, tolerancia, medida, cooperación.

A la vez, Recaséns publicará su *Wiese* en 1943 y a partir de ahí aparecerán artículos suyos sobre Weber, Tarde, Durkheim y otros, hasta que en 1956 se publique su *Tratado General de Sociología*, reeditado y reimpresso en muchas ocasiones, la última en 1976. También Recaséns tenía interés y fe en la nueva ciencia social:

los estudios necesarios para podernos orientar en la situación presente e inquirir las orientaciones para la acción adecuada son muy complejos. Es preciso que lleguemos a entender de qué manera el desarrollo psicológico, el intelectual y el moral están relacionados con los procesos sociales: cómo cada edad histórica produce tipos humanos enteramente diversos.

¿Cuál era la situación presente? De profunda crisis, una «crisis total del mundo contemporáneo», como ya había dicho Medina en 1935. Pues esa crisis, o la conciencia de esa crisis, era la que dotaba de más sentido a la sociología, el estudio científico de la sociedad y sus transformaciones, que podría satisfacer –decía Recaséns– «el vehemente deseo de entender lo que está pasando hoy en día».

Pero si ambos hacían profesión de fe liberal y coincidían en el interés por la sociología, creo que discrepaban, en cambio, en lo tocante a la filosofía del Derecho. El último artículo de la etapa española de Recaséns, aunque publicado en una revista alemana, lo había dedicado a esclarecer lo que era una verdadera filosofía del Derecho. El primer libro que publicaría en México, en 1939, en el que se encuentra el origen del que será su magnífico *Tratado, Vida humana, sociedad y Derecho*, se titulaba *Fundamentación de la Filosofía del Derecho*, una fundamentación que sería orteguiana, como ya podía imaginar el lector al leer el título. La jurisprudencia, la ciencia jurídica, no bastaba; se requería una filosofía del Derecho, que sería la que podría «decir la verdad plenaria y fundamental sobre lo jurídico, o por lo menos plantearse este problema».

Medina, sin embargo, ya en España había mostrado su desapego por la filosofía del Derecho y ahora lo diría más claramente aún. Lo había anunciado en su *Panorama* de 1940, como acabamos de ver, pero en 1943 dedicará un artículo (pequeño, de apenas nueve páginas) a explicar su alejamiento de la filosofía jurídica. Lo tituló precisamente así: ¿Filosofía del Derecho?, entre interrogantes, y la respuesta bien pudiera ser: «No, gracias». En principio se trataba de un comentario del libro de Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, cuya traducción acababa de publicar el Fondo de Cultura Económica, pero, así como juzgaba elogiosamente esa obra, condenaba la inmensa mayoría de la filosofía del Derecho de los últimos años, que solo le producía «insatisfacción y desgana». La verdad es que la censura de Medina resultaba incluso excesiva; hasta se permitía aconsejar una receta «para uso de aspirantes a pomposos títulos»: «acéptense los ingredientes de la

herencia neokantiana, añádase un poco de iusnaturalismo, agréguese fuertes dosis de teoría pura y fenomenología y que no falten, si se quiere estar al día, unas gotas de existencialismo». «¡Qué serie interminable de bla-bla-bla!», llegaba a manifestar. Dicho por otro tal vez pudiera parecer un reproche fácil, pero puesto en boca de Medina era algo más, pues conocía perfectamente las corrientes de la filosofía jurídica contemporánea, que ya había expuesto en un magnífico libro, como sabemos. Tal vez la crítica fuera excesiva, pero ¿qué había ofrecido la filosofía jurídica a un mundo que se desmoronaba y que, yendo a lo personal, le había expulsado de su patria y le había convertido en un exiliado? Parece que nada.

La dedicación de Medina a la filosofía del Derecho, por tanto, se redujo a dos libros: uno propio, *La situación presente de la filosofía jurídica*, de 1935, y otro ajeno, la *Filosofía del Derecho*, de Radbruch, que tradujo.

OOOO

Aunque Medina se encontraba integrado en el país de acogida, en México, donde estaba desempeñando un relevante papel para las ciencias sociales, importando a la lengua española el último pensamiento social y creándolo él mismo, el cierre del Centro de Estudios Sociales y un enfrentamiento con Daniel Cosío Villegas hicieron que lo abandonara en 1945 y se fuera como profesor visitante a Bogotá, a la Universidad Nacional de Colombia. Al año siguiente se irá para Puerto Rico, donde permanecerá en su Universidad ocupándose de las clases de Sociología hasta 1952, cuando se vaya a Santiago de Chile, donde residirá, salvo un breve paréntesis en España, hasta su fallecimiento. A partir de su establecimiento en Chile, Medina Echevarría comenzará a trabajar para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), a la que dedicará casi todo el resto de su vida profesional, así como seguirá colaborando en la implantación de la sociología en Latinoamérica; por ejemplo dirigiendo la Escuela de Sociología de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, o desde el Instituto Latinoamericano de Planificación Económica y Social, además de publicando diversos trabajos, entre los que destaca, con carácter póstumo, *La sociología como ciencia social concreta* (1980), probablemente su obra más completa.

OOOO

Ya quedó dicho que Recaséns fue el único de los exiliados que, aunque también tiene una importante obra sociológica, siguió dedicando toda su vida a la filosofía del Derecho, alcanzando reconocimiento en España y Latinoamérica; incluso internacional, lo que no suele suceder entre los filósofos que elaboran su especulación en español. En México se le quiso y se le admiró, y Recaséns, a la recíproca, ofreció al país hermano una docencia y una investigación magistral, además de participar en acontecimientos relevantes para el mundo jurídico de allá, como el viaje que en 1960 Kelsen realizó a México, cuando ya estaba establecido en Estados Unidos.

Como sabemos, Recaséns tenía una impresionante preparación filosófico-jurídica: partiendo de una formación clásica, había estudiado con los más relevantes pensadores europeos del Derecho y, a eso añadió el raciovitalismo orteguiano. La suya era una novedosa perspectiva sobre el Derecho que, a mediados de siglo, dio un fruto que merece expreso reconocimiento: la teoría del *logos* de lo razonable. Así, resulta que Recaséns fue uno de los autores del selecto grupo que revolucionó la metodología propia del Derecho con una de las modernas teorías de la argumentación jurídica que, en palabras de García Amado,

vendrán a buscar una vía media entre el irracionalismo metodológico de los unos y el optimismo cientifista de los otros. Desde los años cincuenta, la situación de crisis de la metodología jurídica va a motivar una serie de respuestas estrechamente emparentadas por compartir una idea fundamental: que la demostración meramente lógica y la prueba empírica no son ciertamente aplicables al trabajo valorativo con el derecho, pero que ello no implica que la aplicación del Derecho sea una operación perfectamente arbitraria y aleatoria, pues poseería su propia racionalidad. Pero esta racionalidad que el derecho compartiría con otras disciplinas pertenecientes al ámbito de la acción o la razón práctica sería de un género especial: sería racionalidad práctica. Se anticipa así, en estrecha referencia al derecho y su problemática metodológica, lo que la filosofía general celebrará años más tarde como «rehabilitación de la razón práctica».

En efecto, en 1956 aparecerá su *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho* donde, por una parte, repudiaba el uso «de la lógica tradicional en materia de los contenidos jurídicos», a la vez que se proponía hallar solución a la cuestión del razonamiento que se ha de utilizar para trasladar y adaptar la norma general al caso particular. ¿Qué ocurre cuando al aplicar la norma a un caso concreto sucede una obvia injusticia? ¿Cómo se puede resolver ese patente problema? A juicio de Recaséns, «ponderando, comprendiendo y estimando» los efectos que provocaría la aplicación de la norma en esa circunstancia. Si ese uso de la norma entra en contradicción rotundamente con las valoraciones que sirven de sustento al orden jurídico, entonces esa norma no es aplicable, o no es aplicable de esa forma, al caso concreto. Ese es un uso razonable del Derecho. «Creo que esta palabra, *lo razonable* –dirá Recaséns–, es muy expresiva para designar el ámbito y la índole de lo que podríamos denominar también el *logos de lo humano*»; se trata de lo opuesto a lo disparatado, lo evidentemente injusto, lo indebido a todas luces. Mucho antes de que se popularizaran, en Recaséns ya encontramos la razonabilidad, los principios, las valoraciones, la ponderación, enfrente de la razón formal, las normas al pie de la letra, la asepsia, la aplicación mecánica de las reglas.

Al fin, desde México nos legó Recaséns un impresionante *Tratado General de Filosofía del Derecho* (1986) y un *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX* (1963), magnífica historia de la filosofía jurídica en el siglo XX, que siguen siendo de necesaria lectura para quienes se dediquen a esta disciplina, no solo porque (salvo en lo tocante a la expresión, magnífica pero demasiado ampulosa) sigan estando en vigor sino porque Recaséns ya es un clásico.

OOOO

En la década de los sesenta, Recaséns regresó a España en diversos viajes a los que era invitado por los muy distintos amigos que se habían quedado acá, pero nunca llegó a plantearse el regreso definitivo, pues México ya era su patria. Falleció en Ciudad de México, en 1977, el mismo año que José Medina Echevarría fallecía en Santiago de Chile.

UNA BREVÍSIMA BIBLIOGRAFÍA

Para quien quiera completar esta investigación, que lea de Benjamín RIVAYA, *El exilio iusfilosófico español (1936-1977/1981)*, que se publicará próximamente en *Doxa*, así como *Una historia de la filosofía del Derecho española del siglo XX*, Madrid, Iustel, 2010. De Fernando SERRANO MIGALLÓN, *El asilo político en México*, México, Porrúa, 1998, y *Duras las tierras ajenas: un asilo, tres exilios*, México, FCE, 2002. Por último, dirigido por Carlos PETIT, el *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho (1847-1943)*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. URL: http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos. [Consulta: 26 de marzo de 2017].

Estado de Derecho en México: El reto de la obediencia a la ley.

Rule of Law in Mexico: The challenge to obey the law

Mtro. Francisco LÓPEZ GONZÁLEZ

Programa de Doctorado en Derecho en la Facultad de Estudios Superiores, Aragón de la
UNAM flopezg@derecho.unam.mx

Sumario: I. Introducción. II. Tres conceptos de Estado de Derecho. III. La obligación de obediencia a la ley. IV. Cada individuo un caso de excepción en México. V. Conclusiones.

Resumen

Para conocer las obligaciones y derechos en el Estado de Derecho es necesario partir de, por lo menos, una primera aproximación a tal noción. Así, echando un vistazo al perímetro del concepto, se percibe que se trata de una situación dentro de la organización social en la que la ley prevalece. De esta manera, resulta obvio que la principal obligación en el Estado de Derecho es la de obedecer la ley, desafortunadamente en México parece que existe cierto rechazo a ese deber con base en la arraigada idea de la ciudadanía de que cada mexicano es un caso de excepción. El reto por supuesto, es conseguir la aceptación al cumplimiento de la ley y con ello la completa implantación del Estado de Derecho.

Abstract

To be acquainted to the rights and obligations in the Rule of Rule, it is necessary to begin with, at least, a general idea of said notion. Thus, glancing at the perimeter of the concept, it could be perceived that it is a situation within a social organization in which law prevails. Thus, it is obvious that the principal obligation in the Rule of Law is to obey the law, unfortunately in Mexico it seems that there is certain rejection of that duty based on a deeply rooted idea in citizens that every Mexican is worth an exception. The challenge of course, is to get acceptance to law enforcement and thus the full implementation of the Rule of Law.

I. Introducción

La presente ponencia es resultado de la investigación titulada «El Papel del Arreglo Pacífico de Controversias en la Construcción del Estado de Derecho Internacional», que llevo a cabo dentro del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. En cuanto a la metodología, las preguntas pertinentes son ¿Qué es el Estado de Derecho? ¿Qué obligaciones son propias en el Estado de Derecho? ¿En México se cumplen esas obligaciones? y la hipótesis a comprobar es que en México existe una

resistencia generalizada a cumplir con la ley y por lo mismo el Estado de Derecho es, en el mejor de los casos, bastante débil. A pesar de que la técnica utilizada es documental casi en su totalidad, algo de mi percepción apoya ciertos aspectos, por lo que también existe fuente empírica. Para efectos de esta ponencia, considero que Estado de Derecho y *Rule of Law* son términos equivalentes.

Ahora bien, la locución «Estado de Derecho» evoca los dos potentes conceptos que la integran pero no implica que aludiendo a ellos y conjuntándolos, sea posible definirla.¹ Se trata de una noción equívoca,² abierta, vaga, compleja y controversial³ que puede ser observada desde diferentes perspectivas⁴ y que por lo mismo es difícil de entender.⁵ Tal vez esa sea la razón por la que en tiempos recientes se aluda constantemente al Estado de Derecho, ya sea que se hable de su implantación, su carencia, el respeto que se le debe, la aplicación del mismo o su grado.⁶

¹ Sin entrar en complicaciones innecesarias respecto de las definiciones de Estado y de Derecho, es oportuno, por ejemplo, aludir a la dificultad de definir al Derecho: «En la *Crítica de la razón pura*, Kant ironizaba a propósito de los juristas que todavía estaban buscando una definición del Derecho; hoy, un par de siglos después, no puede decirse que la hayan encontrado. Por su parte, Flaubert, en su *Diccionario de los lugares comunes*, definía "Derecho" de esta manera: "no se sabe qué es". Y, más recientemente, H. A. Hart, uno de los más importantes teóricos del Derecho del siglo, dedicó en 1961 todo un libro a esclarecer el concepto de Derecho, aunque estaba convencido de que tal concepto era demasiado complejo para poder ser encerrado en una cláusula definitoria». Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, 1.^a ed., 3.^a reimp., México, Distribuciones Fontamara, 2005, p. 9.

² Según la Real Academia Española «equívoco» significa «que puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o dar ocasión a juicios diversos». <http://lema.rae.es/drae/?val=equ%C3%ADvoco> consultada el 15 de octubre de 2014. En contra de esta idea, Atienza puede ser impreciso, pero el concepto es «unívoco: nadie parece haberlo usado para referirse a otra cosa que no sea un tipo de organización política que aparece en un determinado momento histórico, y con características más o menos bien definidas». Atienza, Manuel, *Cuestiones Judiciales*, 1.^a reimp. México, Distribuciones Fontamara, 2004, p. 74.

³ *Rule of law is a notoriously contested concept*. Merkel, Wolfgang, «Measuring the Quality of Rule of Law, Virtues, Perils, Results» en Zürn, Michael, *et al* (eds.), *Rule of Law Dynamics*, Estados Unidos de América, Cambridge University Press, 2012, p. 21.

⁴ «Semejante concepto es tan abierto, que todas las épocas han podido llenarlo de contenidos diversos más o menos densos, manteniendo así continuamente su vitalidad». Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*. 10.^a ed., Madrid, Trotta, 2011, p. 21.

⁵ Cfr., Sarsfield, Rodolfo, *What is the Rule of Law (And is Not)? Paper prepared for delivery at the 2010 Annual Meeting of the American Political Science Association, September 2-5, 2010*, consultado en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1667682 Por otra parte, el 4 de diciembre de 2014, Salazar Ugarte sugería en su editorial que cada vez que se hable del «concepto mágico» Estado de Derecho, que se pidan explicaciones «¿A qué se refiere –usted– cuando habla de Estado de derecho? ¿Piensa en un Estado de derechos o de derechas?» disponible en <http://www.eluniversalmx.com.mx/editoriales/2014/12/73636.php>

⁶ Sobre la medición de su «grado» véase Ríos, Viridiana; Enríquez, Alejandra; Espejel, Omar y Galindo, Mariana y (2015) «Estado de Derecho» en Serie de Estudios Económicos, vol. 1, agosto 2015 México DF: México ¿cómo vamos? disponible en <http://www.mexicocomovamos.mx/category/estado-de-derecho/>

Una buena ilustración de lo afirmado es el primer informe de gobierno, del actual presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Enrique Peña Nieto: «una de las principales demandas de la sociedad es lograr un México en paz, en un marco institucional de respeto al Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos, que garantice el avance de la democracia, la gobernabilidad y la seguridad de la población».⁷

La perspectiva del presidente sugiere un par de cosas: la primera es que, al día de hoy, no se respeta al Estado de Derecho, y la segunda, que ese respeto implica un deber. Lo que haré en esta ponencia, es explicar el problema que enfrenta el Estado de Derecho en México en cuanto a la principal obligación que de él se desprende.

II. Tres conceptos de Estado de Derecho

El gato Cheshire, personaje del famoso libro del inglés Lewis Carroll, tenía razón cuando a la pregunta de Alicia sobre el camino que debería de tomar, le respondió que eso dependía, en gran medida, de a dónde quería llegar.⁸ Algo similar se reproduce cuando se cuestiona sobre los derechos y obligaciones en el Estado de Derecho, saber cuáles son esas prerrogativas y cargas depende de saber qué es Estado de Derecho.

A pesar de que se le relaciona con la regulación social basada en la ley y la justicia y no el poder,⁹ no hay consenso sobre su significado y significado. Lo caprichoso de la invocación del Estado de Derecho lleva a pensar que cada quien tiene su propio concepto, de otra forma su ubicuidad es ininteligible.¹⁰

⁷ Peña Nieto, Enrique, *Primer Informe de Gobierno 2012-2013*, pág. 17.

⁸ Cfr., Carroll, Lewis, *Alice's Adventures in Wonderland*, Herefordshire, Reino Unido, Wordsworth Limited Editions, 2006, pp. 64-65.

⁹ Cfr., Kabbler, Jan, *et al*, *The Constitutionalization of International Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2011, p. 59.

¹⁰ En este sentido, el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, José Ramón Cossío, asumiendo la posible pluralidad de tipos de «Estado de Derecho», pregunta en *El Universal* de 9 de diciembre de 2014 ¿Qué Estado de Derecho? Véase <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2014/12/73728.php>

Algunos juristas creen que es una calificación que se da a un Estado *per se*¹¹ con base en su evolución, respecto de su estructura y forma de gobierno,¹² otros lo consideran la sujeción de la actividad estatal a una constitución¹³ y algunos otros, más prudentes, prefieren sólo apuntar algunas de sus características.¹⁴ Lo cierto es que, hoy por hoy, la noción Estado de Derecho solo por las palabras que la componen, parece *prima facie* ser propia de la ciencia jurídica, no obstante, sigue siendo equívoca y nada lo confirma, así que escogeré tres ideas, de fuentes diversas, que ilustran la parte más estrecha y la más amplia del espectro que abarca el concepto Estado de Derecho, para entender de qué trata.

La primera idea es la versión minimalista de Luis Rubio quien afirma que «en su acepción más elemental, el Estado de derecho no es otra cosa que la subordinación de toda la población, comenzando por los propios gobernantes, a un conjunto de reglas».¹⁵ La segunda idea es del World Justice Project:

El Estado de Derecho es definido como un sistema en el que se respeten los cuatro principios universales siguientes:

1. El gobierno y sus funcionarios y agentes, así como las personas y las entidades privadas son responsables conforme a la ley.
2. Las leyes son claras, publicitadas, estables y justas; se aplican de manera uniforme; y protegen los derechos fundamentales, entre ellos la seguridad de personas y bienes.
3. El proceso por el cual las leyes se promulgan, administran y hacen cumplir es accesible, justo y eficiente.
4. La justicia es administrada oportunamente por representantes neutrales competentes, éticos, y quienes son suficientes en número, tienen los recursos adecuados, y reflejan la composición de las comunidades a las que sirven.¹⁶

¹¹ Entendido aquí como sustantivo, ficción jurídica que alude a esa organización social así denominada por Maquiavelo y con población, gobierno y territorio bien definidos. *Cfr.*, Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, 2.^a reimp., México, Ediciones Fontamara, 2006, pp. 168-169.

¹² *Cfr.*, Ferrajoli, Luigi, «Pasado y Futuro del Estado de Derecho» en Carbonell, Miguel, Orozco, Wistano y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI Editores, 2002, pp. 187-204.

¹³ *Cfr.*, Valadés, Diego, «La No Aplicación de las Normas y el Estado de Derecho» en Carbonell, Miguel *et al.*, *ibidem*, pp. 129-186.

¹⁴ Caballero Juárez, José Antonio, «La transición del absolutismo al Estado de Derecho», en González, María del Refugio y López Ayllón, Sergio (eds.), *Transiciones y Diseños Institucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 19-48

¹⁵ Rubio, Luis, *Una Utopía mexicana. El Estado de derecho es posible*, Washington, Estados Unidos de América, Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2015, p. 39. Descargable desde la internet en <http://wilsoncenter.org/publication/mexican-utopia-the-rule-law-possible> consultada el 23 de julio de 2016.

¹⁶ <http://worldjusticeproject.org/what-rule-law> consultada el 15 de agosto de 2013.

Esta es la definición que adopta el proyecto «México ¿Cómo vamos? Metas para transformar al país» que comparten el Instituto Mexicano para la Competitividad, A. C. y México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, A. C., para, entre otras cosas, «medir» el Estado de Derecho en México.¹⁷

La tercera idea es la de Kofi Annan, ex Secretario General de la ONU:

El concepto de «Estado de derecho» ocupa un lugar central en el cometido de la Organización. Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal.¹⁸

Al menos en 15 puntos puede diseccionarse la definición propuesta por Annan,¹⁹ pero tal vez lo más importante sobre la misma es que con ella se buscaba, en 2004, empezar la discusión hacia una terminología común internacional y por otra, que no hace referencia al «Estado» ficción jurídica maquiavélica,²⁰ sino a una situación actual o contingente dentro de la sociedad organizada.

Del análisis de las tres versiones infiero que el punto de coincidencia es la prevalencia del Derecho sobre personas e instituciones. Por otra parte, a diferencia de lo que sucede al hablar de «Estado fallido» en que «fallido» es un calificativo de Estado, al hablar de Estado de Derecho se está frente una sola pieza léxica con un sentido unitario.

¹⁷ <http://www.mexicocomovamos.mx/publicaciones/estado-de-derecho/> consultada el 23 de julio de 2016.

¹⁸ Annan, Kofi, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Nueva York, Estados Unidos de América, Secretaría General de Naciones Unidas, 2004, p. 5. S/2004/616 http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2004/616 consultada el 23 de julio de 2016.

¹⁹ Fitschen, Thomas, «Inventing the Rule of Law for the United Nations», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 12, 2008, pp. 347-380.

²⁰ Es decir, no esa organización social así denominada por Maquiavelo, con población, gobierno y territorio bien definidos. *Cfr.*, Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, 2.^a reimp., México, Ediciones Fontamara, 2006, pp. 168-169.

III. La Obligación de Obediencia a la Ley

Con gran esfuerzo por encontrar un referente histórico mítico, a la manera en que Virgilio conecta a la Troya homérica con la fundación de Roma,²¹ es posible ver en la Magna Carta de 1215, algunos caracteres incipientes del Estado de Derecho,²² como los establecidos en sus puntos 39 y 40,²³ sin embargo por su contexto e intención, el documento inglés no puede considerarse como un hito sobre la idea Estado de Derecho.²⁴

En realidad, será la combinación de resultados de tres importantes eventos acaecidos en poco más de cien años, lo que dé origen a una nueva forma de entender la relación entre gobierno y gobernados; una en la que la actuación de aquel deba observar reglas y tener límites. Las denominadas revoluciones «gloriosa» de 1688; de «independencia» de los Estados Unidos de América de 1776; y «francesa» de 1789; trazarían los ejes de lo que hoy en día conocemos como Estado de Derecho.

Por su parte, Acemoglu y Robinson utilizan el caso de John Huntridge en, el hoy, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, para ubicar el momento exacto en que el Estado de Derecho cobró carta de naturaleza en la cultura occidental.²⁵

La historia que los autores narran es la siguiente: A principios del siglo XVIII, grupos de hombres oriundos de los alrededores de Castillo de Windsor –al oeste de Londres–, solían pintarse la cara de negro para ocultar su apariencia en la noche y merodear por el bosque lleno de venados que circundaba tal castillo. Mataban y mutilaban ciervos y otros animales, quemaban pajares y graneros, así como destruían cercas y estanques. Tales grupos eran los

²¹ Cfr., Virgilio, *Eneida*, 2.^a ed., 1a. reimp., trad. de Rubén Bonifaz Nuño, México, Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, UNAM, 2008.

²² *The Magna Carta also epitomized a third Medieval root of the rule of law, the effort of nobles to use to restrain kings* [La Magna Carta también representó una tercera raíz medieval del Estado de derecho, el esfuerzo de los nobles de usar la ley para restringir a los reyes]. La traducción es mía. Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law: History, politics, theory*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2004, p. 25.

²³ <http://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation> consultado el 15 de julio de 2016

²⁴ Cfr., Danziger Danny y Gilligham, John, *1215. The year of the Magna Carta*, Estados Unidos, Touchstone Edition, 2005.

²⁵ Acemoglu, Daron y Robinson, James, A., *Why nations fail. The origins of power prosperity and poverty*, Estados Unidos de América, Crown Business, 2012, pp. 302-310.

Blacks, su actuar era la respuesta de la gente común a la manera en que los *Whigs*,²⁶ se aprovechaban de la posición que habían alcanzado después del triunfo de la Revolución Gloriosa. Los *Whigs* se habían convertido en símiles de los Stuart, que eran los miembros de la dinastía a la que habían derrocado.

Los *Blacks* explotaron en enero de 1722, contra diversos políticos y terratenientes de la zona de Caversham a unas 20 millas de Windsor, pero principalmente contra el Conde William Cadogan. La incursión de los *Blacks* en el parque de 240 acres de Cadogan, dejó como saldo temor y 16 ciervos muertos. Ante esto, los *Whigs* reaccionaron y en mayo de 1723, el Parlamento –controlado por ellos– aprobó la *Black Act*²⁷ que estableció cincuenta delitos que se castigaban con la horca entre los que se encontraban la portación de armas y llevar la cara pintada de negro.

El 10 de noviembre de 1724, Huntridge fue acusado de ayudar a ladrones de venados y de complicidad con *Blacks*, ambos crímenes castigables con ahorcamiento. El procedimiento en contra de Huntridge comenzó por el *Regency Council of Lords Justices* (dominado por Walpole y Cadogan). Walpole consiguió directamente de un informante, Richard Blackburn, evidencia contra Huntridge. La condena parecía inminente pero no fue así. El jurado que estaba compuesto por terratenientes y alta burguesía (*gentry*) presumiblemente simpatizaría con Walpole, sin embargo, declaró que Huntridge era inocente debido, en parte, a asuntos procedimentales, ya que existieron irregularidades en la forma en que las pruebas fueron obtenidas.

Las cosas no eran más como en la era de los Stuart en la cual, la corte simplemente seguía los designios de los monarcas y actuaba abiertamente como una herramienta de represión contra sus oponentes. Ahora los gobernantes, los *Whigs*, tenían que respetar el principio de que la ley no debía ser aplicada selectiva o arbitrariamente y que nadie estaba por encima de ella.

²⁶ <http://whigs.uk/our-history/> consultado el 15 de julio de 2016.

²⁷ *Act* puede traducirse al español como «Ley», sin embargo, traducir *Black Act* como *Ley Negra* es bastante desafortunado porque en realidad atiende a los personajes a los que estaba dirigida que eran los mencionados *blacks*.

Con la conceptualización del apartado anterior, la paternidad sobre el fenómeno que atribuyo a las tres revoluciones mencionadas y la anécdota narrada, concluyo que la principal obligación en el Estado de Derecho es la de observar, respetar u obedecer la ley.²⁸

IV. Cada individuo un caso de excepción en México

En México no es extraño que los ciudadanos, se crean observadores de las normas y al mismo tiempo, estén ciertos de que estas no les son aplicables o que simplemente desdeñen su acatamiento. Castañeda lo pone así: «los mexicanos suelen creer que el gobierno no respeta la ley, que la gente no respeta la ley, pero que ellos sí. Entonces, ¿quiénes son los mexicanos que no respetan la ley? Los otros, obviamente yo no».²⁹

Las razones son múltiples, pero me limito a distinguir tres: 1) la propia autoridad promueve el incumplimiento, que es el argumento tanto de Luis Rubio,³⁰ como de la casa consultora Parametría;³¹ 2) no existe incentivo para la observancia, puesto de otra manera, el incumplimiento no acarrea consecuencias;³² y 3) el excesivo individualismo lleva a pensar que cada uno es la excepción –al cumplimiento– que confirma la regla.³³

Un refrán extensivamente conocido e invocado, destaca otra arista de cómo se concibe la observancia y aplicación de la ley en México: «Cúmplase la ley en los bueyes de mi compadre». La periodista, Vianey Esquinca, explica el dicho aplicado a la clase política:

²⁸ «Ley» entendida como sinónimo (si bien reduccionista) del «Derecho».

²⁹ Castañeda Gutman, Jorge G., *Mañana o pasado. El misterio de los mexicanos*, México, Aguilar, 2011 pp. 315-316.

³⁰ Para el autor uno de los problemas principales es de las «reglas no escritas» que permiten a los gobernantes violar a discreción todo el andamiaje jurídico en el país, pues se trata de una mera formalidad. *Cfr.*, Rubio, Luis, *op. cit.*, pp. 15-17.

³¹ «El no cumplimiento de la ley en México continúa siendo una especie de deporte nacional por excelencia, del cual su principal promotor es la autoridad misma, que no aplica las normas por igual y provoca que muchos delitos queden en la impunidad» Parametría, *El irrespeto a la ley, verdadero deporte nacional*, http://www.parametria.com.mx/carta_parametrica.php?cp=4007 consultado el 15 de julio de 2016.

³² *Cfr.*, Índice Global de Impunidad México http://www.udlap.mx/igimex/assets/files/igimex2016_ESP.pdf consultado el 15 de julio de 2016.

³³ *Cfr.*, Castañeda Gutman, Jorge G., *op. cit.*, pp. 44-61

Efectivamente, la prensa nacional está llena de declaraciones de políticos exigiendo y prometiendo justicia «hasta las últimas consecuencias», «tope donde tope» y «caiga quien caiga», pero si se aplica la ley y afecta a un amigo, aliado, compadre o cuasihermano, entonces, el discurso cambia inmediatamente a que se está politizando el tema o que hay intereses oscuros tratando de desestabilizar al régimen.³⁴

En aras de sustituir paradigmáticamente esta relación de los mexicanos con el derecho, el miedo al castigo ante su inobservancia no es la solución, al menos no de manera aislada, el rol primordial lo lleva la legitimación de autoridades y de los procesos de creación y aplicación la ley.³⁵ Para ser imperativas, las leyes y las determinaciones de autoridades administrativas y judiciales deben afectar el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidas,³⁶ esta es la médula del Estado de Derecho.

El gran desafío de México para lograr el Estado de Derecho es infundir en la idiosincrasia, *i. e.*, en «el carácter nacional»³⁷ la obediencia a la ley. El camino para lograrlo, pasa por la legitimación de los operadores del derecho, quienes, en primer término, deben predicar con el ejemplo.

V. Conclusiones

Estado de Derecho no es una idea propia de la ciencia jurídica, es una suerte de préstamo proveniente, tal vez, de la ciencia política, que refiere a situación actual o contingente de gobierno, donde la observancia de las disposiciones jurídicas es obligatoria e irrestricta tanto para este, como para los gobernados.

Así, la principal obligación en el Estado de Derecho es la obediencia a la ley y este fenómeno de observancia no es precisamente aceptado en México, ya que, en gran medida, el mexicano promedio cree que es un pequeño pero importante caso de excepción a las disposiciones jurídicas generales; creencia promovida por el gobierno que, además de

³⁴ Esquinca, Vianey, «En los bueyes de mi compadre» en *La Inmaculada Percepción*, publicada en Excelsior el 06 de diciembre de 2015. <http://www.excelsior.com.mx/opinion/vianey-esquinca/2015/12/06/1061652>.

³⁵ Tyler, Tom R., *Why people obey the Law*, Estados Unidos de América, Princeton University Press, 2006.

³⁶ *Ibidem*, p. 19.

³⁷ «Paquete de rasgos culturales, de prácticas y de tradiciones que comparten la mayor parte del tiempo la mayor parte de los mexicanos, y que distinguen a México de las demás sociedades...». Castañeda Gutman, Jorge G., *op. cit.*, p. 29.

fungir como ejemplo de resistencia al cumplimiento de la ley, al momento de aplicarla, lo hace de forma dispareja.

El reto es crear la conciencia ciudadana de que la obediencia a la ley es necesaria para la convivencia pacífica y ordenada de todos los miembros de la sociedad, lo que, a su vez, se traducirá en que instituciones e individuos, ya sean estos gobernantes o gobernados, al cumplir con la ley permitan el total y correcto establecimiento del Estado de Derecho en México.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO DE DERECHO

Giovanni Gabriel SAUCEDO MEDINA
Universidad Nacional Autónoma de México

Resumen: Un Estado de Derecho necesita diversos medios y mecanismos para lograr tener vigor en la sociedad. Entre estos elementos, leyes que tengan aplicación real y efectiva, con la que se busque el reconocimiento, garantía y protección de los Derechos Humanos, así como su reparación.

Abstract: The rule of law needs various means and mechanisms to achieve force in society. Between these elements, laws that have application real and effective, with which is look for the recognition, guarantee and protection of those rights human, as well as their repair.

Introducción

Desde tiempos inmemoriales los seres humanos han buscado asociarse entre sí con el propósito de convivir de manera pacífica y estable, esto en cierta medida, se ha logrado a través de la instauración de un Estado de Derecho, mismo que en principio surge en contraposición a un Estado Absolutista.

En esta tesitura, un Estado de Derecho como una sociedad política que cuenta con un ordenamiento jurídico y que proporciona los lineamientos orgánicos y estructurales, así como el reconocimiento de los derechos para delimitar el actuar tanto de sus gobernantes como el de sus gobernados. De dicha consideración, un Estado de Derecho lo será en la medida en que no solo se reconozca los derechos sino que establezcan los mecanismos para su protección.

Compaginando lo anterior, sería oportuno realizar el siguiente cuestionamiento, ¿qué sucede cuando ese reconocimiento de derechos no tiene existencia práctica, y solo se convierte en un discurso plagado de buenas intenciones, en la que los mecanismos de protección no existen o simplemente no son aplicables? En principio, para tratar de esbozar una respuesta, se generaría un panorama de inseguridad y de incertidumbre jurídica para cada uno sus integrantes, aunado a que la observancia de la ley llegará a hacer nula y por lo tanto ineficaz, como resultado un Estado inoperante.

Desde esta perspectiva, sería acorde crear un contexto en el que se respete, promueva, garantice y protejan los derechos, además, en caso de vulneración se sancionen y se reparen las

afectaciones para que no vuelvan ocurrir. En este sentido, sería la proyección ideal de un Estado de Derecho.

A manera de corolario, es importante que cada Estado cuente con el reconocimiento de los derechos humanos, entendidos como derechos públicos subjetivos que son consagrados en una Constitución y en donde la autoridad tendrá una doble obligación, dejar hacer –entendido como el respeto y su garantía– y hacer –crear las medidas para la promoción, y protección de los derechos–. Creemos que no existe un Estado de Derecho perfecto, –dado al dinamismo social– sino perfectible, que deberá irse adecuando al contexto jurídico, político, social económico que se presente.

En tales perspectivas, el reconocimiento de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico, deberá estructurarse a través de principios que permitan al órgano encargado de su aplicación –juzgador–, tener un amplio contexto para determinar una solución –en la medida de las posibilidades– «más justa», y no solo se convierta en una mera actividad de legalidad.

Para establecer un marco de referencia, el propósito de la investigación consiste en analizar y describir sucintamente el papel de los derechos humanos, sus formas de garantía a través de diversos medios de protección para el resguardo y respeto en el desarrollo del Estado, y finalmente, ante la vulneración de alguno de los referidos derechos se esté en la posibilidad de reparar de manera integral los daños.

I. Estado de Derecho

Al concebir un modelo de organización en sociedad, los seres humanos están en la constante búsqueda de una forma política y jurídica que le dé legitimidad al actuar a cada uno de sus integrantes, en un inicio a través del establecimiento de derechos y de obligaciones. Por ende, la manera en que se ha logrado materializar, ha sido a través del binomio Estado y Derecho, los cuales fungen como elementos constitutivos en la vida de una comunidad.

Una premisa originaria y esencial en la vida de los seres humanos, reside en su mismo entorno, lo que deriva tanto en su formación psicosocial, como su desarrollo e integración societaria. Lo que deviene en el concepto de sociedad civil y su paso al de la sociedad política, en la que se le ha denominado tradicionalmente como Estado, vislumbrado como el órgano jurídico-

político en el que se institucionaliza principios legales que existían de manera consuetudinaria y como una estructura y organización creada por el Derecho.¹

En tal consideración, el Estado aparece contiguo a la vida en sociedad y con las características de un poder político, limitado por uno jurídico que le da legitimidad a su actuar, además de permitir una convivencia estable y organizada.

Haciendo un recorrido sucinto de la idea del concepto de Estado moderno, este aparece después a la *Paz de Westfalia*, misma que puso fin a la guerra en la que participó Alemania, así como a la guerra entre España y Países Bajos, que trajo como consecuencia el advenimiento del Estado Nacional y tuvo como principal característica la consolidación como una unidad política de acción, decisión y mando establecida en un espacio físico determinado y dotado de un poder soberano facultado para crear y aplicar el Derecho, el cual le otorga la facultad legal y decisoria, así como un ámbito de actuación con el referido Estado, que a partir de ese momento histórico se le considera como Estado soberano.²

Asimismo, se han considerado diversos atributos, fundamentalmente los de mando y obediencia. Por ende, «toda sociedad, por muy elemental que sea, posee un sistema de normas legales que permite la convivencia ordenada de sus miembros».³

En tal perspectiva, la idea de poder supremo del Estado, concebida como soberanía —en la que no existe poder alguno superior a este—, como un poder absoluto que aparece del resultado de la correlación entre mando y obediencia, sin olvidar que, para la configuración del referido Estado, se consideran otros atributos como el espacio territorial, la aplicación de un sistema de leyes, así como la idiosincrasia social.

Continuando con el planteamiento de Estado de Derecho, es importante destacar que la positivización de las normas, constituye un instrumento que delimita y justifica el actuar del Estado, de tal manera que sus decisiones estén legitimadas y por ende sean reconocidas por los integrantes de la sociedad. Por lo tanto, se instituye una relación de supra–subordinación.

Una de las nociones más precisas de Estado de Derecho, parte del pensamiento del filósofo alemán Immanuel Kant, quien, bajo las ideas de Rousseau, trató de justificar con base en la razón y la libertad individual la fundamentación de las leyes públicas. Es decir, se adecua a una justificación de autonomía de los individuos, siendo lo característico de los seres humanos, la

¹ MONTERO SERRANO, César. *Derecho y Cambio Social*. Ed. Porrúa. México 2013. pág. 3

² Cfr. MONTERO SERRANO, César. *Op. cit.* pág. 91

³ RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, *Estado de Derecho y Democracia*. Instituto Federal Electoral. 2.^a ed. México 2001. Pág. 19.

libertad de ser guiados por las leyes, es decir, tienen la capacidad de establecer las normas que habrán de regir su vida. Lo que el Estado tiene que hacer es promulgar una Constitución que establezca normas generales y abstractas que garanticen la libertad e igualdad de todos los seres humanos.⁴

De lo anterior, podemos colegir que un Estado de Derecho conlleva un proceso para concebirlo como hoy en día, en tal perspectiva, es pertinente traer a colación un breve recorrido histórico.

Los teóricos lo ubican a partir de la revolución liberal francesa a finales del siglo XVIII, sin embargo, desde la antigüedad griega se mantuvo un ideal del imperio sobre la ley, que enmarcaba el dominio sobre el poder absoluto. Aunado a lo anterior, otros doctrinarios contemplan su comienzo en la Gran Bretaña, con el denominado *Rule of Law* –Estado de Derecho–, concebido como un conjunto de principios fundamentales para una vida social en orden y con libertad. Por otro lado, es concebido como un Estado de Derecho con el triunfo del liberalismo francés y la instauración de los Estados Unidos de América (1787), así como la *Carta de los Derechos del Hombre y Ciudadano*, momento en que logra su consolidación de forma definitiva.⁵

Para contextualizar al Estado Derecho, es importante traer a colación una posición mayormente elaborada, en tal situación, el jurista y filósofo español Elías Díaz⁶ establece al respecto:

El Estado de Derecho, así básicamente concebido, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la Modernidad (de la Ilustración) como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico y, unido a ello (como siempre ocurre), también de carácter ético y cultural. El Estado de Derecho, tanto en su (descriptiva) plasmación positiva como –relación no lineal ni mecánica– en su (prescriptiva) formulación ética, responde desde esa consideración histórica a concretas exigencias de certeza y aseguramiento de propiedades, y de su tráfico, así como a protección de otras valiosas libertades (de religión, pensamiento, expresión, etc.) y a garantías de diversa especie que no pueden prescindir tampoco de una cierta referencia inicial a la igualdad.⁷

Prosiguiendo este derrotero y pensamiento del profesor Elías Díaz, para que un Estado de Derecho sea considerado como tal, tiene que cumplir con cuatro atributos o características, los cuales son: a) *Imperio de la ley*, constituye un principio de legalidad, en la que no habrá otro principio por encima de esta, la norma fundamental para el Estado de Derecho, es la Constitución; b) *División de poderes*, en la que el ejercicio del poder político no recaerá en un solo órgano, sino

⁴ Cfr. RODRÍGUEZ ZEPEDA Jesús, *Op. cit.*, pág. 19

⁵ *Ibid.*

⁶ DÍAZ, Elías. *Ensayos Jurídicos en Memoria de José María Cajica Camacho*. Vol. I. Ed. Cajica. Pág. 220.

⁷ *Ibid.*

se dividirá en ejecutivo, legislativo y judicial, cada uno con distintas funciones; c) *Fiscalización de la Administración, actuación y control por los órganos constitucionales y jurisdiccionales COMPETENTES*, en la que todos sus funcionarios públicos tendrán un marco de legalidad, es decir, están obligados a realizar solo lo que está previamente establecido, mientras que para los gobernados no lo que está prohibido, es decir operará tanto para gobernantes y gobernados; d) *Protección de Derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas*; es decir, el reconocimiento que se le ha hecho de derechos y obligaciones a todos sus integrantes, un marco de acción, actualmente podríamos denominarlo como los derechos humanos.⁸

Es importante destacar que con la implementación de un Estado de Derecho, se busca que el proceder de sus gobernantes como el de sus gobernados esté sujeto a límites, por lo tanto, así evitar arbitrariedades o vulneraciones –sea por parte de la autoridad o de los ciudadanos–.

III. Derechos Humanos

Una vez vislumbrado de forma general lo que implica un Estado de Derecho, y específicamente respecto al reconocimiento, protección y garantía de los derechos. Es importante determinar ¿cuáles son esos derechos? Y ¿por qué dichos derechos son reconocidos y considerados como materia de protección y garantía?

Desde las primeras civilizaciones, se han establecido nociones para unificar criterios y establecer axiomas generales sobre las cosas. Primigeniamente, se desarrolla en un contexto teológico y axiológico. Verbigracia, la Biblia consagra una serie de presupuestos espirituales sobre el ser humano de carácter universal, en este tenor, el pueblo hebreo sustenta lo anterior con los diez mandamientos. Es así como las civilizaciones han pretendido regular la conducta de sus miembros a través de reglas generales.⁹

En principio la determinación o el reconocimiento de los derechos pueden basarse desde distintas posturas teóricas. Dentro de estas, haremos referencia a dos. Una visión naturalista, que funda su existencia en la condición de la naturaleza humana, es decir, por el hecho de ser una persona (humano) tendrá los derechos. Otra visión, con la cual concordamos, es la postura positivista, en la que el Estado es quien a través de un proceso legislativo instituye una serie de

⁸ Cfr. DÍAZ, Elías. *Op. cit.* Pág. 220.

⁹ Cfr. HERNÁNDEZ, Cruz Armando. *Los derechos económicos, sociales, culturales y su justiciabilidad en el Derecho Mexicano*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2010. Pág. 16.

normas para la sociedad de acuerdo a sus necesidades y exigencias. Es decir, serán normas válidas.

Si sistematizamos lo anterior desde una perspectiva histórica, el primer antecedente de reconocimiento de derechos humanos, se consagra con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, posteriormente con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Una forma afable de comprender la evolución de los Derechos Humanos, es a través de generaciones que determinan su derrotero histórico para concebirlos como hoy en día.

Con base en el texto del Doctor Armando Hernández Cruz,¹⁰ *Derechos humanos, democracia y desarrollo*, las generaciones de los derechos humanos son:

Primera generación: considera a los derechos civiles y políticos. Partiendo de la Revolución Francesa del siglo XVIII, en el momento de dos postulados liberales para equilibrar las tendencias absolutistas de las monarquías, estos son: a) *político*, como sustento en la tutela de derechos fundamentales, tales como la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad; b) *económico*, referente a la libertad de mercado y la no intervención estatal en la producción y distribución de bienes y servicios.

Segunda generación: considera a los derechos económicos, sociales y culturales. Después de 1870 y con la caída del impero austro-húngaro, se busca limitar al liberalismo debido a las desigualdades y los levantamientos sociales. En cuanto a los ordenamientos normativos, la Constitución de México de 1917, así como la de Weimar de 1919, consagran los primeros derechos sociales. Buscando generar conceptos como interés social o utilidad pública, aunado a los otros derechos sociales como la salud, la vivienda, el trabajo o la educación.

Tercera generación: corresponden a grupos de personas o colectividades que comparten intereses comunes. Como momento histórico, esta generación parte de una crisis mundial, la Segunda Guerra Mundial. Se comienzan a contemplar derechos de solidaridad en un contexto internacional, es decir, la necesidad de la cooperación entre las naciones. Específicamente derechos de los pueblos como la autodeterminación, la independencia económica y política, la identidad nacional y cultural, la paz.

Aunado a lo anterior, estamos en el entendido que los derechos humanos surgen como una medida para limitar el actuar de quien detenta el poder para que no se cometan arbitrariedades. Dicho reconocimiento de derechos, ha sido producto del desarrollo histórico así como de las exigencias y necesidades sociales.

¹⁰ *Ibid.*

Desde esta perspectiva y siguiendo la reflexión del profesor Pedro Nikken,¹¹ la noción de derechos humanos corresponde a la de dignidad de la persona frente al poder del Estado, mismo que debe ejercerse al servicio del ser humano. Toda vez que la sociedad contemporánea lo reconoce por el simple hecho de serlo, lo cual le otorga derechos frente al Estado, derechos que tiene que respetar y garantizar. Esta noción los precisa como derechos inherentes a la persona humana; en segundo lugar, son derechos que se afirman frente al poder público.

Para efectos del presente ensayo, desde una perspectiva en particular, los derechos humanos son las prerrogativas creadas por el Estado, consagradas en un ordenamiento jurídico –Constitución– para fijar el marco de acción y los límites en el actuar de los gobernantes como el de los gobernados, aunado a la implementación de mecanismos para su protección y al final, estar en la posibilidad de hacerlos exigibles.

IV. Los Derechos Humanos en el Estado de Derecho

Como se estableció en líneas que anteceden, un Estado de Derecho, dentro de sus diversas atribuciones, lo será en la medida en que se garantice el cumplimiento de los Derechos Humanos, lo que derivará en un contexto jurídico y social acorde a la realidad, por ende, la observancia de la ley por parte de sus integrantes. Lo anterior como un bosquejo ideal de lo que conlleva un Estado de Derecho.

Sin embargo, existen diversos factores tales como políticos, económicos, jurídicos, sociales entre otros, que impiden el desarrollo y la estructura de un Estado de Derecho, de esta forma, la ley queda como categorías de enunciados plagados de buenas intenciones pero sin un cumplimiento real.

Uno de las cuestiones primigenias del reconocimiento de los Derechos Humanos por parte de los Estados, es terminar con los abusos u omisiones de la autoridad y, en caso de actualizarse alguno de estos supuestos, disponer de los medios necesarios para su protección y, por ende, su exigibilidad.

Una de las formas en que los Estados han adoptado para darle solución a esa problemática, es a través de la reparación integral del daño, que en contraposición a la reparación del daño desde una perspectiva del Derecho Civil, va más allá de la indemnización o compensación económica.

¹¹ Cfr. NIKKEN, Pedro. *El concepto de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Pág. 15.

Este tipo de violaciones de los derechos humanos depara una repercusión tanto en la vida de la persona como en la de su entorno, con una serie de efectos y consecuencias que tienen alcance en otros ámbitos de su vida, tales como: familiar, laboral y social.

En esta tesitura, una reparación integral se implementa como una acción por parte del Estado con el propósito de subsanar los daños producidos por una violación a un derecho humano, es decir, se reconoce la existencia de un daño para buscar restablecer la condición personal, familiar y social de la persona.

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de reparación integral, derivado del Caso Acevedo Jaramillo y otros vs Perú, (sentencia de 7 de febrero de 2006), consiste en las medidas que buscan hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, en tal perspectiva, su naturaleza y monto dependerán del daño que se haya ocasionado –esto determinado por un órgano facultado para ello–. Constará de diversas medidas (restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición) con la finalidad de que la persona a la que se le vulneran sus derechos, recupere y reconstruya de proyecto de vida.¹²

Cada uno de estas características, fungen como elementos de suma importancia en la construcción de un Estado Derecho. Sin embargo, se deberá poner atención en las leyes, específicamente en la Constitución como el máximo órgano normativo, el cual integra las bases para el reconocimiento, respeto, protección, garantía y reparación de los derechos humanos, entre otros apartados. En tal perspectiva, concebirla como un ordenamiento jurídico de principios, fuera de todo contenido exhaustivo que solo busca solventar las problemáticas de manera superficial y no del fondo, aunado a favorecer intereses políticos. Por lo que se convierte en una lucha de poderes por parte de los actores políticos que, en lugar de buscar generar verdaderos cambios sociales, económicos, políticos o jurídicos, solo buscan perpetuarse en el poder. Una ley que no cumple con sus objetivos, es una ley que fracasa, lo cual siguiendo un cauce se traslada a mayor amplitud, es decir, al Estado.

Un Estado de Derecho, debe y debería ser una construcción constante con todos los integrantes, que propicie y busque atender, organizar y desarrollar tanto las necesidades como las exigencias de la vida en sociedad.

¹² Cfr. ROUSSET SIRI, Andrés Javier. «El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2011, n.º 1.

Datos de contacto:

- giosame7@gmail.com
- gsaucedom@derecho.unam.mx

Referencia de Información

BEUCHOT, Mauricio y SALDAÑA, Javier: *Derechos Humanos y Naturaleza Humana*. UNAM. Instituto de Investigaciones Filológicas. México, 2000.

DÍAZ, Elías: *Ensayos Jurídicos en Memoria de José María Cajica Camacho*. Vol. I. Ed. Cajica. México, 2002.

HERNÁNDEZ, Cruz Armando: *Los derechos económicos, sociales, culturales y su justiciabilidad en el Derecho Mexicano*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2010.

MONTERO SERRANO, César: *Derecho y Cambio Social*. Ed. Porrúa. México, 2013.

NIKKEN, Pedro: *El concepto de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

RODRÍGUEZ ZEPEDA Jesús: *Estado de Derecho y Democracia*. Instituto Federal Electoral. 2.^a ed. México, 2001.

La obligación de garantizar los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de 2011: una aproximación desde el principio pro persona y la cláusula de interpretación conforme

María Elisa FRANCO MARTÍN DEL CAMPO¹

Resumen: En México existe un nuevo paradigma en materia de derechos humanos y en las correlativas obligaciones estatales de respeto y garantía de estos derechos a partir de la reforma constitucional de junio de 2011. El artículo primero constitucional establece la obligación general de garantía de los derechos humanos, así como sus componentes específicos: prevenir, investigar, sancionar y reparar. Asimismo, el artículo primero contiene dos mandatos claves: la interpretación conforme y el principio pro persona. Consideramos que existe una estrecha relación entre la obligación de garantía de los derechos humanos y la cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona.

Abstract: In Mexico exists a new paradigm in human rights and the correlative state obligations to respect and guarantee these rights from the constitutional reform of June 2011. The first article of the Constitution establishes the general obligation to guarantee human rights and the specific components: prevent, investigate, punish and repair. Also, the first article contains two key warrants: the pro person principle and the consistent interpretation clause. We believe that there is a close relationship between the obligation to guarantee human rights and the pro person principle and the consistent interpretation clause.

Introducción

El presente ensayo es producto de la investigación *La tutela de los Derechos Humanos a través del amparo. Análisis a la luz de las reformas constitucionales de junio de 2011*, realizada en el programa de Doctorado de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Uno de los objetivos específicos planteados en el protocolo de investigación es el análisis de la reforma

¹ Estudiante del programa de Doctorado de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Es becaria del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). Correo electrónico: mfrancoc@derecho.unam.mx.

constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, a partir de los insumos de investigación generados para este objetivo fue posible realizar este ensayo.

Este ensayo tiene como objetivo señalar el estrecho vínculo que guardan los mandatos constitucionales de interpretación conforme y principio pro persona con la obligación de garantía de los derechos humanos, y como este vínculo tiene un impacto directo en el efectivo goce de los derechos humanos. Consideramos oportuno enfatizar que los derechos humanos son elementos indispensables en un auténtico Estado de Derecho.

El 10 de junio de 2011 fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* sendas reformas constitucionales en materia de derechos humanos las cuales implican un cambio de gran trascendencia en el escenario del derecho constitucional mexicano.² Esta reforma incorpora al texto constitucional los derechos humanos que se encuentran reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte lo que implica, desde la perspectiva teórica de la que partimos,³ la creación de un bloque de constitucionalidad que reconoce una amplia gama de derechos humanos.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido mediante jurisprudencia que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional.⁴ Nos parece importante precisar que entendemos que el concepto «parámetro de regularidad constitucional» es el que ha utilizado la SCJN para referirse al «bloque de constitucionalidad».⁵

Consideramos que el siguiente criterio jurisprudencial resulta ilustrativo de lo argumentado en los dos párrafos anteriores, por lo que nos permitimos citarlo: «El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene, en términos generales, que la voluntad del poder reformador de la Constitución expresada en el artículo 1.º de la Constitución Política

² Para un análisis respecto de las implicaciones de las reformas constitucionales de junio de 2011 ver García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011)*, México, Editorial Porrúa, 2012.

³ Cfr. Rodríguez Manzo, Graciela *et. al.*, *Bloque de constitucionalidad en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.

⁴ Tesis P. J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 202.

⁵ Rodríguez Manzo, Graciela *et. al.*, *op. cit.*, nota 5.

de los Estados Unidos Mexicanos, elevó a nivel de norma fundamental los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, conformando en su conjunto un parámetro integral de control de regularidad constitucional».⁶

Ante esta nueva realidad constitucional en México, consideramos que el análisis de la obligación de garantizar efectivamente los derechos humanos se vuelve de gran trascendencia.

La obligación de garantizar los derechos humanos en México

De acuerdo con la doctrina de obligaciones generales en materia de derechos humanos desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana o Corte IDH), la obligación de garantía de los derechos humanos representa una obligación positiva para el Estado, es decir, comporta para el Estado un hacer, la Corte IDH ha establecido que «implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos».⁷

La Corte Interamericana y el Comité de Derechos Humanos han señalado que la obligación de garantizar los derechos humanos implica obligaciones específicas para los Estados de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos.⁸

El párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece claramente la obligación de garantía de los derechos humanos: «Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y *garantizar* los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá *prevenir, investigar, sancionar y reparar* las violaciones a los derechos

⁶ Tesis 2.ª XXII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, Tomo I, marzo de 2014, p. 1076.

⁷ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, n.º 4, párr. 166.

⁸ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra* nota 6, párr. 166; y ONU, Comité de Derechos Humanos, «Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto», Observación General, n.º 31, Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 8.

humanos, en los términos que establezca la ley» (cursiva propia). La constitución establece la obligación de garantizar los derechos humanos, así como las obligaciones específicas que se derivan de la obligación general de garantía de los derechos humanos.

A continuación, desarrollaremos brevemente el contenido de las obligaciones específicas derivadas de la obligación de garantía de los derechos humanos:⁹

- *Prevenir violaciones a derechos humanos*: implica para el Estado la adopción de medidas de toda índole, es decir, jurídicas, culturales, políticas y administrativas para evitar que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción sufran violaciones a sus derechos humanos; lo que significa que el Estado debe tomar todas las medidas para salvaguardar los derechos humanos. Consideramos que una de las medidas de prevención más efectivas es la tipificación de las violaciones a derechos humanos como delitos, así como la adecuación procesal.
- *Investigar violaciones a derechos humanos*: significa movilizar el aparato estatal para que una vez ocurrida la violación a derechos humanos se lleven a cabo todas las diligencias necesarias para conocer la verdad histórica de los hechos y por tanto el Estado pueda encontrarse en aptitud de sancionar a los responsables y de reparar adecuadamente a la víctima. La Corte Interamericana ha reiterado a través de su jurisprudencia que, si bien la obligación de investigar no es una obligación de resultado sino de medio o comportamiento, debe en todos los casos ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a no dar resultado, es decir, a ser infructuosa.¹⁰ La investigación es una obligación de suma importancia que el Estado debe llevar a cabo de manera diligente para evitar la impunidad y como garantía de no repetición, lo anterior en la convicción de que la impunidad fomenta la repetición de las

⁹ Franco, Elisa *et. al.*, *El niño víctima y testigo del delito dentro del Sistema Penal Acusatorio en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales y Oficina de la Defensoría de los Derechos de la Infancia, 2011, pp. 21-23.

¹⁰ Corte IDH *Caso González y Otras («Campo Algodonero») vs. México*. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, n.º 205, párr. 289; Corte IDH, *Caso Garibaldi vs. Brasil* Sentencia del 23 de septiembre de 2009, serie C, n.º 203, párr. 113; Corte IDH, *caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, serie C, n.º 153, párr. 117.

violaciones de derechos humanos.¹¹ La Corte IDH ha entendido por impunidad como «la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos».¹²

- *Sancionar violaciones a derechos humanos*: implica para el Estado que una vez que ha sido realizada una investigación seria, efectiva e imparcial, y por tanto se ha determinado con claridad los hechos y a los responsables, debe sancionarse a los responsables de dichas violaciones. Es indispensable que esta obligación de sancionar se encuentre regida por el principio de proporcionalidad de la pena frente a la gravedad de la violación de derechos humanos, así como constituir una verdadera garantía de no repetición.
- *Reparar violaciones a derechos humanos*: toda violación de derechos humanos genera, de manera inmediata, la obligación del Estado de reparar a las víctimas.¹³ En el caso *González y otras vs. México*, también conocido como caso *Campo Algodonero*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió «que el concepto de "reparación integral" (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados».¹⁴

¹¹ Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Sentencia del 27 de noviembre de 2008, Serie C, n.º 192, párr. 100.

¹² *Cfr.* Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, n.º 190, párr. 69; Corte IDH, *Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C, n.º 37, párr. 173; y Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 160, párr. 405.

¹³ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, N.º 184, Párrafo 214; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, n.º 215, Párrafo 220; Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, n.º 205, Párrafo 446; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, n.º 216, Párrafo 203; Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, n.º 98, Párrafos 173 y 174; Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, n.º 112, Párrafos 257 y 258; Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, n.º 109, Párrafo 219 y 220.

¹⁴ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, *op. cit.*, párr. 450.

El principio pro persona y la cláusula de interpretación conforme

El segundo párrafo del artículo primero de la CPEUM establece que «[l]as normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia». A partir de este enunciado se desprenden dos elementos que se constituyen como clave para entender la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 y el actual desarrollo constitucional de los derechos humanos en México: la cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona.

Consideramos a la interpretación conforme y al principio pro persona como dos mandatos constitucionales inseparables, pues de la lectura del segundo párrafo del artículo primero de nuestra ley fundamental entendemos que la interpretación conforme debe ser guiada siempre por el principio pro persona. Lo anterior implica que para cumplir con el mandato constitucional de interpretación conforme las y los operadores jurídicos deben utilizar necesariamente otra herramienta interpretativa consagrada también en la constitución: el principio pro persona, lo que significa que la interpretación que se realice de una norma relativa a derechos humanos debe responder siempre a la máxima realización de los derechos humanos, o bien a su mínima afectación.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Suprema Corte o SCJN) ha entendido que «el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, se ve reforzado por el principio pro persona, contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas (...)».¹⁵ En esta tesis de la primera sala de la Suprema Corte se reconoce que a partir del segundo párrafo del artículo primero constitucional existe un fuerte vínculo entre interpretación conforme y principio pro persona en el sentido que las y los operadores jurídicos deben utilizar el principio pro persona para cumplir cabalmente con el mandato constitucional de interpretación conforme.

¹⁵ Tesis 1.^a CCCXL/2013, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, Tomo I, diciembre de 2013, p. 530.

Para Eduardo Ferrer Mac-Gregor la interpretación conforme es «la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección».¹⁶

Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez consideran que la interpretación conforme tiene como propósito «conciliar» las normas y «debe procurar una efectiva protección de los derechos humanos, atenta a la vertiente material de la legalidad».¹⁷ En este sentido entendemos que la interpretación conforme pretende «salvar las normas» de tal manera que a través de dicha interpretación armonicen, es decir, sean compatibles con la CPEUM y con los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos (TIDH) de los que México es parte. Para lograr esto es indispensable que la persona intérprete considere no solo el contenido constitucional y convencional, sino el desarrollo que sobre este han realizado los órganos competentes para interpretar la Constitución y los TIDH, respectivamente.

Conclusiones:

En México existe un nuevo paradigma en materia de derechos humanos y en las correlativas obligaciones estatales de respeto y garantía de estos derechos a partir de la reforma constitucional de junio de 2011. El artículo primero constitucional establece la obligación general de garantía de los derechos humanos, así como sus componentes específicos: prevenir, investigar, sancionar y reparar. Asimismo, el artículo primero contiene dos mandatos claves para el cumplimiento de la obligación de garantía de los derechos humanos: la interpretación conforme y el principio pro persona.

A partir del análisis presentado en este ensayo concluimos que la interpretación conforme y el principio pro persona se convierten en elementos clave para la garantía efectiva de los

¹⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 358.

¹⁷ García Ramírez, Sergio y Morales, Sánchez Julieta, *op. cit.*, pp. 92 y 93.

derechos humanos, y al ser un mandato constitucional se convierten en una obligación para las autoridades, con especial énfasis para el poder judicial, que de cumplirse de manera adecuada impactan de manera positiva en la garantía de los derechos humanos. De esta manera al aplicarse de manera apropiada el principio pro persona y la cláusula de interpretación conforme se avanza para que los derechos humanos sean una realidad vivida por todas las personas en México, elemento indispensable para un Estado de Derecho.

Bibliografía

Instrumentos legales:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México:

Tesis 1.^a. CCCXL/2013, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, Tomo I, diciembre de 2013, p. 530.

Tesis P. J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 202.

Tesis 2.^a XXII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, Tomo I, marzo de 2014, p. 1076

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, n.º 4.

Corte IDH, *Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C, n.º 37.

Corte IDH. *Caso «Cinco Pensionistas» vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, n.º 98.

Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, n.º 109.

Corte IDH. *Caso «Instituto de Reeducción del Menor» vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, n.º 112.

Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, serie C, n.º 153.

Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 160

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, n.º 184

Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, n.º 190.

Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Sentencia del 27 de noviembre de 2008, Serie C, n.º 192.

Corte IDH, *Caso Garibaldi vs. Brasil* Sentencia del 23 de septiembre de 2009, serie C, n.º 203.

Corte IDH. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) vs. México*. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, n.º 205.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, n.º 215.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, n.º 216.

Comité de Derechos Humanos:

Comité de Derechos Humanos, «Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto», Observación General n.º 31, Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.

Doctrina:

CABALLERO OCHOA, José Luis: *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

FAJARDO MORALES, Zamir Andrés: *Control de convencionalidad. Fundamentos y alcance. Especial referencia a México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en Carbonell, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

FRANCO, Elisa *et. al.*: *El niño víctima y testigo del delito dentro del Sistema Penal Acusatorio en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales y Oficina de la Defensoría de los Derechos de la Infancia, 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta: *La reforma constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011)*, México, Editorial Porrúa, 2012.

RODRÍGUEZ MANZO, Graciela *et. al.*: *Bloque de constitucionalidad en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.

WITKER, Jorge y LARIOS, Rogelio: *Metodología Jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y McGraw-Hill, 1997.

La guerra contra el terrorismo ¿retorno a la teoría de la guerra justa?

Beatriz GONZÁLEZ MINGUELA. Universidad de Oviedo

RESUMEN

El terrorismo plantea problemas muy complejos. Sin perjuicio de que el fenómeno terrorista sea tan antiguo como la historia de la sociedad humana, los ataques sufridos por EE. UU. el 11 de septiembre de 2001 dieron pie a una nueva situación de conflictividad internacional que aún continúa en la actualidad. Tras estos atentados, los líderes norteamericanos se acogieron al ejercicio del derecho de legítima defensa de la Carta de Naciones Unidas para justificar la guerra contra Afganistán en 2001, formulando posteriormente una doctrina de defensa preventiva que sirvió como sustento para invadir Irak en 2003. Se propone una reflexión sobre si este replanteamiento del «ius ad bellum» supone un retorno a la doctrina medieval de la guerra justa.

ABSTRACT

Terrorism sets some huge complex issues. In spite of the fact that terrorism is as old as the history of human society, the attacks suffered by USA on September 11, 2001 gave rise to a delicate international situation which still continues today. After these attempts, North American leaders availed themselves of their right of self-defence to justify the war against Afghanistan in 2001, later to formulate the doctrine of preventive defence, which laid the foundation for the invasion of Iraq in 2003. The aim is to think over if this approach of “ius ad bellum” means going back to medieval doctrine of just war.

1. Sobre la doctrina de la guerra justa

Es necesario comenzar explicando, muy brevemente, de que estamos hablando cuando hablamos de guerra justa. La doctrina de la guerra justa o *bellum iustum* fue concebida no para legitimar el uso de la fuerza armada, sino más bien, para frenar el recurso a la guerra en tiempos en los que esta era un medio ordinario de solución de las controversias internacionales. Así, se proponen una serie de condiciones morales y jurídicas relacionadas con dos momentos: el primero, el derecho a la guerra (*ius ad bellum*) y segundo, el derecho durante la guerra (*ius in bello*).¹ La doctrina de la guerra justa apareció, como un cuerpo coherente de pensamiento, durante la Edad Media,² vinculada al pensamiento de San Agustín de Hipona (354-430). Los planteamientos

¹ Para algunos autores como M. Walzer existe un tercer grupo de condiciones de legitimidad: el *ius post bellum* (derecho después de la guerra). Este *ius post bellum* regularía aquellas cuestiones que pueden surgir una vez finalizadas las hostilidades, como la atribución de responsabilidades por actos de guerra, los acuerdos para negociar la paz o la reconstrucción posbélica de los territorios.

² No obstante, el germen de esta doctrina aparece ya en los escritos de algunos autores de la Antigüedad clásica. Así, se observan referencias a la idea de la justicia de la guerra ya desde las obras de Platón o Aristóteles en Grecia o de Cicerón en Roma.

sobre la guerra justa hechos por San Agustín marcaron el punto de ruptura entre la inclinación pacifista del pensamiento cristiano primigenio y la idea de que, en ocasiones, la guerra es moralmente legítima y, en consecuencia, debe ser permitida legalmente. San Agustín sostuvo esta doctrina como un intento de conciliar, por un lado, la defensa del por aquel entonces decadente Imperio Romano frente a los asaltos de los pueblos germanos y, por otro, las enseñanzas cristianas que condenaban la guerra de forma explícita.

La obra de San Agustín fue continuada, entre otros, por Tomás de Aquino (1224-1274), quien, en su obra *Summa Theologica*, estableció tres condiciones para determinar la licitud de una guerra, a saber: la autoridad del príncipe por cuyo mandato se ha de hacer la guerra (*auctoritas principis*), que se declare por una causa justa (*iusta causa*) y que exista una intención legítima en los combatientes, esto es, que se intente o se promueva el bien o que se evite el mal (*recta intentio*). Sin perjuicio de su desarrollo posterior,³ la doctrina de la guerra justa se configura como una doctrina medieval de corte ético-teológico para la cual, en términos del *ius ad bellum*, el criterio básico de legitimidad es la existencia de una justa causa.

Con el fin de la Guerra de los Treinta Años y con los Tratados de Westfalia de 1648 el sistema internacional dejó a un lado la reflexión sobre la causa justa de la guerra sustituyéndola, bajo el principio de igualdad soberana de los Estados, por los requisitos formales de guerra que establecía cada uno de ellos. De esta forma, el *ius belli* constituyó un atributo esencial de la soberanía del Estado hasta poco después de la I Guerra Mundial.⁴ Al finalizar esta contienda, la actitud de la sociedad internacional hacia la guerra comienza a cambiar, registrándose una progresiva limitación de las posibilidades que tenían los Estados de recurrir a la guerra. No obstante, para ver la

³ Destaca el desarrollo de esta doctrina por el jurista español Francisco de Vitoria (1492-1546), quien recogió los planteamientos de San Agustín y Santo Tomás para justificar la guerra en el marco de un nuevo escenario internacional producto de la conquista de América por parte de la Corona Española. Este autor va un paso más allá y amplía la noción de guerra justa legitimando la guerra ofensiva y no solamente la defensiva. Vitoria, F. de., *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*. Espasa-Calpe, Madrid, 1946.

⁴ Ya antes de este conflicto, desde una perspectiva jurídico-positiva, comienzan a nacer algunas tendencias que buscan configurar la guerra como *ultima ratio*. Cabe mencionar la segunda convención adoptada en la Conferencia de Paz de la Haya de 1907, relativa a la prohibición del uso de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, conocida como Convención Drago-Porter. Esta convención establece el compromiso de los Estados parte de no recurrir a la fuerza armada contra un país deudor, salvo que este no acepte la solución al conflicto mediante el arbitraje.

definitiva criminalización de la guerra como un método internacional de solución de controversias, hubo que esperar a la promulgación de la *Carta de Naciones Unidas* de 1945. Este instrumento prohíbe el uso de la fuerza en su artículo 2.4 con dos excepciones: el uso de la fuerza por parte del Consejo de Seguridad conforme al Capítulo VII y el derecho de legítima defensa en caso de ataque armado previsto en el artículo 51 del mismo cuerpo legal. De esta forma, la cuestión sobre la justicia o injusticia de la guerra, ha sido (o así debería ser) superada por la afirmación de su ilegalidad y, por ende, su prohibición en la *Carta de Naciones Unidas*. Prohibición que, no solo es un principio y una norma convencional de *ius cogens*, sino que se integra en el acervo del Derecho internacional consuetudinario, por lo que es aplicable a la totalidad de los Estados, con independencia de su pertenencia o no a la Organización de Naciones Unidas (ONU).

2. La guerra contra el terrorismo

La prohibición del uso de la fuerza en las relaciones interestatales es el pilar del Derecho internacional moderno. Sin embargo, las circunstancias internacionales han cambiado y, en la actualidad, la sociedad internacional debe hacer frente a un desafío que parece no haber sido previsto por los ideólogos de la Carta: el terrorismo internacional. A pesar de que el fenómeno terrorista no es un problema nuevo, en la actualidad nos enfrentamos a un tipo de terrorismo (especialmente el vinculado al integrismo islamista o yihadista) mediante el que se perpetran ataques que intentan provocar un elevado número de víctimas mortales y cuyas actividades tienen un alcance cada vez más globalizado.

Este tipo de terrorismo internacional contemporáneo se consolidó especialmente a partir del 11 de septiembre de 2001 (en adelante, 11S). Los atentados cometidos en Nueva York y Washington implicaron un desafío directo al orden público de la comunidad internacional en su conjunto, lo que va más allá de la mera amenaza a una nación en particular. Estos ataques (así como los más recientes sufridos en Europa) supusieron, y siguen suponiendo, uno de los retos más importantes al que debe hacer frente el sistema jurídico de Naciones Unidas, además de poner sobre la mesa un buen número de cuestiones que aún a día de hoy se encuentran sin responder. Llama la atención que, hasta el momento, la comunidad internacional no haya alcanzado ninguna definición universalmente aceptada sobre los conceptos «terrorismo», «terrorista» o «terrorismo

internacional». En consecuencia, no se ha aprobado un tratado universal sobre la materia, lo que ha llevado a que la calificación de lo que es o no un acto terrorista esté en manos de cada Estado, lo que deriva en una dicotomía insuperable entre lo que para unos es «terrorismo» y otros justifican como «lucha legítima», esto es *one man's terrorist is another man freedom fighter*. Llamar a una actividad violenta guerra o terrorismo es una cuestión fundamental por las cuestiones jurídicas que implica: un acto de guerra puede responderse mediante guerra, mientras que, a un delito se le debe dar respuesta a través del derecho penal. Después del 11S, el Gobierno del Presidente George W. Bush comenzó a utilizar expresiones como «guerra contra el terrorismo» o «guerra contra el terror» [*war on terror(ism)*]. Obviamente, la elección de la palabra «guerra» no es aleatoria, sino que tiene una intencionalidad clara.⁵ La guerra contra el terrorismo se configuró así, no como elección semántica casual,⁶ sino como una opción de política exterior que culminó con las guerras de Afganistán e Irak en los años 2001 y 2003 respectivamente. La propia naturaleza de esta «guerra», al definir al enemigo como el difuso «terrorismo» o, más intangible aun, como «terror», ha hecho que sea un conflicto incontrolable sin ningún tipo de límite espacial o temporal. Esa declaración de intenciones dio origen a una etapa única en el derecho internacional que continúa hasta día de hoy. No hay más que ver la actualidad para advertir que, a más de 15 años desde los dramáticos ataques del 11S, la amenaza terrorista ha aumentado y se ha vuelto compleja y difícilmente predecible.⁷

3. La reactualización del debate sobre la justicia de la guerra

El sistema normativo actual no contiene valoraciones morales sobre la justicia de la guerra: la Carta prohíbe cualquier amenaza o utilización de la fuerza por parte de los Estados, sin pronunciarse sobre su benevolencia o malevolencia. En oposición a esta idea, la política antiterrorista llevada a cabo por EE. UU. tras el 11S reactualizó la

⁵ El uso de esta terminología no deja lugar a dudas sobre la posición del Gobierno estadounidense, que afirma claramente el carácter bélico de su política exterior tras el 11S. De este modo se produjo una instrumentalización de la población estadounidense, alimentando el sentimiento de caos, el miedo y la idea del regreso a la «sociedad de riesgo» ideada por U. Beck.

⁶ Véase Collins, J. y Glover R. (eds.) *Lenguaje colateral: claves para justificar una guerra*, Madrid, Páginas de Espuma, 2003.

⁷ De forma gráfica cabe comparar el problema del terrorismo con el mito griego de la Hidra de Lerna, monstruo con forma de serpiente policéfala, que poseía la cualidad de regenerar dos cabezas por cada una que perdía.

visión clásica del uso de la fuerza a través de la invocación de una «causa justa». En este sentido, los partidarios de las intervenciones bélicas emprendidas por EE. UU. tras el 11S han indicado que, aunque pudieran ser ilegales, en cualquier caso, eran legítimas, en el sentido de que eran justas. Inclusive cuando las supuestas armas de destrucción masiva no aparecieron en Irak,⁸ algunos políticos argumentaron que, de todos modos, la guerra era justa al haber acabado con un dictador. Como se puede apreciar aquellos que justificaban la guerra, argumentaron su apoyo desde un punto de vista ético-político, ignorando el plano jurídico de la legalidad.⁹ El problema, como apunta Bobbio es que, quien decide sobre la justicia de la guerra son las mismas partes, sin que exista ningún órgano *supra* partes que se pronuncie al respecto, razón por la que la guerra puede ser justa para ambas partes.¹⁰

En oposición a la Carta de Naciones Unidas, la política exterior estadounidense adopta un trasfondo de contenido moral. Se califica a Irak, Irán y Corea del Norte como países que pertenecen al «eje del mal» (*axis of evil*). Los EE. UU. formularon así su estrategia de seguridad nacional con base en un sentimiento de superioridad que recuerda a la doctrina tomista de la guerra justa, la cual recordemos que exige una recta intención de los combatientes, entendiendo esta como la promoción de un bien o evitación de un mal. Esta es, en cierta medida, la lógica de las guerras emprendidas por EE. UU., en el sentido de justificarse como necesarias para evitar el mal, haciendo suya la responsabilidad de construir un mundo mejor y alzándose como una especie de «guardián» de la paz mundial. Se retorna así a una oposición binaria simple entre el bien y el mal,¹¹ propia del sistema de bloques imperante durante la Guerra Fría, lo que alimenta la teoría del choque de civilizaciones (*clash of civilizations*).¹²

⁸ Cabe recordar que, recientemente, el ex primer ministro británico Tony Blair, principal aliado de Bush en la invasión de Irak ha reconocido que la incursión bélica se realizó sin una justificación legal certera.

⁹ Ferrajoli, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 28. El autor nos recuerda que estamos ante diversos parámetros de valoración: «los juicios en términos de legalidad, en suma, son juicios de hecho; los juicios en términos de justicia son juicios de valor. Y no son derivables unos de otros».

¹⁰ Bobbio, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Ediciones GEDISA, pág. 53.

¹¹ En su discurso del 26 de octubre de 2001, el Presidente Bush manifestaba que «*we're not fighting a nation; we're not fighting a religion; we're fighting evil*». <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/10/20011026-9.html> (última consulta: diciembre 2016).

¹² Huntington, S., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, ed. Paidós (Estado y Sociedad), Barcelona, 1997.

La posición adoptada por los EE. UU. recuerda al planteamiento desarrollado por Francisco de Vitoria en el siglo XVI. Según Vitoria existe un poder superior al de los Estados soberanos: un príncipe justo que se configura como una especie de juez situado por encima de las comunidades políticas. Mediante una utilización ideológica de los derechos humanos, los EE. UU. se han colocado por encima del ordenamiento internacional, en la misma posición que el príncipe justo de Vitoria.¹³ Asimismo, de la misma manera que para Santo Tomás la competencia para declarar la guerra recaía en el príncipe, para el Gobierno estadounidense el uso de la fuerza se llevaría a cabo de manera unilateral si fuera necesario. Recordemos, además, que la doctrina tomista exige una causa justa para declarar la guerra. Para la administración Bush esta causa justa se materializó en la necesidad de dar respuesta a los atentados del 11S (en relación con la guerra de Afganistán) y en la posesión de armas de destrucción masiva y la necesidad de «fomentar la democracia» para la guerra de Irak.¹⁴

Con esta invasión el Gobierno estadounidense acudió a la lógica anticipatoria propia de la legítima defensa preventiva. La doctrina plasmada oficialmente en la Estrategia de Seguridad Nacional Estadounidense del año 2002 (comúnmente conocida como «doctrina Bush») llegó a la afirmación de que existe la posibilidad de iniciar una guerra preventiva cuando exista una amenaza de agresión cierta e inminente. Sin embargo, esta estrategia se basa en la predicción aleatoria de una amenaza que puede o no llegar a consolidarse, lo que insta una peligrosa arbitrariedad en las relaciones internacionales. Por tanto, hay que decir que, si el ataque a Irak se justificó basándose en una presunta amenaza falsa o equivocada hemos presenciado una guerra que no solo no fue conforme con la legalidad internacional, sino que, tampoco fue lícita de acuerdo con las exigencias de la doctrina de la guerra justa, pues la certeza del daño debe quedar fuera de toda duda. En este sentido, nos recuerda Ferrajoli que, aunque la doctrina de la guerra justa fue concebida en sus inicios como medio para frenar la guerra cuando esta

¹³ Baccelli, L., «De Salamanca a Oslo. Metamorfosis de la guerra justa», en Campione, R. y Ruschi, F. (Coords.), *Guerra, Derecho y seguridad en las relaciones internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch (en prensa).

¹⁴ La justificación original –la posesión de armas de destrucción masiva– fue cambiando hacia la necesidad de intervenir para cambiar de régimen, derribar a Sadam Hussein e imponer la democracia liberal como forma de gobierno.

era asumida como recurso ordinario de solución de controversias, con la *Carta* de la ONU se excluyó como mecanismo jurídico, habiendo sido desempolvada de forma inapropiada por algunos Estados para justificar conflictos bélicos contemporáneos.¹⁵

4. Conclusiones

En conclusión, vemos como la política imperante en el mundo post 11S se acerca más a la doctrina medieval de la guerra justa que al sistema actual de las Naciones Unidas. Es en este punto cuando la comunidad internacional debe plantearse si prefiere construir la paz a través de la reinterpretación interesada del Derecho realizada sobre intereses políticos o si es más conveniente trabajar desde el multilateralismo, cooperando para evitar el estallido de los conflictos y participando en la creación de un sistema mundial más democrático, solidario y justo. La aplicación de esquemas bélicos en la guerra contra el terrorismo nos lleva a una situación de lucha permanente que frustra las aspiraciones pacifistas del propio sistema de Naciones Unidas y que deviene, a todas luces, ineficaz. Tras el 11S el problema del terrorismo no se ha reducido, sino que se ha incrementado notablemente. Por ello, parece difícil argumentar que la guerra contra el terrorismo haya hecho del mundo un lugar más seguro. Si bien la amenaza terrorista podría haber servido como un medio de cohesión social que propiciase una verdadera cooperación internacional frente a un enemigo común, la realidad nos dice que ha alimentado aún más la división entre oriente y occidente. Parece que tras los atentados del 11S el primer mundo se dio cuenta de que no era intocable, configurándose así un mundo más frágil y sensible por su seguridad. La amenaza del terrorismo parece haberse instalado en la sociedad actual de una manera casi permanente, lo que ha llevado a justificar, como «necesarias» para la salvaguarda del orden público, medidas que poco o nada tienen que ver con el terrorismo como el endurecimiento de las políticas de inmigración o la vulneración sistemática de derechos y libertades públicas. El terrorismo debe combatirse desde sus orígenes y no únicamente a través de medios reactivos. Es preciso combatirlo sin desmontar el Estado de derecho y sin olvidar los riesgos que corremos si lo hacemos. En palabras de García Ramírez «el riesgo más

¹⁵ Ferrajoli, L., *op. cit.*, pp. 27-35.

grave que traen las olas encrespadas por el terror levantado por el terrorismo, es que otra forma de terror se instaure, con pretensiones de legalidad en la mano».¹⁶

Beatriz González Minguela

Correo electrónico: beatrizglezminguela@gmail.com

¹⁶ García Ramírez, S., «Reseña "Problemas jurídicos y políticos del terrorismo" José Juan de Olloqui (coord.)», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXVII, núm. 110, mayo - agosto, 2004, pp. 743-754.

Limitaciones del Estado en temas de regulación

Carlos H. REYES DÍAZ*

Introducción

La Constitución mexicana, instrumento jurídico por el que se interiorizan los compromisos internacionales y se da viabilidad a los acuerdos comerciales, cumple este año un centenario de existencia y en el marco de su conmemoración quisiera hacer un análisis de algunos aspectos económicos que enmarcan nuestra relación con nuestros socios comerciales. La Constitución de 1917 tiene muchas disposiciones que repercuten en lo económico, pues el mundo lleva muchas décadas sosteniendo las relaciones internacionales en los compromisos comerciales, particularmente a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial.

Las bases constitucionales de 1917 estaban más enfocadas en la reconstrucción de un país en ruinas después de la Revolución y menos en las relaciones económicas internacionales que, de paso, tuvieron mucho impulso durante el siglo XIX. A decir verdad, la construcción normativa constitucional ha ido transformándose en mayor congruencia normativa hacia lo internacional por razones de globalización y de cambios tecnológicos que cada día influyen con mayor fuerza en todas las sociedades, y no tanto como vocación de nuestras autoridades nacionales a adaptarse a aquel entorno global.

El mundo es, o al menos así lo pretendía la globalización, cada vez más uniforme desde la perspectiva normativa, uno que busca encontrar al menos un hilo conductor que haga congruentes los esfuerzos gubernamentales de la comunidad internacional en su conjunto, dejando atrás las fórmulas nacionales para problemas globales, pero sin que por ello se eliminen las diferencias que enriquecen la cultura y las tradiciones locales.

Nuestra Constitución es, por consecuencia, un instrumento de gran contenido económico y como tal, gracias a un mundo altamente globalizado y tecnológico, cada vez más internacional, es cada vez menos, a cien años de distancia, un instrumento netamente mexicano.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Globalización

Este concepto que fue ampliamente reconocido y muy aceptado por casi tres décadas (a pesar de reacciones como la de Seattle en 1999, Cancún en 2003 (ambas contra la OMC), entre muchas más), hoy se percibe con desencanto. La comunidad internacional, particularmente muchos líderes mundiales actuales, se refieren a ella más para criticarla y hacer de su ataque el elemento central de sus discursos públicos.

Es muy pronto para hacer el acta de defunción de la globalización como muchos anticipan, pero es verdad que cada día hay más razones para creer que su declive o, al menos, su transformación, es inminente. Quizá por ello es importante hacer una reflexión de la herencia que dejará esta ideología, especialmente lo que como sociedad hemos asimilado de ella y lo que va a permanecer vigente en nuestro orden jurídico.

México lleva ya un ciclo de por lo menos tres décadas (más o menos lo mismo que la globalización) de aprobación de tratados comerciales de nivel mundial, desde la suscripción del Tratado de Montevideo en 1980,¹ con una escala fundamental en su adhesión al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en 1986 y al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en 1994, hasta las más recientes y frustradas negociaciones del Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP). Durante este periodo, nos hemos colocado en una posición de vinculación con la gran mayoría de países en el mundo, si tomamos en cuenta los acuerdos preferenciales, los de protección de inversiones, los que evitan la doble tributación y nuestra membresía a la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La situación jurídica nacional, por obvias razones, ha tenido que transformarse con la celebración de todos y cada uno de estos acuerdos, aunque el GATT y el TLCAN fueron los que mayor impacto tuvieron en la configuración jurídica mexicana que estaba basada en el proteccionismo, para después de estos acuerdos, entrar de lleno al liberalismo comercial con su necesaria desgravación arancelaria y regulación para sectores como los servicios, los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y las inversiones.

Esta transformación jurídica no solo se enfocó a la creación y modificación de ordenamientos constitucionales, legales y administrativos, sino que también creó y transformó instituciones que aplicaron aquella realidad jurídica. La innegable influencia de

¹ Tratado por el que se creó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

los acuerdos comerciales multilaterales y preferenciales regionales en México, ocasionó también el cambio radical de interpretación de tratados internacionales por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que propició en última instancia la reforma constitucional de 2011, también llamada reforma de derechos humanos.²

Con todo ello, aunque nadie duda que el Congreso de la Unión sigue haciendo patente el principio de autodeterminación al crear y modificar las leyes que hacen aplicables a los tratados de libre comercio, aun sin necesidad de hacerlo, es también cierto que la fuente que inspira a estos ordenamientos ha dejado de ser la legislativa. Es verdad que todos los tratados tienen que pasar por un proceso de aprobación del Senado de la República, pero la mayoría de estos tratados se celebran bajo la vía del *fast track*³ por la que los congresos nacionales aprueban o rechazan los tratados pero no los modifican, lo que hace que quien realmente construye la realidad normativa de estos tratados sean las comisiones negociadoras del Ejecutivo. No es mi intención poner en duda la valiosa labor que realiza el Senado antes de aprobar un tratado, pero tampoco me siento confiado asegurando que se realiza una tarea exhaustiva del contenido de todos ellos y de su congruencia constitucional.

Pero esta discusión es materia de otro análisis. Lo que quiero presentar en este trabajo es la influencia de la regulación nacional que le da viabilidad a los tratados comerciales porque, aunque su negociación y posterior aprobación y entrada en vigor se realiza en las cúpulas políticas, sin que la población participe en ninguna de sus etapas, es en el terreno más palpable socialmente en donde se materializan los beneficios o efectos negativos de los acuerdos comerciales. De ahí la importancia de armonizar las estructuras y uniformar las reglas de aplicación entre todos los socios comerciales, como también poner atención de lo que nuestras autoridades están haciendo para llevar a buen destino los acuerdos que se han alcanzado en el ámbito internacional.

Regulación

² Reforma por la que se coloca a las disposiciones de derechos humanos internacionales en el mismo nivel constitucional, en tanto que los demás tratados se ubican inmediatamente por debajo de ellos, pero por encima de las leyes del Congreso de la Unión.

³ La llamada *Trade Promotion Authority* (TPA), en los Estados Unidos de América.

Cuando se habla de este concepto desde una perspectiva general, el primer acercamiento que tenemos es hacia el derecho. Si regulamos alguna actividad económica, entonces le estamos dotando de leyes y demás ordenamientos que componen sus reglas básicas de operación. Esta percepción no es incorrecta a simple vista, pero sí es incompleta.

Un gobierno regula también aquello que disponen los tratados. Un acuerdo comercial (TLC) impone obligaciones muy específicas a los países que los suscriben y en muchas ocasiones, estas obligaciones carecen del mecanismo para hacerlas efectivas conforme al régimen jurídico interno vigente, por lo que tienen que crearse nuevas instituciones o dotar a las actuales de nuevas atribuciones legales. Este proceso es el que identificamos como regulación.

Pero la regulación puede entenderse también como:⁴

1. *Intervención del Estado.* Ya que el Estado impone reglas, que no solo son normas jurídicas, sino también cualquier restricción a las libertades económicas, como pueden ser licencias, permisos, autorizaciones, entre muchas más.
2. *Restricción de libertades económicas.* En un escenario de globalización y apertura de mercados, la regulación se entiende como la participación estatal que solo puede ser entendida como restrictiva de estas libertades globales. La crisis financiera del 2008, por ejemplo, hizo que los Estados asumieran acciones y actitudes restrictivas y proteccionistas, que algunos interpretan como actos regulatorios, no sin razón.
3. *Intervención administrativa en actividades ciudadanas.* Especialmente en actividades económicas, muchas de las acciones que impactan a estas actividades son producto de autoridades administrativas. La Administración Pública Federal con toda su complejidad, determina muchas restricciones y regulaciones económicas por conducto de Normas Oficiales Mexicanas (NOM) que, no siendo leyes en sí mismas, contienen reglas específicas por las que se pueden comercializar productos o suministrar servicios bajo estándares que son creados por técnicos especialistas, no por legisladores.

⁴ Betancor, Andrés. *Mejorar la Regulación. Una guía de razones y de medios.* Ed. Marcial Pons y Fundación Rafael del Pino, Madrid, España, 2009, pp. 46 y ss.

4. *Defensa de la competencia.* Se regula como actos de prohibición o de autorización de actividades económicas que tienen efectos en la competencia. Por medio de la regulación se controla y por ello, se defienden las actividades económicas ante efectos nocivos a la libertad de comercio (regulación *ex post*, no como prevención que es la regulación *ex ante*). De esta manera, el Estado no solo tiene que planear la actividad nacional, sino también corregir los efectos nocivos de la realización de algunas actividades.

Con este último concepto de regulación es que se centran muchas de las actividades que tienen que ver con el comercio internacional. No solamente en cuestiones de competencia económica se percibe la regulación *ex post*, también puede verse en las investigaciones por prácticas desleales, así como en la aplicación de permisos previos para importación, o en la aplicación de restricciones al comercio como los llamados Obstáculos Técnicos al Comercio o las Medidas Sanitarias. Todas estas medidas generalmente se traducen en acciones administrativas que, aunque están amparadas en leyes y son parte importante de tratados comerciales, caen en la esfera local en donde le corresponde precisamente al Estado determinar la forma en la que dará cumplimiento efectivo a estas disposiciones, precisamente porque no hay armonización entre los miembros de la comunidad internacional.

La pregunta básica a si todas las actividades económicas requieren de regulación para poder realizarse tiene una respuesta afirmativa, ya sea *a priori* o *ex post*, considerando que no hay actividad económica perfecta, es decir, sin complicaciones. Pero es igualmente importante decir que la regulación sería absolutamente innecesaria en un escenario en el que la actividad específica funcionara de forma adecuada. Se entiende que todas las actividades económicas contienen reglas, pero no necesariamente estas derivan de la actividad pública. En muchas ocasiones los participantes en la actividad económica construyen las reglas derivado de su conocimiento técnico sobre el tema y pueden operar así sin contratiempos; solo cuando los procesos se complican y los resultados dejan de ser los que esperábamos, entonces la regulación (como intervención administrativa) puede erigirse en solución para el problema.

En otras palabras, los científicos que descubren un nuevo método para hacer cirugías menos invasivas no requerirían de regulación gubernamental si comprueban su eficiencia. Sin embargo, precisamente porque hay muerte y enfermedad, así como errores humanos, las autoridades deben de tener protocolos de seguridad que garanticen que no habrá negligencia médica y, por consecuencia, demandas ante tribunales.

Dicho lo anterior, los gobiernos regulan cuando tienen que dotar de reglas para la realización de actividades de muy variada naturaleza, pero también lo hacen para «nacionalizar» los acuerdos alcanzados en tratados internacionales. Es aquí en donde quiero poner énfasis ya que el universo de acuerdos comerciales vigentes para nuestro país es enorme y, aunque comienza a haber muestras de rechazo a políticas de libre comercio, como el *brexit* reciente en la Unión Europea, o las políticas de Trump en Estados Unidos, se ve poco viable la destrucción absoluta y pronta de una política que ha tomado muchas décadas construir y consolidar, para regresar a ¿qué? ¿nuevamente al socialismo? ¿Al proteccionismo de los Treinta del siglo pasado? Mientras no se construya una ideología que aglutine a un número significativo de países, estas muestras son solo pasos (preocupantes por su origen radical y populista como también por sus efectos, eso sí) no definitivos hacia una temporal crisis política mundial.

Las reglas del comercio multilateral y preferencial siguen vigentes, aunque en constante transformación, y muchas de ellas tienen manifestaciones distintas de las que se contenía en acuerdos como el GATT y el TLCAN. De hecho, la negociación de tratados como el TPP han cambiado la configuración de las reglas básicas que contenían los tratados de libre comercio tradicionales. Veamos este caso en particular.

El Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP)

El acuerdo más reciente que se ha negociado agrupa a doce economías que colindan al océano pacífico desde América, Asia y Oceanía, con miras a consolidar reglas comerciales de gran impacto mundial, en un momento en el que se perciben pocos avances desde el ámbito multilateral de la OMC.

Haciendo a un lado consideraciones económicas (este acuerdo representa aproximadamente el 40 % del comercio mundial), políticas (se dejó a China fuera de las negociaciones y la nueva presidencia de Estados Unidos ya ha manifestado su decisión de

no continuar con el proceso de adhesión), y poniendo especial énfasis en lo jurídico, este acuerdo comercial (al igual que el Acuerdo Transatlántico (TTIP) entre Estados Unidos y la Unión Europea) incorporó por primera vez para un tratado de esta naturaleza celebrado por nuestro país, un capítulo sobre Coherencia Regulatoria (Capítulo 25), por el que se pone énfasis a la necesidad de entablar estándares equivalentes de leyes y políticas que beneficien más al comercio, haciendo menos relevante las diferencias jurídicas e institucionales nacionales de países tan disímbolos entre sí.

Es importante detenerse en la palabra «congruencia» y no confundirla con la de «armonización», que implica esfuerzos para uniformar el lenguaje legislativo, lo que no se pretendió en la negociación del Tratado, además de no ser lo conveniente dadas las asimetrías existentes en los países miembros. En cambio, la congruencia tiene connotaciones más en el sentido de darle fuerza interna a los compromisos internacionales. La congruencia regulatoria es la mejor manera de hacer efectivo el principio de *pacta sunt servanda*.

Lo negociado en el marco del TPP pretendía lo siguiente, en pocas palabras:

1. Identifica una medida regulatoria como aquella de aplicación general adoptada por autoridades «regulatorias» y de cumplimiento obligatorio (Artículo 25.1, para. 2);⁵
2. Coherencia regulatoria se refiere a buenas prácticas para planificar, diseñar, emitir, implementar, y revisar medidas regulatorias, para facilitar el logro de objetivos de política interna y cooperación entre gobiernos para promover el comercio internacional y la inversión, el crecimiento económico y el empleo (Art. 25.2).

Algunas acciones específicas, como:

- a. Facilitar el incremento del comercio de mercancías y servicios y el incremento de la inversión;
- b. Cada país identificará sus prioridades regulatorias y medidas para adoptarlas;
- c. Afirmar la importancia de la regulación para lograr objetivos de política pública;
- d. Desarrollar cooperación regulatoria y desarrollo de capacidades entre las Partes.

⁵ Autoridades regulatorias que no se describen específicamente en el Tratado.

El TPP establecía un año posterior a la entrada en vigor del Acuerdo para que los suscriptores notificaran a sus socios y pusieran a disposición del público las medidas regulatorias cubiertas, a las que cada país se comprometerá alcanzar (Art. 25.3). Aunque para estas fechas Estados Unidos ha dejado prácticamente sin efectos este Tratado, los negociadores de futuros acuerdos tendrán siempre en cuenta los avances y logros alcanzados en esta negociación para redactar el texto final de este Acuerdo. No imagino un acuerdo comercial de nueva generación que carezca de un capítulo como este.

Coherencia regulatoria. El TPP la entiende como la implementación de mecanismos y procesos para facilitar la efectiva coordinación interinstitucional y propuestas de medidas regulatorias cubiertas, para lo cual cada país podría contar con un órgano de coordinación nacional o central para este propósito⁶ (Art. 25.4). Estos órganos deberán contar por lo menos, con:

- a) Medidas que identifiquen el grado de desarrollo de las medidas para alcanzar buenas prácticas regulatorias (*vid. infra* Art. 25.5);
- b) Fortalecer la consulta y coordinación entre autoridades internas para evitar duplicaciones y evitar requerimientos inconsistentes;
- c) Hacer recomendaciones para mejoras regulatorias sistémicas;
- d) Informar públicamente dichas medidas, así como sus propuestas de mejora y actualizaciones.

Evaluación de impacto regulatorio. Es la medida que se propone en este capítulo, misma que debería estar armonizada entre los doce miembros del TPP. De acuerdo con el Art. 25.5, estas medidas deberán basarse en:

- a. La descripción de la naturaleza e importancia del problema;
- b. Alternativas viables, con sus costos, beneficios, riesgos, impactos, así como costos y beneficios no fácilmente cuantificables;

⁶ Podría suponerse, en principio, que en México esta obligación entra en las atribuciones de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER), que es la más cercana a la consecución de los fines de este capítulo del TPP.

- c. Razones motivadas para considerar que la medida es eficiente, con costos, beneficios y riesgos;
- d. Basarse en la mejor información disponible científica, técnica, económica u otra de acuerdo con la competencia, mandato y recursos de la autoridad regulatoria.

Este Artículo dispone también que las autoridades regulatorias deberán hacer esfuerzos para considerar medidas regulatorias de otros miembros del TPP (*vid, infra*. coherencia regulatoria), en la medida de las posibilidades técnicas y jurídicas. De igual forma, tomar en cuenta foros internacionales sobre estos temas para planificar nuevas medidas.

Una propuesta del Acuerdo consiste en crear un comité con representantes de los miembros del TPP para hacer que este capítulo funcione correctamente (Art. 25.6). Sus atribuciones se centran en lo siguiente:

1. Identificar futuras prioridades (temas, iniciativas, actividades de cooperación, entre otras).
2. Coordinación con otros comités o grupos de trabajo del TPP sobre otros temas.
3. Hacer que su trabajo ofrezca valor adicional a iniciativas en marcha, en lugar de duplicar esfuerzos.
4. Considerar, al menos una vez cada 5 años, el desarrollo de buenas prácticas regulatorias, así como experiencias de cada país en la implementación de este capítulo, para potenciar sus efectos.

Uno de los aspectos importantes que debe tomarse en cuenta respecto de este Capítulo del TPP, consiste en que su intención es la de servir de apoyo a todos los demás capítulos del Acuerdo, ya que pueden crearse medidas regulatorias en temas de comercio de mercancías, de servicios, en temas de inversión y de propiedad intelectual. La finalidad de un capítulo como este es precisamente que no quede ya a discreción de los países las formas de hacer cumplir los compromisos comerciales.

En la medida en que cada acción regulatoria nacional se realice en armonización con medidas que se adoptan en los territorios de nuestros socios comerciales, dejaremos de

adoptar medidas «a la mexicana» para resolver problemas comunes en el contexto internacional.

Este capítulo del TPP dispone (Art. 25.10) que, ante alguna incompatibilidad con disposiciones de otro de los capítulos del Acuerdo, prevalecerá el otro capítulo por encima de este en lo que se refiere a la incompatibilidad. Esta es la razón por la cual este Capítulo tiene que ser considerado como uno de apoyo a todos los demás. Del mismo modo, este capítulo regulatorio no permite a las Partes tomarlo para iniciar controversias conforme al capítulo correspondiente (28), que surjan de su interpretación y aplicación. La razón es la misma, es un capítulo de apoyo y sirve para facilitar la implementación de otros compromisos del propio Acuerdo.

Lo que me interesa destacar al referirme a un Acuerdo que no ha entrado en vigor, es que la coherencia regulatoria es ya parte fundamental para la construcción de compromisos comerciales, algo que siempre debió de tomarse en cuenta y no se hizo *de iure* en los demás TLC vigentes, sino como aproximaciones de buena fe por parte de cada país. Con independencia de que el TPP entre o no en vigor, la tendencia de muchos países es la de tomar en consideración lo que ya se ha hecho en otros países y regiones, antes de inventar una solución local de la que no tenemos capacidad para calcular sus posibles efectos.

Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER)

La autoridad regulatoria mexicana encargada de hacer cumplir los compromisos internacionales, así como de dar coherencia a las acciones nacionales para el cumplimiento de las metas de política pública, es una institución que tiene en funciones desde el año 2000, lo que no debe interpretarse como el inicio de la actividad regulatoria mexicana, solo quizá su institucionalización jurídica derivada de las reformas a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.⁷

La mejora regulatoria forma parte de todas las administraciones de cualquier tiempo y lugar, no hay gobierno que no planeé sobre la base de mejorar lo hecho anteriormente. Pero algo incuestionable que ha impulsado a los gobiernos a mejorar en estos temas es precisamente la celebración de acuerdos comerciales, particularmente desde la suscripción

⁷ DOF, 19 de abril de 2000.

del GATT en 1986, México dio un salto enorme en la construcción de políticas públicas con contenido y sentido armonizado internacional.

La creación de la COFEMER es la consolidación de esfuerzos que se gestaron desde entonces (o quizá poco antes, lo importante no es la fecha sino el cambio de estrategia) y que ahora son tema de negociaciones comerciales en cualquier parte del hemisferio.

La COFEMER identifica tres regulaciones específicas:⁸

1. *Económica*. En las que el gobierno interviene en los mercados para fijar precios, cantidades de producción, establecer especificaciones técnicas y restricciones para participar en los mercados.
2. *Social*. Para proteger el medio ambiente y la salud humana, animal y vegetal, así como establecer condiciones para el ejercicio de profesiones y para las relaciones laborales.
3. *Administrativa*. Para hacer funcionar a la Administración Pública y proveer servicios y bienes públicos.

De acuerdo con COFEMER, la administración pública formaliza sus regulaciones por la vía de ordenamientos de muy variada naturaleza jurídica, entre los que se mencionan los siguientes:⁹

• Acuerdos Secretariales	505	(40,14 %);
• Reglas de operación	69	(5,48 %);
• Decretos	50	(3,1 %);
• Reglamentos	29	(2,31 %);
• Lineamientos	41	(3,26 %);
• Resoluciones	65	(5,17 %);
• Normas Oficiales Mexicanas	71	(5,64 %);
• Circulares	38	(3,02 %);
• Avisos	137	(10,89 %);
• Disposiciones de carácter general	32	(2,54 %);

⁸ Cfr. <http://www.cofemer.gob.mx/contenido.aspx?contenido=89>

⁹ Datos presentados en el *Informe Anual de Desempeño*, COFEMER 2015-2016, publicado el 22 de diciembre de 2016. En: www.cofemer.gob.mx

• Convocatoria	60	(4,77 %),
• Otros	161	(12,8 %)
• TOTAL	1258	(100 %)

Las leyes se contemplan en el rubro de disposiciones de carácter general, con un porcentaje significativo si tomamos en cuenta que en los datos de 2010, la misma página de COFEMER no hacía referencia a este rubro, ya que las leyes no eran consideradas como instrumentos regulatorios por sí mismas, sino solo sus efectos.

Por su parte, las dependencias que más anteproyectos con costos de cumplimiento someten a dictamen regulatorio de COFEMER, son las siguientes:

- Secretaría de Hacienda y Crédito Público (28,1 %);
- Comisión Reguladora de Energía (13,1 %);
- Secretaría de Economía (11,3 %);
- Secretaría de Medio Ambiente (SEMARNAT) (8,9 %);
- Secretaría de Agricultura (SAGARPA) (7,3 %);
- Secretaría de Energía (SENER) (6,0 %);
- Secretaría de Salud (SSA) (4,2 %);
- Secretaría de Comunicaciones y Transportes (2,6 %);
- Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) (2,1 %), y
- OTROS (16,3 %).

Acuerdo sobre Facilitación del Comercio (OMC)

En el ámbito del comercio multilateral regido por la Organización Mundial del Comercio, se han realizado acciones tendientes a la mejora regulatoria, particularmente en lo que se refiere al Acuerdo sobre Facilitación del Comercio que entró en vigor recientemente.¹⁰

A la fecha (marzo 2017), 86 Miembros han notificado la aceptación del Acuerdo de Facilitación, una vez que para noviembre de 2014 el Consejo General de la OMC adoptó el Protocolo para incorporar el Acuerdo dentro del Anexo 1 A del Acuerdo sobre la OMC.

¹⁰ El Acuerdo de Facilitación del Comercio entró en vigor el 22 de febrero de 2017. Ver: https://www.wto.org/spanish/news_s/news17_s/fac_27feb17_s.htm

Para su entrada en vigor, al menos dos terceras partes de los Miembros debieron ratificarlo. México lo hizo el 26 de julio de 2016, y muchas de las obligaciones establecidas en el Acuerdo ya han sido implementadas o existen las condiciones suficientes para operar satisfactoriamente en nuestro país.

La COFEMER participó en las rondas efectuadas en diciembre de 2014 y abril de 2015 para apoyar en la discusión de los capítulos sobre Reglamentación Doméstica y Transparencia para garantizar la incorporación de prácticas regulatorias similares a las adoptadas en México, dando oportunidad de que los empresarios mexicanos conozcan con antelación las regulaciones a ser implementadas en otros países de interés comercial, así como para garantizar que México cumpla los compromisos derivados de este Acuerdo.

En términos de mejora regulatoria, el Acuerdo de Facilitación del Comercio tiene objetivos que vinculan a ambos conceptos en una misma ruta (facilitación y regulación). El Acuerdo entiende facilitación como la «simplificación y armonización de los procedimientos comerciales internacionales, incluyendo actividades, prácticas y formalidades que conforman la recolección, presentación, comunicación y procesamiento de datos requeridos para el movimiento de mercancías en el comercio internacional».

Si tomamos en cuenta que todas estas actividades se desarrollan en el ámbito nacional con medidas regulatorias, entonces la facilitación del comercio se va a consolidar con medidas de este tipo que tengan sentido, que cumplan con políticas públicas congruentes y al mismo tiempo, que tengan un alto contenido de armonización con los demás miembros de la OMC, de lo contrario, no se habría alcanzado este Acuerdo en el ámbito multilateral y seguiría siendo tarea interna y quizá, resultado de acuerdos bilaterales internacionales.

El Acuerdo de Facilitación, que aclara y expande los objetivos de los artículos V, VIII y X del GATT, promete hacerlo con una «visión hacia la rapidez en el movimiento, la libertad de restricciones de las mercancías, incluyendo los bienes en tránsito». Muchas de estas metas se alcanzarían fortaleciendo también medidas de transparencia. Con acciones como publicación y disponibilidad de información, resoluciones anticipadas, recursos y

otras medidas para aumentar la imparcialidad, la no discriminación y transparencia, podríamos dar pasos concretos para el combate a la corrupción en trámites aduaneros.

Inversiones y mejora regulatoria

Las 679 decisiones emitidas entre 1990 y 2016¹¹ ante tribunales arbitrales por conflictos inversionista–Estado, son muestras claras de que las demandas de corporaciones multinacionales contra Estados son cada vez más comunes, especialmente porque el aumento anual desde 1990 ha sido evidente. Mayoritariamente son los inversionistas los que demandan Estados, aunque puede ser también al revés.

Decisiones arbitrales emitidas		
2016 (58)	2007 (40)	1998 (5)
2015 (65)	2006 (38)	1997 (3)
2014 (67)	2005 (23)	1996 (1)
2013 (58)	2004 (22)	1995 (1)
2012 (59)	2003 (18)	1994 (1)
2011 (31)	2002 (16)	1993 (0)
2010 (52)	2001 (15)	1992 (0)
2009 (44)	2000 (16)	1991 (0)
2008 (39)	1999 (6)	1990 (1)

Philip Morris vs. Uruguay

En fechas recientes, algunos casos que involucraban temas de políticas públicas como la salud (véase *Philip Morris vs. Australia* y *Philip Morris vs. Uruguay*), se han resuelto de forma que el resultado (incluso no respecto del fondo) ha favorecido al Estado, cuando las demandas estaban sustentadas esencialmente en medidas gubernamentales que violaban derechos de inversión.

Olvidemos por un momento los aspectos técnicos específicos de estas controversias, concentrémonos en las razones por las cuales estos inversionistas han visto vulnerados sus

¹¹ UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator, en: http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?utm_source=World+Investment+Network+%28WIN%29&utm_campaign=d604c2bc59-&utm_medium=email&utm_term=0_646aa30cd0-d604c2bc59-70044465 publicado el 1 de enero de 2017.

derechos por medidas regulatorias que, bajo la óptica gubernamental y muchas veces también personal, se consideran valores supremos de una sociedad, como la salud pública que se discute en estas controversias.

Para la tabacalera de mayor influencia mundial, las acciones que adoptaron los gobiernos de Australia y Uruguay carecían de congruencia, eran discriminatorias y devaluaron la inversión ubicada en su territorio.

Como contexto, el precedente en el caso de *Tecmed vs. México* desarrolló un criterio que sirve para entender este tipo de violación de trato justo y equitativo, al que alude Philip Morris. Para el tribunal que resolvió este conflicto, un Estado debe de conducirse «de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que este pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta»¹² (...) El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria, es decir, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial.

La decisión mayoritaria del caso contra Uruguay, al menos desde mi perspectiva, presenta muchas dudas respecto de las virtudes exigidas por la decisión de *Tecmed*, ya que fue en el sentido de fortalecer el derecho del Estado a regular al establecer que la manera en la que un gobierno reconoce los riesgos a la salud que produce el consumo del tabaco y se lo comunica a las personas en riesgo, es un tema de política pública, que debe de quedar a la apreciación de la autoridad regulatoria.

Según esta decisión, las limitaciones técnicas y económicas de Uruguay le obligan a tomar los estudios de la OMS para determinar su política pública. El Tribunal aceptó los argumentos de Uruguay de que las autoridades regulatorias que se encargan de hacer políticas públicas, gozan de cierto «margen de apreciación».

No obstante, la Opinión independiente del árbitro *Born* argumentó que «La medida... casi inevitablemente prohíbe muchos usos de marcas que no son engañosas o

¹² *Tecmed*, párr. 154.

falsas, mientras que por otro lado permite el uso de varias otras marcas que de hecho son más engañosas». ¹³ Él mismo lo ilustra de la siguiente forma:

Lo que prohibió la decisión: (pár. 169)



Lo que permitió la decisión: (pár. 170)



El Tribunal arbitral resolvió que «la adopción de las medidas controvertidas por parte de Uruguay fue un ejercicio válido de las facultades estatales de policía», razón por la que las acciones gubernamentales uruguayas no podrían considerarse como expropiación. ¹⁴ Esto puede ser cierto, pero quedan muchas dudas respecto de la legitimidad de la medida como combate al daño producido por el tabaco, ya que las restricciones tenían un componente proteccionista de la industria nacional, y al perjudicar esencialmente a las marcas extranjeras no se entiende que el objetivo esencial de la medida sea frenar el consumo del tabaco.

¹³ Philip Morris, Opinión concurrente y disidente de Gary Born, párrafo. 158.

¹⁴ Philip Morris, párrafo 181.

La Decisión (unánime en esto) apoyó que la autonomía regulatoria debe de ser soberana. Se resolvió que «los tribunales de inversión le deben enorme deferencia a las decisiones nacionales necesarias en materia de protección a la salud pública».¹⁵ Con esta decisión se produce un reforzamiento de la facultad regulatoria estatal, con lo que se eliminan los temores regulatorios, *regulatory chill*¹⁶ y que tanto temían los gobiernos.

En tanto, la Opinión disidente dijo que la deferencia a las medidas gubernamentales no es sustitutiva de un análisis razonado... La deferencia a estas medidas es el punto de partida, no la conclusión de la evaluación del Trato Justo y Equitativo.¹⁷

Reflexiones finales

La decisión de Philip Morris vs Uruguay es un claro ejemplo de que los Estados tienen amplias facultades discrecionales para regular en temas de política, como la salud en este caso, con la única limitación de que al hacerlo no se haga de forma discriminatoria, aunque este caso deja muchas dudas precisamente sobre esto último.

La regulación interna, cuando se hace correctamente, bajo criterios técnicos y científicos apropiados, con estándares objetivos no discriminatorios, puede ser la mejor herramienta para resolver problemas sociales como la salud, pero cuando carecen de elementos suficientes o distorsionados se puede convertir en un arma proteccionista en manos de los Estados.

Ahí precisamente radica la importancia de la congruencia legislativa. En la medida en la que los Estados armonicen sus leyes, facultades institucionales y criterios regulatorios, respetando en cada caso las particularidades especiales de cada sociedad, pero elevando también los pisos mínimos de protección en todos los casos, se podrán fortalecer de forma mucho más efectiva las políticas públicas de interés mundial como la salud, la seguridad, el medio ambiente o cualquier otro valor común.

¹⁵ Philip Morris, párrafo 399.

¹⁶ Voon, Tania. Philip Morris v Uruguay: *Implications for Public Health*. 25 Aug., 2016 Draft. Forthcoming in Journal of World Investment & Trade (2016). El documento puede verse en: <http://ssrn.com/abstract=2845585>

¹⁷ Philip Morris, Opinión concurrente y disidente de Gary Born, pár. 142.

Fuentes consultadas

BETANCOR, Andrés: *Mejorar la Regulación. Una guía de razones y de medios*. Ed. Marcial Pons y Fundación Rafael del Pino, Madrid, España, 2009.

DECKER, Christopher. *Modern Economic Regulation. An Introduction to Theory and Practice*. Cambridge University Press, United Kingdom, 2015.

LAVRANOS, Nikos: *After Philip Morris II: The "regulatory chill" argument failed – yet again* (NL-Investmentconsulting)/August 18, 2016 /4 Comments. Disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/08/18/after-philipp-morris-ii-the-regulatory-chill-argument-failed-yet-again/>

MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Ed. Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset. Madrid, España, 2009.

PHILIP MORRIS BRANDS S. A., PHILIP MORRIS PRODUCTS S. A. y ABAL HERMANOS S. A. (las Demandantes) y República Oriental del Uruguay (la Demandada) (Caso CIADI n.º ARB/10/7). En: <https://icsid.worldbank.org/>.

UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator, en: http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?utm_source=World+Investment+Network+%28WIN%29&utm_campaign=d604c2bc59-&utm_medium=email&utm_term=0_646aa30cd0-d604c2bc59-70044465 publicado el 1 de enero de 2017.

VOON, Tania: *Philip Morris v Uruguay: Implications for Public Health*. 25 Aug. 2016 Draft. Forthcoming in *Journal of World Investment & Trade* (2016). El documento puede verse en: <http://ssrn.com/abstract=2845585>.

LA SEGURIDAD JURÍDICA: UN CONCEPTO INSEGURO

Luis MARTÍNEZ ROLDÁN

Catedrático emérito de la Universidad de Oviedo

Buenos días y bienvenidos todos a este «III Coloquio binacional México-España: Derechos y Obligaciones en el Estado de Derecho» (Entre la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad de Oviedo).

Yo estoy encantado de poder participar y sobre todo de poder aprender de tantos jóvenes y sin embargo ya consagrados maestros de un lado y de otro. De la Universidad Oviedo por un lado y por otro de los Estados Unidos mexicanos, también llamados en la época de Hernán Cortés «La Nueva España». Dos países que tienen una misma lengua y que han tenido tantas cosas en común a lo largo de la historia, como ha puesto de manifiesto brillantemente el profesor Benjamín Rivaya en su conferencia de esta mañana.

Precisamente esta misma mañana en la prensa local aparecía la noticia de la expansión por EE. UU. de la multinacional química Mexichem, multinacional que está controlada por la familia astur-mexicana Del Valle. Lo que da noticia de esa estrecha colaboración.

Yo agradezco a los coordinadores, el profesor Jesús Aquilino de la Universidad de Oviedo y la profesora de la UNAM Abril Uscanga Barradas, todo su esfuerzo para realizar este evento, que les va a permitir a todos ustedes disfrutar del paisaje de Asturias, una de las regiones más bonitas de España, de su gastronomía y de la hospitalidad de sus gentes. Los asturianos tenemos todos una deuda impagable con el pueblo mexicano, con la familia de Carlos Slim, de Arturo Elías, de Carlos Casanueva que están apoyando y subvencionando al mejor equipo de Asturias.

Bueno, al margen comentarios jocosos y entrando ya en materia, yo quería hablarles sobre la seguridad jurídica, que según consta en el título del trabajo, creo que es un concepto inseguro, porque su concreción y delimitación depende mucho de la labor judicial, es decir, en él tiene mucho juego la actividad judicial.

La seguridad jurídica es un concepto muy socorrido al que acudimos con una facilidad espantosa, para justificar o para criticar determinados acontecimientos, como si fuese algo muy fácil y muy claro, y esto sucede en México, en España y en todas las partes.

Y sin embargo es una cuestión muy abierta, con muchos matices, a veces contradictorios, que es necesario ir concretando porque cada uno de esos matices tiene consecuencias jurídicas distintas e importantes. Me estoy refiriendo, como tendremos ocasión de ir viendo, a la protección, o no, mediante el llamado recurso de amparo.

Pero a la hora de concretar y especificar esos distintos matices no nos ponemos de acuerdo, no hay consenso hay más bien disenso. Y la razón de ese disenso en gran parte se debe a la fuerte carga ideológica que tienen todos los valores, y en especial el valor seguridad. Precisamente esta carga ideológica, que se pone de manifiesto sobre todo por sus connotaciones con el orden público o con la seguridad en la calle, fue una de las razones por la que nuestros constituyes (así lo reconocen Herrero de Miñón, Fraga o Gregorio Peces Barba) no incluyeron en el artículo uno de nuestra Constitución al valor seguridad como valor superior del ordenamiento jurídico que quedaron reducidos a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Y cuando hay conflicto es necesario acudir a la figura del juez y cuando hay que acudir a la figura del juez la seguridad comienza a tambalearse. En este campo judicial la seguridad hay que basarla en la fortaleza de los argumentos que el juez utilice en la motivación del fallo. Y a veces esa fortaleza queda bastante en entredicho.

Hoy día, a partir de la obra de Alexy y de Dworkin, en el campo doctrinal hay un debate importante (en el que participan profesores que ustedes conocen y aprecian como es el caso de Juan Antonio García Amado y de Manolo Atienza) entre quienes entienden que el Derecho debe de ser visto como un conjunto de reglas o pautas específicas de conducta que se aplican en la forma de todo o nada; y aquellos que entienden que el Derecho consiste en un conjunto de principios, entendidos como normas abiertas y flexibles cuya aplicación exige un juicio ponderativo.

Sin ánimo de terciar en la polémica, seguramente se podría defender, a mi modo de ver, un necesario equilibrio entre las reglas y sus ventajas y el juicio discrecional y ponderativo. Lo cierto es que a medida que nos vamos alejando de las reglas e introduciendo en ese campo discrecional y ponderativo, sobre todo de enfrentamiento entre reglas y principios o entre principios entre sí, va adquiriendo mayor importancia el juicio ponderativo del juez, y se va oscureciendo más la seguridad jurídica.

El juez sería casi prescindible y sustituible por medios técnicos, por ejemplo, para la aplicación del artículo 582 del c. c. que dice: «No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad».

Pero a medida que nos vamos alejando de estos preceptos clarividentes y comienza a aumentar la zona de penumbra de las normas recogiendo principios y valores (no voy a entrar ahora en su diferenciación), la figura del juez se va haciendo cada vez más imprescindible.

Y es una figura imprescindible porque la situación de conflicto o la situación de duda sobre qué es lo que el Derecho dice sobre alguna cuestión en concreto no puede permanecer abierta mucho tiempo. Se trata de «cuestiones finitas» que hacen referencia al lugar, tiempo y sobre todo a personas concretas y que necesitan ser cerradas con autoridad y de manera definitiva y vinculante, y para ello necesitamos organismos públicos –jueces– competentes.

Por eso Hart nos decía que todo ordenamiento jurídico debe estar formado además de por reglas primarias también por reglas secundarias en concreto por las reglas de adjudicación que atribuyen a los jueces competencia para poder decidir de forma determinante cuándo una regla primaria ha sido infringida o no.

Cosa distinta son las «cuestiones infinitas» que son más propias de la filosofía. El profesor Atienza siguiendo el pensamiento de Quintiliano nos pone como ejemplo de «cuestión infinita» la de si debe admitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo, cuestión esta muy abierta y con una base ideológica muy fuerte, frente a la «cuestión finita» que sería si la ley que lo admitió en España, modificando el código civil, era o no conforme con la Constitución.

Lo cierto es que en el mundo del Derecho todas las cuestiones tienen que ser finitas y en este sentido, la figura del juez es imprescindible y de este modo la seguridad jurídica cada vez va siendo más insegura.

¿Cómo conseguiríamos una mayor seguridad? Pues una manera podría ser considerando el proceso de aplicación del Derecho como lo entiende Luhmann para quien el único valor del Derecho es la seguridad jurídica, y para conseguirlo, dice, se requiere jueces que se atengan estrictamente a la lógica de la discontinuidad, del sí o el no, considerando exclusivamente lo establecido en la norma y no jueces ponderativos que pretendan hacer uso de su discrecionalidad.

Lo cual está en la línea de lo que decía Radbruch «debemos deplorar al cura que obra y predica de manera inconsecuente con lo que piensa, y en cambio debemos admirar al juez que hace exactamente lo mismo». Y también está en línea con lo que decía Voltaire en la época de la Ilustración: la ley nos proporciona el valor más importante «la seguridad». Hay que someterse a ella y aplicarla de forma lógico-matemática. En este mismo sentido, *mutatis mutandis*, el profesor Hernández Marín, que el miércoles va a intervenir en este congreso, en su libro *Las obligaciones básicas de los jueces*, dice que atenta contra la democracia y contra la separación de poderes y contra la seguridad cuando el juez no aplica normas creadas por el legislativo, que se pueden conocer de antemano y sí aplican normas creadas por ellos.

Todo esto parece muy bonito, muy acorde con los principios democráticos, con la seguridad jurídica, etcétera. Pero el problema es que en la mayoría de los casos no es fácil saber qué es lo que la norma establece o preceptúa, pues la zona de penumbra cada vez es más amplia, sobre todo tratándose de principios o valores, donde la ambigüedad y el carácter poliédrico y hasta contradictorio cada vez es mayor. Recordemos la dificultad que presenta el caso extremo de la posible admisión de la tortura a una persona que ha visto colocar una bomba, por ejemplo, en un campo de fútbol para obligarle a decir donde está, porque va a explotar y va a matar a cientos de personas.

Los jueces al pretender cerrar todas estas cuestiones, es decir, al dictar sentencia no tienen por qué, mejor dicho, es imposible que estén totalmente atados y determinados por la letra de la norma y por la evidencia de los hechos, sin margen para

valoraciones y preferencias. Lo que no quiere decir que el fallo esté guiado por simples preferencias del juzgador; de ahí precisamente la obligación de motivar para evitar la arbitrariedad.

El problema, insisto, está en la fortaleza de los argumentos que utilizan para motivar, que a la hora de matizar la seguridad y asignarle consecuencias jurídicas son bastante endebles.

Yo les invito a que tengan en cuenta lo expuesto hasta aquí, pues va a servir a modo de premisa mayor de mi razonamiento. Expongamos ahora la premisa menor de cara a una posible, pequeña y hasta cierto punto insegura conclusión.

La premisa menor sería:

Decía al principio de mi intervención que la seguridad jurídica es un concepto tan socorrido en el mundo del Derecho y en el desarrollo de la vida de los ciudadanos que vale para todo tipo de argumentación, por eso acudimos a él con una facilidad pasmosa, utilizándolo como una especie de tópicos del que nos servimos con excesiva ligereza.

Y también decía que sin embargo la seguridad jurídica es un concepto de lo más poliédrico, polisémico, ambiguo. Es una especie de cajón de sastre donde caben muchas cosas y no todas absolutamente homogéneas y similares, sino que pueden llegar incluso a ser contradictorias. Recordemos la expresión de nuestro maestro Elías Díaz «seguridad de inseguridad».

Santiago Nino, hablando de la definición del Derecho, decía que el término Derecho tenía la peor especie de ambigüedad, que era la constituida no por una mera sinonimia accidental sino por el hecho de tener varios significados interrelacionados entre sí con intromisiones éticas o valorativas.

Esta sería la definición más perfecta de la ambigüedad del concepto de seguridad jurídica tan interrelacionada con otros valores, que requiere la presencia de la autoridad judicial para concretar y precisar el significado, los matices y los efectos que pueda producir en el mundo del Derecho esa seguridad jurídica. Y a esta concreción y precisión no es fácil encontrarle un criterio racional y objetivo.

Analicemos la seguridad jurídica tal como se recoge en nuestra constitución y a la luz de los fallos de nuestro Tribunal Constitucional que es el máximo intérprete de la misma.

Nuestra Constitución habla de seguridad en el Preámbulo, en el artículo 9.3, en el 17.1, en el 104 y en el 149,1,29. Lo iremos viendo a medida que vayamos avanzando.

Y según la jurisprudencia constitucional –STC de 12 de diciembre de 1994 Fundamento Jurídico 2.º, y en otras que luego tendremos ocasión de comentar– en esos preceptos constitucionales se distinguen tres tipos de seguridad:

- 1.º- Seguridad jurídica general
- 2.º- Seguridad jurídica personal y
- 3.º- Seguridad jurídica pública

Comencemos por la primera, La Seguridad Jurídica General, esta se divide a su vez en dos: Por un lado, la «Seguridad en cuanto principio más general de la seguridad jurídica» (que viene recogida en el Preámbulo «La Nación española, deseando establecer la justicia la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran...») y por otro la seguridad en cuanto «Principio de seguridad jurídica», expresión con la que el T. C. se refiere a la seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución. Donde se nos garantizan los principios básicos del Estado de Derecho y la seguridad jurídica.

¿Qué diferencia hay entre estos dos conceptos? No es fácil establecer una clara distinción entre ambos conceptos sin acudir efectivamente a la jurisprudencia constitucional, y sin embargo es muy importante en el mundo del Derecho pues los efectos jurídicos de uno y otro son completamente distintos.

Según reiterada jurisprudencia del T. C., (tengamos en cuenta que la gran mayoría de las sentencias y autos del T. C. son sobre recursos de amparo por vulneraciones de los derechos fundamentales y libertades públicas y en concreto de la seguridad) en el primer caso, en cuanto Principio más General de seguridad jurídica (Preámbulo), se trata de un concepto lo más amplio posible de seguridad jurídica, es decir, seguridad en cuanto tranquilidad personal al ver recogidas en el ordenamiento todas nuestras aspiraciones: realización de los Derechos Humanos; desarrollo de las libertades personales; seguridad ciudadana en orden, paz y justicia, etcétera.

Y la lesión de cualquiera de estos derechos implica lesión de la seguridad jurídica así entendida y ello justifica el recurso de amparo del art. 53.2 de la Constitución (Art. 53.2: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1.ª ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y, en su caso, a través del recurso de amparo...»).

Cuál es la diferencia que hay entre esa seguridad en cuanto «Principio más General de Seguridad jurídica» y la seguridad en cuanto «Principio de seguridad jurídica» del art. 9.3 de la Constitución que va a hacer que la primera cuente con el recurso de amparo del art. 53 de la C. E. y la segunda no.

No serán fáciles de concretar esas diferencias sin acudir al criterio jurisprudencial, que será el que nos diga en cada caso si se trata de uno u otro concepto y si tiene unas u otras consecuencias. Pero el problema es que no llegamos a entender muy bien la racionalidad y la objetividad de los criterios diferenciadores.

El art. 9.3 de la C. E. yo creo que es el artículo más fundamental e importante de nuestra Constitución. En él se recogen los pilares básicos de todo Estado de Derecho que están llamados a jugar un papel fundamental con la seguridad jurídica:

-Principio de legalidad: Reconocimiento de la ley como primera fuente del Derecho y sometimiento única y exclusivamente a la ley.

-Jerarquía normativa (normas escalonadas y las de mayor rango se aplican preferentemente)

-Publicidad de las normas

- Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (cada acto se debe regir por las normas vigentes).

-Interdicción de la arbitrariedad

-La responsabilidad de los poderes públicos (en todos aquellos casos que hayan actuado arbitrariamente).

-Y por último la Seguridad Jurídica, como el factor que permite la fusión de todas y cada una de las reglas particulares antes aludidas.

Pero no seremos capaces de saber en qué consiste y cuál es su diferencia con el Principio más general de seguridad sin acudir a los fallos de nuestro T. C.

La sentencia de 20 de julio de 1981 dice: «La seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, pero que tampoco se agota con ello la regla, porque si se agotara con la adición de estos principios no hubiera sido necesario ser formulada expresamente».

O sea que no es la simple suma, sino que es algo más. ¿qué es ese algo más? El T. C. en esa Sentencia de julio de 1981 dice que es «la suma de estos principios equilibrada de tal suerte que permita promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad en la libertad». No se entiende muy bien qué es lo que se quiere decir con estas rimbombantes palabras. Parece que se da pie para entender que la seguridad jurídica es el ambiente en el cual se pueden realizar, en libertad, los valores de justicia y de igualdad. En definitiva, el ambiente propiciado por el Estado de Derecho.

Esto no parece muy distinto de la seguridad en cuanto Principio más general de seguridad jurídica que hemos visto en el Preámbulo. A no ser que de nuevo acudamos a los fallos del T. C. (Auto de 27 de abril de 1983; Auto de 26 de octubre de 1983 y Sentencia de 21 de mayo de 1984, etcétera) donde claramente se nos dice que el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 consagra la certidumbre del ordenamiento jurídico y de las normas como exigencia objetiva del ordenamiento jurídico, es decir, la seguridad en cuanto certeza y conocimiento de la legalidad y en cuanto previsibilidad de la decisión judicial.

Y lo que es mucho más importante, la STC 165 de 1999 dice que la seguridad jurídica del art. 9.3 de la C. E. no se configura en nuestro texto constitucional como un auténtico derecho subjetivo y, menos aún, como un derecho de naturaleza fundamental a efectos de una más intensa tutela jurisdiccional a través del recurso de amparo. No obstante, continua, no debe olvidarse su carácter de denominador común de tantas categorías jurídicas.

A la luz de la jurisprudencia, la diferencia entre ambos preceptos me parece muy clara y muy importante, pero muy poco objetiva y racional. Esto es así porque lo dicen sus señorías y punto y no encuentro otra razón mejor.

Otro tanto sucede con la seguridad personal del art. 17. 1 («Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad...») y la seguridad pública o ciudadana de los artículos 149.1,29 («El Estado tiene competencia exclusiva sobre la seguridad pública...») y el artículo 104 de la C. E. («las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán como misión proteger la seguridad ciudadana»).

¿Qué diferencia hay entre la seguridad del 17.1 y la seguridad del 149 y 104?

De acuerdo con los distintos fallos del T. C. (STC 15/ 19886 y otros varios) la seguridad personal o individual del artículo 17.1 alberga el bien jurídico eminentemente individual de la seguridad personal configurada como soporte de la libertad de todos y cada uno. Es la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo, y por supuesto lo que es muy importante, es susceptible del recurso de amparo del art. 53.2 de la C. E.

La seguridad pública o seguridad ciudadana de los artículos 149.1.29 y 104 nuestro T. C. la configura como un principio general del ordenamiento jurídico y un mandato dirigido a los poderes públicos..., pero sin configurar derecho alguno a favor de los ciudadanos, y por supuesto, sin que la violación de ninguno de estos dos artículos permitan el acceso a la vía del recurso de amparo del art. 53.2.

Las consecuencias jurídicas de calificar una acción como seguridad personal (17.1) o seguridad colectiva (149 y 104) son muy importantes, según vamos a poder ver en un ejemplo que expondremos a continuación. Y, sin embargo, las diferencias me parecen muy poco objetivas y muy dependientes de la voluntad del juez.

Veamos un ejemplo:

S. T. C. de 12 de diciembre de 1994

Resulta que en diciembre de 1988 el juez de vigilancia penitenciaria n.º 1 de Barcelona dicta un Auto concediendo la libertad condicional al preso Francisco Llorca Pedrosa sin concurrir ninguno de los requisitos del art. 98 del C. P., es decir,

-No se encontraba en el último periodo de su condena

-ni había extinguido las $\frac{3}{4}$ de la misma

-ni merecía dicho beneficio por su intachable conducta

-ni ofrecía garantía alguna de hacer vida honrada en libertad

Y a pesar de ello fue liberado por la sola razón de padecer SIDA en fase terminal, sin tener en cuenta su personalidad agresiva y altamente conflictiva, que debería haber llevado al juez de vigilancia penitenciaria a extremar su cautela a la hora de valorar el informe médico favorable a la excarcelación.

Francisco Llorca Pedrosa al poco de salir de la cárcel atraca una farmacia y huye en un coche y en la huida choca con una furgoneta en la que viajaba Miguel Ángel Torres García que a consecuencia del choque resulta con hemiplejia espástica derecha y con un déficit neurosicológico muy grave. El excarcelado Francisco Llorca Pedrosa murió al día siguiente del accidente.

Los padres del lesionado (Miguel Ángel Torres) recurren el fallo ante la Sala 2.^a del T. S. para que declare el error judicial cometido por el juez de vigilancia penitenciaria. En la demanda presentada por los padres se argumentaba que el fallo vulneraba el derecho a la seguridad colectiva reconocido en el artículo 17.1, y que su estado de salud (padecer SIDA) no puede ser argumento prevalente frente al bien jurídico superior de la seguridad ciudadana.

El abogado del estado rechazó la pretendida vulneración del derecho a la seguridad ciudadana o seguridad colectiva, porque tal derecho fundamental del art. 17.1 no se refiere a este tipo de seguridad colectiva, sino a la seguridad personal e individual, que no es sino una consecuencia del derecho a la libertad.

Por lo tanto, al no estar comprendida la seguridad ciudadana en el ámbito del art. 17.1 se deniega el amparo solicitado.

No entiendo muy bien esa distinción entre seguridad personal o individual (art. 17.1) y la seguridad pública o seguridad ciudadana (arts. 149.1.29 y 104).

En este sentido el fallo parece cuando menos sorprendente. Parece que, a *sensu contrario*, si se hubiese argumentado en la demanda que la excarcelación de Llorca Pedrosa había lesionado la seguridad personal del 17.1 de Torres García, en cuanto soporte y compañera de la libertad individual, es decir, de la tranquilidad de Torres García en la conducción por la vía pública... hubiera sido concedido el amparo solicitado.

Así las cosas, yo me pregunto ¿la seguridad colectiva no es un concepto general que se concreta y se individualiza en la seguridad personal de cada individuo? A la vista de los hechos ¿no tiene el juez la obligación de fallar de la forma más beneficiosa en derecho de acuerdo con la regla *da mihi factum dabo tibi ius*? Con lo que, aun habiendo solicitado el demandante, el amparo por la vía de la seguridad colectiva, ¿el juez no debería haberlo reconducido a la seguridad personal del 17.1 y conceder el amparo?

A mí me parece una decisión desacertada que hace de la seguridad un concepto inseguro.

Veamos otro triste ejemplo que, ustedes mexicanos, lo pueden entender mejor:

La noche del 26 de septiembre de 2014 la policía municipal de Iguala persiguió a los estudiantes de la Escuela Normal Rural de Ayotzi, y en la persecución fallecen 9 personas, heridos 27 y desaparecidos 43.

El alcalde de Iguala (José Luis Abarca Vargas que finalizaba mandato), estaba casado con Ángeles Pineda, miembro del desaparecido Cartel de Beltrán Leiva, y querían celebrar un acto para proclamarla sustituta a la alcaldía. José Luis Abarca acusa a los estudiantes de querer reventar el acto y ordena a la policía que los entregue a la policía del municipio vecino de Coaula y esta los entregó a miembros del cartel de los Guerrilleros Unidos que los quemaron y arrojaron las cenizas al río San Juan.

Igual tratamiento tendría el secuestro y asesinato de la señorita Villar cuando salía de su trabajo.

De que se trata aquí ¿de la seguridad pública y colectiva que las fuerzas y Cuerpos de seguridad tienen la obligación de proteger o de la seguridad personal soporte de la libertad individual?

¿Se trata de la seguridad colectiva, es decir, de la seguridad en la calle y del orden público que los poderes públicos tienen la obligación de garantizar o de la seguridad personal necesaria para el desarrollo de la libertad individual?

El artículo 21 de la Constitución mexicana dice: «La seguridad pública es una función a cargo de la federación, las entidades federativas y los municipios, que comprende la prevención de los delitos, la investigación y persecución para hacerla efectiva. Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional, el Ministerio Público y las demás instituciones policiales deberán coordinarse para conseguir los objetivos de la seguridad».

Esto equivale al artículo 104 de nuestra Constitución que dice «Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana».

El artículo 149.1.29 dice que el Estado tienen competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ...cita a varias y en el punto 29 hace mención a la seguridad pública.

En un examen no muy somero de la constitución mexicana yo no he visto el concepto de seguridad personal como soporte y desarrollo de la libertad, lo que si he visto ha sido un desarrollo minucioso de todas esas libertades y de los derechos fundamentales que es lo importante.

Yo creo que en estos casos se trata de la negación más absoluta del Estado de Derecho, es decir, de todos los principios que veíamos recogidos en el artículo 9.3 de la C. E. y en consecuencia de la negación de la seguridad colectiva del 149 y del 104 y de la seguridad personal del 17.1. Y que no tendría sentido denegar el recurso de amparo en ningún caso.

Comenzar a hacer distinciones entre una seguridad y otra, y proteger con el recurso de amparo a una y no a otra, es lo que hace de la seguridad un concepto inseguro.

La seguridad jurídica es un concepto que requiere un tratamiento jurídico único, independientemente de que, dentro de ese concepto, a modo de cajón de sastre quepan cantidad de matices distintos.

Porque la seguridad jurídica es una situación personal, pero es también una situación colectiva o social, que requiere el funcionamiento normal del Estado de Derecho. Es la tranquilidad en el desarrollo de la libertad, es la certeza y conocimiento de las normas y la previsibilidad de la decisión judicial, es la confianza en el Estado, en el Gobierno, en los jueces, en los policías, confianza en los particulares que obedezcan las normas, es derecho a recibir información, derecho a utilizar los registros para proporcionar certeza a las relaciones sociales, etcétera y seguro que me he olvidado de algún otro matiz.

Por eso la seguridad jurídica requiere un tratamiento único e independiente de los distintos matices que englobe, pues cuando algo es tantas cosas, que han de irse concretando en vía judicial, no puede ser un concepto seguro.

LA GOBERNABILIDAD EN MÉXICO EN RELACIÓN CON LAS SENTENCIAS JUDICIALES Y LA IGUALDAD DE GÉNERO

Dr. Adolfo Eduardo CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ

Universidad Nacional Autónoma de México

RESUMEN

Una de las principales tendencias en la actualidad consiste en el respeto a los derechos humanos, así como todo relacionado con la dignidad de los individuos, por ello, los Estados han buscado legislar de modo tal, que sus leyes, además de ser eficaces, no vulneren ni lastimen a la persona en sí y puedan ser el sustento de la armonía común. Sin embargo, las corrientes conservadoras, aún tienen una visión clásica del derecho, por lo cual, muchas de las nuevas legislaciones, han sido incumplidas por los mismos gobiernos que las decretan, hecho que genera tanto incertidumbre como ingobernabilidad en muchos casos y vulneración a los principios internacionales.

ABSTRACT

One of the major trends at the present time consists in the respect for human rights, as well as all related to the dignity of the individual, therefore, States have sought to legislate, in such a way that their laws, in addition to be effective, do not violate or hurt to the person and may be the sustenance of the common harmony.

However, the conservative currents, still have a classic vision of law, therefore, many of the new legislation, have not been complied with by the same governments that the decree, a fact that generates as much uncertainty as ungovernability in many cases and violation of international principles.

Introducción

El respeto a los derechos humano ha ocasionado una auténtica revolución del pensamiento, tanto las autoridades como los gobernados no solo deben de enfocarse en una relación armónica, sino que, por el contrario, deben de plasmar la misma en presupuestos mucho más ideales, ya que no es suficiente que únicamente se cumplan todas las resoluciones o recomendaciones emitidas por autoridades, sino que dicho cumplimiento debe estar basado en lineamientos acordes a los derechos humanos. De esta manera, la dignidad de las personas y, en el caso que nos ocupa, el respeto a la igualdad de las personas por el simple hecho de serlo, con independencia del género de esta debe ser una premisa que ha de ser observada en todo momento por autoridades y gobernados.

Así es, hoy en día existe un sinnúmero de países que no respetan los derechos humanos y constantemente violan los mismos, sin embargo, por el contrario, hay otros más que han dedicado tanto recursos, como constantes capacitaciones y programas enfocados al respeto de las personas con independencia del rubro que se trate.

En este sentido, uno de los principales problemas que han existido con relación al tema, radica precisamente en que las resoluciones derivadas de los organismos, comisiones y demás que se relacionan con la protección a los derechos humanos, no son vinculatorias ni coercitivas, sino por el contrario son meras recomendaciones sin posibilidad alguna de solicitar por otra vía su cumplimiento, hecho que ha ocasionado un sin número de violaciones e incumplimientos al respecto, ya que aun y cuando se emitan resoluciones judiciales, si estas carecen del elemento coercitivo, el avance al respecto se vuelve más lento.

De esta manera, el no cumplimiento no solo de las recomendaciones, sino de las resoluciones judiciales, resulta un tema que afecta en la gobernabilidad de cada Estado, por lo cual, si tal afirmación se orienta hacia aquellas que son inherentes a la igualdad de género, poco a poco se verá vulnerado un grupo de la sociedad que merece ser reconocido y respetado por el simple hecho de ser persona.

En este mismo tenor, el presente versará sobre la importancia del cumplimiento de todas las resoluciones judiciales y en particular las inherentes a la igualdad de género, por lo que, en

primer término, se hará un análisis de lo que es gobernabilidad y los elementos necesarios para su existencia.

Del mismo modo, se analizarán los elementos de eficacia y validez, así como su importancia y su relación con las normas positivas, siendo conceptos diferentes entre sí pero íntimamente relacionados.

Posteriormente, analizaremos algunas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con la igualdad de género y concluiremos con algunas ideas relacionadas con dicho concepto y la importancia que tiene para la gobernabilidad de cualquier Estado.

Desarrollo

Una definición de diccionario nos diría que gobernabilidad, significa, que «puede ser gobernado».¹ De tal modo, las definiciones nos remiten a gobernar, que se refiere a «mandar con autoridad o regir una cosa».²

Para Antonio Camou, la gobernabilidad (o ingobernabilidad) no ha de ser pensada como una dimensión absoluta de cualquiera de los dos términos de lo que podemos llamar la «relación de gobierno» (es decir, la relación entre gobernantes y gobernados), sino como una dimensión específica de esa relación.³

En otras palabras, NO es un Estado o gobierno lo que permite, por sí mismo, gobernar a una sociedad, ni tampoco es la sociedad en sí misma gobernable o ingobernable; más bien, es la relación compleja entre ambos términos lo que nos permite hablar de las *condiciones de gobernabilidad*. El asunto no solo tiene importancia teórica, sino que también adquiere relevancia práctica: la responsabilidad por mantener condiciones adecuadas de gobernabilidad no es una cuestión que recae, de manera unilateral, en el gobierno o en la sociedad. De este modo, gobierno y oposición, partidos y organizaciones ciudadanas han de comprometerse de manera conjunta a la hora de mantener un nivel aceptable de gobernabilidad.

¹ Real Academia Española; *Diccionario de la Lengua Española*; Madrid, 1992; Vigésima primera edición.

² *Ibidem*.

³ http://www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/gobernabilidad_y_democracia.htm. 15/11/2016 1:38 p.m.

En este sentido, resulta de explorado derecho que en el ámbito que nos ocupa, una de las principales instituciones para lograr dicha gobernabilidad, resultan los Tribunales de justicia, quienes son los encargados de hacer que se cumplan las leyes, situando a todos los gobernados en plano de igualdad, tanto entre sí, como con las diversas dependencias del gobierno en todos y cada uno de sus niveles.

La pregunta que debemos hacernos es ¿qué pasaría si no existieran los Tribunales de justicia? La respuesta es más que evidente, ya que si no existiría quien hiciera efectivas las leyes, no existiría quien regulara la conducta de los individuos por medio de normas o reglas previamente establecidas.

En tal tenor, debemos resaltar que una de los principales elementos de toda norma, si no es que el más importante, debe ser la eficacia, entendida como «condición necesaria y suficiente de la validez del derecho o, de lo que es lo mismo: la eficacia es condición necesaria y suficiente de su existencia»; lo anterior según el Maestro Tamayo y Salmorán,⁴ por lo cual, resulta más que claro que si las normas carecen de tal elemento, la misma, simple y sencillamente no tiene razón de ser, de existir. Así las cosas, no podríamos imaginarnos una ley que no es cumplida, ya qué ¿cuál sería su razón para seguir siendo derecho positivo?

Por su parte, Eugenio Bulygin afirma que «la eficacia es la condición necesaria y suficiente de la validez».⁵

Así, para el maestro Tamayo, la norma básica es presupuesto siempre que tengamos un conjunto de normas eficaces, entonces pues, la eficacia es el único criterio para presuponerla y, con ello, para su validez, esto es, que «No hay validez sin eficacia, por tanto, la eficacia es condición necesaria de la validez de un orden jurídico; y, por otro lado, siempre que un orden jurídico es eficaz, este orden es válido, por tanto, la eficacia es condición suficiente de la validez».

⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando; «Costumbre o eficacia, condición necesaria y suficiente de existencia de derecho»; Distribuciones Fontamara; México, 2015; Pág. 22 y siguientes.

⁵ Véase, Bulygin, Eugenio; «Tiempo y Validez», en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (Ed.), *Análisis lógico y derecho*; Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (Colección del Derecho y la Justicia 24).

Así las cosas, el concepto de norma, deriva en una facultad, esta facultad nombra una función básica de la creación del orden jurídico: la identificación (determinación de actos y normas jurídicas subsecuentes. Los actos jurídicos crean y aplican normas.

Las normas y los actos están íntimamente ligados. Las normas facultan los actos.

Las normas confieren facultades, las cuales autorizan la realización de ciertos actos. La validez jurídica es el resultado de la conformidad a las reglas de formación de la secuencia y, en este sentido, no tiene nada que ver con valores.

Una norma faculta a un órgano confiriéndoles cierto poder (competencia, capacidad) para que los actos que realice, de conformidad con la norma que le faculta, tengan el efecto jurídico que pretenden tener. En otras palabras: los actos son jurídicamente válidos si, y solo si, sus actos que, efectivamente realiza, se conforman a las condiciones establecidas por la norma que faculta.

Si para que un acto (o una norma) sea válido es necesario que exista una norma que faculte su realización o su establecimiento, entonces el enunciado que describe este proceso de creación (o modificación) jurídica es verdadero si, y solo si, existe una norma que faculte a crear, modificar o derogar normas y efectivamente lo hace.

Entendiendo el concepto eficacia, debemos entender el concepto de legalidad, por lo que la siguiente pregunta sería:

¿Qué es la validez de una norma y por tanto su legalidad?

El concepto de validez sistemática nos menciona que un acto jurídico es válido si, y solo si, satisface las condiciones establecidas por los actos jurídicos que le preceden. Este concepto de validez es, de hecho, la piedra angular de la doctrina de la legalidad. De esta forma los actos jurídicos que se conforman con los actos que le preceden en la secuencia son actos jurídicos válidos; los que no se conforman son considerados *prima facie* nulos.

De tal manera, la eficacia es un predicado que se aplica a algo que sirve. Cuando algo no sirve se aplica al antónimo: ineficaz.

Eficacia proviene de los sustantivos latinos: *efficax (acis)*, que significa activo poderoso para obrar. Que logra hacer efectivo un intento o propósito⁶ y se aplica para el tratamiento de la eficacia (o ineficacia) en derecho.

De tal forma, podemos decir que la Validez y la Eficacia son conceptos diversos, ya que la validez significa el modo de existencia de una norma.

Validez significa: la específica existencia de las normas. Decir que una norma no es válida equivale a decir que «que no existe» que es histórica: parte de la experiencia jurídica.

- Validez es un predicado que se aplica a normas jurídicas (que existen).
- Eficacia es un predicado que se aplica al comportamiento efectivo de los individuos que se conforman con lo que la norma prescribe.
- Así, ineficacia es un predicado que se aplica al hecho efectivo de que los individuos no se conforman (con lo que la norma prescribe).

La jurisprudencia (la ciencia del derecho) se ocupa del derecho que necesariamente es y no del derecho que debiera ser.

Eficacia = condición de validez.

En el mismo sentido, Kelsen señala: una norma es válida y el enunciado: que esta norma es eficaz son dos enunciados diferentes.⁷

Entre validez y eficacia, existe, sin embargo, una importante relación. Una norma jurídica es válida si, y solo si, esta es eficaz, la eficacia, por el contrario, es una condición de la validez; una condición, no la razón de la validez. Sin embargo, no se puede hablar de norma válida si esta no es eficaz, entonces, la eficacia no es condición necesaria de la validez, sino, también, condición suficiente.

La eficacia ciertamente, es todos aquellos hechos de conducta del mismo modo que los actos por los cuales una norma es puesta (creada). Estos actos de creación son también, condición de su existencia.

⁶ Real Academia Española; *Diccionario de la Lengua Española*; Madrid, 1992; Vigésima primera edición.

⁷ Kelsen, Hans, mencionado por Tamayo y Salmorán, Rolando; *Costumbre o eficacia, condición necesaria y suficiente de existencia de derecho*, Distribuciones Fontamara; México, 2015; Pág. 89.

En tal tenor, ¿qué importancia tiene la eficacia de una norma? La respuesta es más que evidente, por lo que orientando tal concepto al tema que nos ocupa, resulta claro que cualquier norma que simplemente no es eficaz, carece de razón jurídica, de tal manera, que sucede con las sentencias dictadas por los jueces?

Si estos son los encargados de hacer que se cumplan las leyes, podríamos considerar dos supuestos:

- El primero es que la norma simple y sencillamente no se cumpla, esto es que sea ineficaz en cuanto a que nadie la observa, o bien,
- Que tratando de hacer que se cumpla la norma, una de las partes acuda a las autoridades jurisdiccionales para tratar de hacer efectiva la norma y que la sentencia también sea ineficaz.

Este es el supuesto al que debemos enfocarnos ya que aún y cuando puede llegar a confundirse, o bien pensarse que es lo mismo, toda vez que en ambos supuestos la ineficacia de la norma es la misma, ya que, si la norma simplemente no se cumple, es claro que en la primera, no se acudió a ninguna instancia judicial para tratar de hacerla cumplir y fue potestad exclusiva del gobernado cumplirla o no, mientras que en la segunda, ni con la coacción de la autoridad, se puede cumplir la norma válida.

En dicho sentido, resulta alarmante la falta de eficacia de las sentencias judiciales, toda vez que muchas de ellas no se cumplen derivado de vacíos legales, o bien de artimañas que los gobernados o en su caso, los propios abogados buscan para hacer que una sentencia sea ineficaz. Tal es el caso actual en donde las sentencias referentes a la igualdad de género, las mismas ya sean por trabas burocráticas o bien por ideologías de los propios gobernados solo buscan la manera de seguir denigrando y no cumplir las resoluciones inherentes a tal cuestión.

Como ejemplo de lo ya señalado, tendríamos que mencionar las primeras resoluciones que aprobaron el matrimonio igualitario en la Ciudad de México, y que tanto otros Estados, como las propias dependencias se negaban a dar cumplimientos a las mismas; siendo el caso que incluso esas dependencias tuvieron que emitir circulares internas para buscar que se respetara tanto el estado civil de las personas como para que se les brindara seguridad social de la comunidad

lésbico-gay que la habían solicitado para sus parejas, hecho que originó que incluso se originaran controversias constitucionales para que se respetaran las sentencias relativas al Estado Civil de las personas en todos los Estados pertenecientes a la Federación y que tuvo que resolver la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como ejemplo de lo anterior tenemos la siguiente tesis jurisprudencial:⁸

Época: Novena Época

Registro: 161270

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXXIV, agosto de 2011

Materia(s): Constitucional

Tesis: P./J. 12/2011

Página: 875

Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal. tiene validez en otras Entidades Federativas conforme al artículo 121 de la Constitución General de la República (artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 29 de diciembre de 2009).

Conforme al sistema federal, las entidades federativas son libres y soberanas en todo lo concerniente a su régimen interior, aunque gozan de una independencia limitada en tanto deben respetar en todo momento el Pacto Federal; por tanto, el hecho de que en una entidad se regule de determinada manera una institución civil, no significa que las demás deban hacerlo en forma idéntica o similar, como tampoco que se limite o restrinja la facultad de una entidad para legislar en sentido diverso a las restantes, por lo que si bien es cierto que el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal solo tiene obligatoriedad en dicho territorio, en virtud de que cada entidad legisla para su propio ámbito territorial, también lo es que la regla contenida en la fracción IV del artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, referente a que los actos del estado civil que se encuentran ajustados a las leyes de

⁸Acción de inconstitucionalidad 2/2010 promovida por la Procuraduría General de la República demandando la declaración de invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) que permite los matrimonios entre personas del mismo sexo.

un Estado tendrán validez en los otros, implica el reconocimiento pleno de que todo acto del estado civil que se lleve a cabo cumpliendo con las formalidades contenidas en la ley de una entidad, será válido en las demás, aun cuando no guarde correspondencia con su propia legislación. En tal sentido, es el propio artículo 121 constitucional el que, en aras de salvaguardar el federalismo y la seguridad jurídica de los gobernados, prevé el deber constitucional para los demás Estados de otorgar dicho reconocimiento.

Acción de inconstitucionalidad 2/2010. Procurador General de la República. 16 de agosto de 2010. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco.

El Tribunal Pleno, el cuatro de julio en curso, aprobó, con el número 12/2011, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a cuatro de julio de dos mil once.

Época: Décima Época

Registro: 2009922

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 22, septiembre de 2015, Tomo I

Materia(s): Constitucional, Civil

Tesis: 1a./J. 46/2015 (10a.)

Página: 253

Matrimonio entre personas del mismo sexo. No existe razón de índole constitucional para no reconocerlo.

Las relaciones que entablan las parejas del mismo sexo pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia. Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio. La razón por la cual las parejas del mismo sexo no

han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales no es por descuido del órgano legislativo, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra y por la discriminación histórica. El derecho a casarse no solo comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados al matrimonio, sino también el derecho a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución. En el orden jurídico mexicano existen una gran cantidad de beneficios económicos y no económicos asociados al matrimonio. Entre estos destacan los siguientes: (1) beneficios fiscales; (2) beneficios de solidaridad; (3) beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; (4) beneficios de propiedad; (5) beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas; y (6) beneficios migratorios para los cónyuges extranjeros. En este sentido, negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a los homosexuales como si fueran «ciudadanos de segunda clase», lo cual esta Primera Sala no comparte. No existe ninguna justificación racional para reconocer a los homosexuales todos los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo tiempo, reconocerles un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja. Los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios porque constituyen un régimen de «separados pero iguales». La exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas y su integridad.

Tesis de jurisprudencia 46/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de tres de junio de dos mil quince.⁹

De esta manera, si analizamos que el matrimonio igualitario aprobado en el año 2009 en la Ciudad de México, fue el primero en América latina para reconocer las bodas *gays*, resulta más

⁹ *Semanario Judicial de la Federación*; Suprema Corte de Justicia de la Nación; México, viernes 19 de junio de 2015 a las 9:30 horas y en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 19, Tomo I; Suprema Corte de Justicia de la Nación; México, junio de 2015, página 534.

que clara la complicación social que esto conllevó y que incluso hoy en día no se ha superado en virtud de los bloques más conservadores y de la Iglesia Católica.

De tal manera y como un caso práctico, quisiera señalar un asunto en donde dos mujeres gays que vivían juntas y que nunca habían tramitado su reconocimiento de concubinato, quisieron ser mamás mediante un procedimiento *in vitro*, en donde después de años de intentarlo, una de ellas logró embarazarse y tener una hermosa niña, lo cual no es algo novedoso ni mucho menos, sin embargo, el problema llegó cuando le quisieron dar ambas mamás sus apellidos para fines de filiación y de seguridad social, por lo que al acudir al Registro Civil de la Ciudad de México, le dijeron que tal situación era imposible ya que no estaban casadas, por lo cual, si querían podían hacer un trámite de adopción, a lo cual ellas se negaron en virtud de que habían decidido tener una hija biológica y por medio del concubinato solicitar el reconocimiento como familia y no como adoptantes y adoptada, por lo cual se tuvo que tramitar un juicio para el reconocimiento del concubinato y posteriormente poder inscribir a su hija como hija natural de una pareja que se había unido en concubinato y no como adoptada, sin embargo el punto medular llegó al tener una sentencia judicial y al acudir al Registro Civil, nos dijeron que el trámite no se podía inscribir como se mencionaba en la sentencia ya que el apellido de la mamá biológica tenía que ir primero y no como segundo apellido como decía la sentencia, ya que la dependencia no tenía dicho formato, aunado a que el Reglamento de dicha dependencia así lo establecía, lo cual es un claro ejemplo de la ineficacia de una sentencia judicial la cual no podía aplicarse debido a una aplicación de criterio y un artículo que no es claramente discriminatorio.¹⁰

De esta manera, ¿cómo podemos suponer que la autoridad puede ser capaz de gobernar si ni siquiera puede ser capaz de hacer cumplir las resoluciones dictadas por los órganos encargados de aplicar la ley? La respuesta es más que clara, por lo cual incluso la Presidencia de la República Mexicana ha buscado darle una solución a la igualdad de género a fin que sea respetada a todos niveles presentando el día 17 de mayo del 2016 una iniciativa a la Cámara de Legisladores la cual se ha llamado «el Derecho a los Derechos» y que si bien es cierto hace unos días se desechó, lo importante de la misma radica en la idea del por qué se presentó la misma, toda vez que dentro de la premisa central mencionaba:

¹⁰ Igualmente debemos precisarse que, el supuesto ya referido, incluso fue también resuelto por la Suprema Corte de justicia de la Nación, quien declaró tal precepto inconstitucional por discriminatorio a finales del año 2016.

...el derecho a contraer matrimonio trasciende no solo por los beneficios expresos que este contiene, sino también por el derecho a otros beneficios que las leyes otorgan a dicha institución. Lo que ha llevado a considerar al matrimonio como un derecho a otros derechos. Entre los beneficios que otorga el matrimonio civil en el orden jurídico mexicano se encuentran los de tipo fiscal; de solidaridad; por causa de muerte de una de las persona cónyuges; de propiedad; en la toma subrogada de decisiones médicas; migratorias para personas cónyuges extranjeras entre otros.¹¹

Mucho se ha hablado que en los Estados Unidos Mexicanos, hay una ingobernabilidad manifiesta, lo cual, sin entrar en aspectos que no son propios de la presente, si podría mencionar que uno de ellos tiene que ver con la falta de cumplimiento de las autoridades en todos niveles, por lo que llevando al punto que nos ocupa el comentario, podemos afirmar que si una resolución judicial no se cumple, ello genera de manera directa e indirecta, en que la misma ciudadanía y en particular los gobernados poco a poco crean menos en las instituciones encargada para ello, ya que sea cual sea su actuar, no van a tener sanción alguna al no existir autoridad que los pueda obligar al cumplimiento de la norma y por tanto esta se vuelva ineficiente.

De tal manera, que debe llevar a tratar de incluir en nuestra Constitución un derecho como el del matrimonio igualitario, siendo el caso que tal derecho ya está contemplado en otro ordenamiento como el Código Civil de cada entidad, la respuesta es más que clara, siendo el particular el de buscar darle un mayor peso legal a una disposición que por sí misma debe de ser respetada por todas las autoridades y por los mismos gobernados y que hoy en día desgraciadamente no es respetada, sin embargo, a mi juicio, creo que tal medida es errónea ya que el ordenamiento, independientemente de tipo de norma que sea, debe de hacerse valer, debe de ser eficaz, no importando si es una circular, una norma interna, una norma estatal, local o federal, por lo que el derecho a los derechos, es una medida que lo único que acredita es la falta de cumplimiento de las sentencias en todos los niveles de gobierno y que conlleva a una ingobernabilidad en cuando a las resoluciones judiciales compete.

Así las cosas, igualmente debemos resaltar, que no es únicamente problema de las autoridades, ya que está en nosotros como gobernados, el respecto a la norma, a los derechos de los

¹¹ Véase la iniciativa de Decreto de fecha 17 de mayo del 2016, emitida por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Enrique Peña Nieto, mediante la cual se pretendía reformar el primer párrafo del artículo 4.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

individuos, de las instituciones y de todo aquellos que sea para una mejor convivencia social, lo cual incluso ha llevado a resolver que todas las sentencias judiciales deben de resolverse con «perspectiva de género», criterio que ha adoptado nuestro máximo Tribunal y se encuentra visible en las siguientes tesis jurisprudenciales:

Época: Décima Época

Registro: 2005458

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 3, febrero de 2014, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a. XXIII/2014 (10a.)

Página: 677

Perspectiva de género en la administración de justicia. Su significado y alcances.

El artículo 1.º, párrafo último, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que queda prohibida toda discriminación motivada, entre otras, por cuestiones de género, que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas. En este sentido, el legislador debe evitar la expedición de leyes que impliquen un trato diferente e injustificado entre hombres y mujeres. A su vez, los órganos jurisdiccionales, al resolver los asuntos que se sometan a su conocimiento, deben evitar cualquier clase de discriminación o prejuicio en razón del género de las personas. Así, la perspectiva de género en la administración de justicia obliga a leer e interpretar una norma tomando en cuenta los principios ideológicos que la sustentan, así como la forma en que afectan, de manera diferenciada, a quienes acuden a demandar justicia, pues solo así se puede aspirar a aplicar correctamente los principios de igualdad y equidad, ya que a partir de la explicación de las diferencias específicas entre hombres y mujeres, se reconoce la forma en que unos y otras se enfrentan a una problemática concreta, y los efectos diferenciados que producen las disposiciones legales y las prácticas institucionales.

Amparo directo 12/2012. 12 de junio de 2013. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Disidentes: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho a formular voto particular, y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mireya Meléndez Almaraz.

Esta tesis se publicó el viernes 7 de febrero de 2014 a las 11:16 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época

Registro: 2011430

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 29, abril de 2016, Tomo II

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.)

Página: 836

Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género.

Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Para ello, el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución

propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.

Tesis de jurisprudencia 22/2016 (10.^a). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha treinta de marzo de dos mil dieciséis.¹²

Es el caso, que uno de los principales retos consiste precisamente en el respeto a los derechos humanos, siendo por tal, la igualdad de género y el respeto a estos derechos, uno de los principales problemas que todos los Estados y los individuos como tal, deben de hacer valer y respetar.

De esta manera, si el respeto a los derechos para personas del mismo sexo y el respeto a la dignidad, consiste en uno de los pilares de los Derechos Humanos, todas las resoluciones que sean inherentes a tales temas deben de cumplirse, para lo cual tanto las autoridades en el ejercicio de sus facultades deben de hacer que se cumplan como los mismos gobernados, y si bien es cierto, todas las resoluciones se deben cumplir, las que son inherentes a los derechos de las personas más aún, por lo cual la gobernabilidad de un Estado bien podría iniciar con el respeto a las personas y posteriormente al cumplimiento de las resoluciones judiciales, por el simple hecho de ser emitida por autoridad, sea jurisdiccional o no.

¹² Esta tesis se publicó el viernes 15 de abril de 2016 a las 10:30 horas en el *Semanario Judicial de la Federación* y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 18 de abril de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Bibliografía

BULYGIN, Eugenio: «*Tiempo y Validez*», en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (Ed), *Análisis lógico y derecho*; Centro de Estudios Constitucionales, (Colección del Derecho y la Justicia 24); Madrid 1991.

KELSEN, Hans (mencionado por Tamayo y Salmorán, Rolando): «Costumbre o eficacia, condición necesaria y suficiente de existencia de derecho»; Distribuciones Fontamara; México, 2015.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*; Vigésima primera edición; Madrid, 1992.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando: «Costumbre o eficacia, condición necesaria y suficiente de existencia de derecho»; Distribuciones Fontamara; México, 2015.

Consultas Electrónicas

1.- http://www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/gobernabilidad_y_democracia.htm.

Otras Fuentes

1.- Acción de inconstitucionalidad 2/2010 promovida por la Procuraduría General de la República demandando la declaración de invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) que permite los matrimonios entre personas del mismo sexo.

2.- Iniciativa de Decreto de fecha 17 de mayo del 2016, emitida por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Enrique Peña Nieto, mediante la cual se pretendía reformar el primer párrafo del artículo 4.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.- *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 19, Tomo I; Suprema Corte de Justicia de la Nación; México, junio de 2015

4.- *Semanario Judicial de la Federación*; Suprema Corte de Justicia de la Nación; México, viernes 19 de junio de 2015.

La gestión de la crisis de los refugiados en Europa: algunas reflexiones

Lucía PAYERO LÓPEZ

Universidad de Oviedo

Resumen

A la hora de enfrentarse a la crisis de refugiados actual, la Unión Europea y sus Estados miembros han aplicado, en líneas generales, el modelo que venían utilizando para la gestión de los flujos migratorios. De este modo, la distinción entre refugiados e inmigrantes desaparece, con la consiguiente vulneración del Derecho internacional de asilo y las normas comunitarias y estatales sobre protección de los derechos humanos. Esta manera de proceder no solo atenta contra los derechos de los refugiados; también pone en peligro los derechos de los ciudadanos europeos y el propio proyecto europeo en su conjunto.

Abstract

The strategy adopted by the European Union and its Member States to manage the current refugee crisis follows the basic lines of their migration policy. The distinction between refugees and migrants blurs, and consequently the Right to Asylum is violated. This course of action not only infringes refugees' rights, but also those of EU citizens. Moreover, the European project itself is in danger.

1. Introducción

Europa se enfrenta a la mayor crisis de refugiados que ha vivido desde la II Guerra Mundial. A raíz del conflicto armado sirio, casi 5 millones de personas se han visto obligadas a abandonar su hogar en busca de un lugar seguro para vivir. Es importante destacar que la inmensa mayoría de ellas han sido acogidas por los Estados limítrofes –principalmente Turquía (casi 3 millones) y Líbano (más de 1 millón),¹ pero también Jordania e Irak–, mientras que solo una pequeña parte ha iniciado el viaje hacia Europa. A los refugiados sirios hay que sumar los iraquíes, libios, eritreos, afganos,

¹ Datos de ACNUR (fecha: 10 marzo 2016). Información disponible en: <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/48-millones-de-refugiados-sirios-en-paises-limitrofes>.

sudaneses, etcétera, víctimas todos de guerras o regímenes políticos dictatoriales que han destruido su hogar y amenazan con acabar con su vida.

Aun así, el número de refugiados que llega a Europa es infinitamente inferior al que reciben otros Estados.² No obstante, determinados voceros políticos aseveran con frecuencia que nuestra capacidad de acogida se halla desbordada.³ Pues bien, con las cifras en la mano hay que decir que esto no es cierto. Por poner solo un ejemplo que resulta muy gráfico, el Líbano ha acogido a más de 1 millón de refugiados sirios, lo que equivale a un cuarto de su población total. Para alcanzar un porcentaje similar, la Unión Europea (en adelante, UE) debería admitir a cien millones de solicitantes de asilo. El número de refugiados que se ha comprometido a reubicar⁴ y/o reasentar⁵ en un periodo de 2 años es muchísimo menor: 254 504 (160 000 reubicados, 22 504 reasentados y 72 000 sirios procedentes de Turquía), de los cuales no han sido efectivamente admitidos más que 16 346,⁶ una cifra ridícula para una UE con algo más de 500 millones de habitantes y el nivel de vida y de seguridad más alto que se conoce en región alguna del globo.

Para enfrentarse a esta crisis humanitaria de una manera unitaria y coordinada, las instituciones europeas adoptaron dos medidas principales: un sistema de cuotas para el reparto de refugiados y un acuerdo de readmisión con Turquía.

El sistema de cuotas de reparto de refugiados responde a la necesidad de aliviar a los Estados que soportan una mayor carga en lo referente tanto a la cantidad de solicitudes de asilo que tramitan como, sobre todo, en lo que atañe al número de refugiados que llegan a sus fronteras. En este sentido, Italia y Grecia, por su situación

² Se calcula que el número de refugiados llegados a la UE a lo largo de esta crisis asciende a un millón y medio de personas, lo que supone el 0,0003 % de su población. Los datos corresponden al 14 de marzo de 2016 y pueden consultarse en: http://cadenaser.com/programa/2016/03/14/hora_25/1457982340_099267.html.

³ El gobierno español, por ejemplo, ha usado este argumento en determinadas ocasiones para justificar su política de gestión de la crisis de refugiados. Ortega Dolz, Patricia *et al.*, «El Gobierno se escuda en la "presión migratoria" para rechazar refugiados», *El País* 1 septiembre 2015. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2015/08/31/actualidad/1441049946_127956.html.

⁴ La reubicación es una transferencia de solicitantes de asilo entre países de la UE, una vez que ya han alcanzado el territorio comunitario por sus propios medios.

⁵ El reasentamiento consiste en que un tercer país distinto de aquel al que la persona ha huido acepta otorgarle la condición de refugiada en su territorio.

⁶ Los datos corresponden al 26 de septiembre de 2016. Información disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/20160928/factsheet_relocation_and_resettlement_-_state_of_play_en.pdf.

geográfica, son los países que reciben el mayor número de personas. Por eso la Comisión Europea propuso la creación de cuotas de acogida para distribuir los costes entre los países de la Unión (13 mayo 2015).⁷ En un primer momento, los Estados miembros se comprometieron a reubicar a 40.000 refugiados desde Grecia e Italia al resto de países miembros.⁸ En septiembre de 2015 el Consejo de la UE amplió el plan de reubicación a 160.000 personas procedentes de Italia, Grecia y Hungría.⁹ No obstante, este último Estado rechazó el esquema final adoptado por el Consejo, lo que originó que 54.000 personas quedaran pendientes de reasignación.¹⁰

El programa de reubicación se amplió con un plan de reasentamiento de 22.504 personas que se hallasen en países terceros (julio 2015).¹¹ En total, la cantidad de refugiados que habrían de ser acogidos ascendía a 182.504. El plazo acordado por el Consejo de la UE para proceder a las reubicaciones fue de 2 años.

A punto de cumplirse ese periodo, puede decirse que el sistema de cuotas ha fracasado. Algunos Estados miembros se negaron a aceptarlo,¹² mientras que los que sí lo hicieron no han cumplido más que una mínima parte del acuerdo. Por ejemplo, España accedió a reubicar a 16.231 personas¹³ y a reasentar a 1449¹⁴ (en total, 17.680

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea de Migración.

⁸ Resolución de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo sobre la reubicación de 40.000 personas claramente necesitadas de protección internacional que en la actualidad se encuentran en Grecia e Italia (22 julio 2015) y Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo de 14 de septiembre de 2015 relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia.

⁹ Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo de 22 de septiembre de 2015 por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia.

¹⁰ CEAR, *Informe 2016: Las personas refugiadas en España y Europa*, Madrid, CEAR, 2016, p. 41. Para que ese cupo no se perdiese, la Comisión propuso su transformación en plazas de reasentamiento.

¹¹ En un primer momento, la Recomendación de la Comisión de 8 de junio de 2015 sobre un programa europeo de reasentamiento propuso la admisión de 20.000 refugiados por esta vía. Poco después (22 julio 2015), el número se amplió a 22.504 personas (Conclusiones de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre el reasentamiento mediante programas multilaterales y nacionales de 20.000 personas claramente necesitadas de protección internacional).

¹² Capitaneados por Hungría, mostraron su oposición al sistema de cuotas obligatorias la República Checa, Letonia, Eslovaquia, Polonia y Rumanía. Olías, Laura, «Así son los políticos europeos que han dinamitado el acuerdo sobre el reparto de refugiados», *El Diario* 15 septiembre 2015. Disponible en: http://www.eldiario.es/desalambre/politicos-europeos-dinamitado-acuerdo-refugiados_0_431157821.html.

¹³ Suanzes, Pablo R., «España solo ha acogido a 481 refugiados de los 17.680, pese a los anuncios del Gobierno», *El Mundo* 13 octubre 2016. Disponible en: <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/10/13/57ff76ec46163f0c698b45fc.html>.

personas). Pero año y medio después de asumir ese compromiso, los refugiados reubicados en España ascendían a 609 y la cifra de reasentados era todavía inferior: 289 personas.¹⁵

La segunda medida adoptada por las instituciones europeas fue el Acuerdo de readmisión firmado con Turquía a finales de marzo de 2016.¹⁶ En virtud del mismo, los refugiados que lleguen a Grecia serán devueltos a Turquía y, por cada persona expulsada, un sirio en suelo turco será enviado a la UE, hasta alcanzar el límite de 72.000 personas realojadas. Como contrapartida, Turquía recibirá 6000 millones de euros, se acelerará su proceso de integración en la UE y se facilitará la entrada de sus ciudadanos en territorio Schengen, flexibilizando los requisitos para la obtención de los visados correspondientes.

El Acuerdo con Turquía ha sido criticado y rechazado por numerosas organizaciones no gubernamentales¹⁷ porque viola el Derecho internacional y de la UE, al implicar la expulsión colectiva de personas, no analizar cada caso de manera individualizada e infringir el principio de no devolución (*non-refoulement*). Y es que Turquía no es un tercer país seguro donde los derechos humanos de los refugiados se hallen garantizados.¹⁸

Por lo que se refiere a los Estados miembros, la mayoría ha optado por afrontar el problema de los refugiados desde una perspectiva nacional, atendiendo a sus intereses particulares y no a la necesidad de ofrecer al drama humanitario una respuesta uniforme y solidaria. Por ejemplo, determinados Estados se han negado a aceptar el sistema de cuotas, como ya fue mencionado, mientras que otros han procedido a reinstaurar

¹⁴ Datos extraídos de: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160316/first_report_on_relocation_and_resettlement_-_annex_6_en.pdf.

¹⁵ Las cifras corresponden al 28 de diciembre de 2016, fecha en la que llegaron 198 refugiados procedentes de Grecia. El total de refugiados acogidos en España por medio de estas dos vías, reasentamiento y reubicación, ascendía a 898. Datos extraídos de: <http://www.publico.es/internacional/espana-cierra-2016-habiendo-acogido.html>.

¹⁶ Declaración UE-Turquía, de 18 de marzo de 2016.

¹⁷ Entre otras, Human Rights Watch, ACNUR, UNICEF, Amnistía Internacional y CEAR.

¹⁸ Amnistía Internacional, *Europe's Gatekeeper. Unlawful detention and deportation of refugees from Turkey*, diciembre 2015. Disponible en: https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Turkey__Europe_s_Gatekeeper_-_Embargoed_briefing_16_Dec2015.pdf.

temporalmente los controles fronterizos,¹⁹ con lo que ello implica para uno de los principios básicos de la UE como es el de libre circulación de personas.

De esta manera, se puede afirmar que las medidas adoptadas por la UE en su conjunto y los Estados miembros de manera unilateral para gestionar la crisis de los refugiados están mostrando el lado oscuro del proyecto europeo: Europa se revela así como un espacio en el que los derechos humanos son violados de manera impune, no se cumple el Derecho –ni el internacional ni el de la UE ni siquiera el de los Estados miembros– y los propios valores y principios sobre los que se asienta la UE, de acuerdo con los Tratados fundacionales,²⁰ quedan relegados a un plano secundario cuando se trata de mantener el nivel de bienestar europeo –al menos, el de determinadas clases sociales–. Este «chovinismo de la prosperidad» pone en serio riesgo el proyecto europeo en su conjunto.²¹

Algunos políticos y medios de comunicación trataron de justificar la manera en que la UE y sus miembros se están enfrentando a la crisis de refugiados mediante el recurso a la distinción inmigrantes/refugiados. Los primeros, se dice, abandonan su país de origen en busca de trabajo, escapando de condiciones de existencia miserables y/o deseando mejorar su calidad de vida. Los segundos, en cambio, dejan su tierra por la existencia de algún peligro que amenaza de manera inminente su vida (típicamente, se entiende por tal una persecución política o una guerra, pero nunca el hambre o las consecuencias derivadas del cambio climático). De acuerdo con estos voceros y creadores de opinión (entre otros, García-Margallo²² y Viktor Orbán²³), quienes llegan a

¹⁹ Entre otros, Austria, Alemania o Suecia. Datos extraídos de: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf.

²⁰ El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea establece que «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 hombres y mujeres».

²¹ La expresión es de Naïr, Sami, «Cuotas insolidarias», *El País* 29 mayo 2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/05/29/actualidad/1432910405_521938.html.

²² En una entrevista concedida a la Cadena Ser (20 abril 2015), el por entonces Ministro de Asuntos Exteriores español, José Manuel García-Margallo (Partido Popular –PP–), aseguraba: «son fenómenos distintos. El asilo es una salida de tu país por motivos políticos (...) La inmigración es un fenómeno que responde en estos momentos fundamentalmente a razones económicas. Es el hambre y la pobreza lo que echa a esta pobre gente a embarcaciones sin seguridad ninguna. Los que están muriendo en el Mediterráneo (...) vienen fundamentalmente de países que lo que tienen, insisto, son necesidades económicas: de Eritrea, del África subsahariana, de Gambia... El asilo es una cosa, un fenómeno para dar refugio a la persona que se siente perseguida políticamente y la inmigración económica es otra». Disponible en: <http://play.cadenaser.com/audio/000WB0018620150420221108/>.

Europa no serían auténticos refugiados, sino inmigrantes económicos que quieren aprovecharse de la situación de caos para obtener un permiso de residencia fingiendo que tienen derecho de asilo.

Como intentaré demostrar a continuación, existen numerosos paralelismos entre el discurso y la actuación de los Estados miembros y las instituciones comunitarias cuando han de gestionar movimientos migratorios y cuando se enfrentan al drama de los refugiados. La razón estriba en que la lógica que orienta ambas políticas es la misma: se trata de la lógica del mercado. Veámoslo más detenidamente.

2. La gestión europea de los flujos migratorios

La gestión europea de los flujos migratorios parte de un concepto utilitarista e instrumental de los inmigrantes. El discurso oficial a nivel comunitario afirma que el objetivo principal de la política migratoria es luchar contra la inmigración clandestina para favorecer los flujos ordenados de personas en función de las necesidades del sistema. Es decir, que los inmigrantes son aceptados en la medida en que resulten económicamente útiles al Estado de acogida. La consideración de los inmigrantes como personas, como seres humanos, se halla completamente ausente de este planteamiento: los inmigrantes son cifras que ayudan a mejorar –o resultan perjudiciales para el aumento de– otras cifras: el PIB, la tasa de empleo, el nivel de cotizaciones a la Seguridad Social, etcétera. En realidad, los gobiernos europeos no buscan acabar con la inmigración irregular, sino gestionarla de tal manera que contribuya eficazmente a la buena salud del mercado interior. En el fondo, ello implica nada más y nada menos que velar por la correcta marcha del capitalismo, el sistema económico imperante. Y es que «no hay capitalismo sin migraciones».²⁴

Los flujos migratorios proporcionan un excedente de mano de obra constante –también denominado *ejército industrial de reserva*– que permite regular los salarios y

²³ En el último congreso del Partido Popular europeo, celebrado en Madrid en octubre de 2015, el Primer Ministro húngaro, Viktor Orbán (Fidesz-Unión Cívica Húngara) declaró: «lo que afrontamos no es una crisis de refugiados. Es un movimiento migratorio que incluye inmigrantes económicos, refugiados y también *combatientes extranjeros*» –cursiva añadida– (cit. en Sáenz de Ugarte, Iñigo, «La derecha europea acoge el mensaje xenóforo de Orbán», *El Diario* 22 octubre 2015. Disponible en: <http://www.guerraeterna.com/?s=la+derecha+europea+acoge+el+mensaje+xen%C3%B3fobo+de+orb%C3%A1n>).

²⁴ Mezzadra, Sandro, *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2005, p. 144.

hacer frente a súbitas contracciones o expansiones de los mercados. Este ejército industrial de reserva no se compone únicamente de inmigrantes, con o sin papeles; por el contrario, numerosos nacionales se cuentan entre sus filas, muy especialmente en tiempos de crisis económica. Esta situación da lugar a graves problemas de cohesión social que ponen en cuestión las bases sobre las que se sustenta la legitimidad de los gobiernos europeos. La percepción de que los beneficios del capitalismo se los reparten unos pocos, mientras que las pérdidas se socializan entre los muchos hizo surgir movimientos ciudadanos de protesta frente a las políticas de austeridad impuestas por la Troika. La indignación recorría Europa como un fantasma y partidos a la izquierda de los socialistas comenzaron a sumar apoyos, incluso hasta llegar al poder (véase el caso de Syriza en Grecia). En este contexto, el recurso al enemigo externo schmittiano resultó muy útil. Los inmigrantes, los otros, los ajenos, siempre constituyen un buen candidato para encarnar ese mal exterior que amenaza con destruir nuestro bienestar, nuestra cultura y valores –encarnados, paradigmáticamente, en los derechos humanos y el Estado de Derecho–, nuestra superioridad económica y la seguridad y el orden de la sociedad en que vivimos. Y aquí se manifiesta el segundo gran objetivo que guía la política migratoria en Europa (el primero era contribuir a la buena marcha del capitalismo): el refuerzo de la cohesión social en el interior de la comunidad política, concebida esta en términos etnicistas y excluyentes.

Los Estados europeos se muestran reticentes a ceder competencias a las instituciones de la Unión en materia migratoria, un asunto que, consideran, forma parte esencial de su soberanía. Ello resulta particularmente conveniente a la hora de emplear el fenómeno migratorio como arma política con la que evitar la fragmentación de la comunidad nacional. En el contexto actual de crisis económica, donde las medidas de austeridad han supuesto la pauperización de la clase trabajadora, se necesita un chivo expiatorio sobre el que volcar el descontento popular. Este papel es desempeñado por los inmigrantes, aunque no solo por ellos.²⁵

Una de las acusaciones lanzadas contra los inmigrantes es su contribución al aumento de las cifras de desempleo, puesto que *nos* «quitan» el trabajo y obligan a la población autóctona a disminuir sus exigencias laborales, ya que *ellos* aceptan cualquier

²⁵ A determinados colectivos dentro de la comunidad nacional (en el interior del *nosotros*) también se les culpa de los efectos terribles de la crisis. Véanse, a modo ejemplificativo, los funcionarios o los perceptores de pensiones públicas.

empleo por un sueldo ínfimo. Se ha generalizado la idea de que los nacionales, los comunitarios, los nuestros, en definitiva, han de tener preferencia sobre los extranjeros, los extra-comunitarios, los otros.²⁶ Lo cual prueba que la creación de un enemigo externo para reforzar la cohesión interna de la comunidad política es una estrategia destinada al éxito.

Este último asunto reviste una importancia singular. Si el inmigrante es percibido como una amenaza para el orden y la seguridad de la sociedad europea, entonces está plenamente justificado el uso de cualquier medio para neutralizarlo y, llegado el caso, expulsarlo fuera de los muros de nuestra fortaleza. Es por ello que el discurso oficial tiende con frecuencia a vincular la inmigración con la delincuencia, el crimen organizado e, incluso, el terrorismo.²⁷ La existencia de esta amenaza exterior contribuye a que los ciudadanos sientan de manera reforzada que comparten una identidad con el resto de compatriotas, pero no así con los *otros*. Numerosos partidos políticos europeos, de derecha y extrema derecha,²⁸ recurren a un discurso nacionalista de tipo étnico que se articula en torno a la defensa de la integridad nacional, la lucha contra el inmigrante extranjero y la obsesión con evitar la mezcla de razas, religiones, costumbres y

²⁶ Así, por ejemplo, en una reciente entrevista concedida a la Cadena Ser (28 diciembre 2016), decía Javier Maroto, vicesecretario sectorial del PP: «en este país hay personas en desempleo que tienen que tener prioridad evidentemente a la hora de encontrar empleo». Disponible en: http://cadenaser.com/programa/2016/12/28/hoy_por_hoy/1482895375_568893.html.

²⁷ Como bien explica Cancio Meliá, «dentro de la comunicación pública sobre el sistema penal juega un papel protagonista la cuestión de la extranjería. Los vínculos entre "extranjero" y "crimen" son omnipresentes: Donald Trump y sus «mexicanos violadores», los sucesos de Colonia en la Nochevieja de 2015 y el espantajo del magrebí agresor sexual o la confusión interesada de algún político español entre refugiados y terroristas no son nada nuevo. Al contrario: los prejuicios frente al diferente están profundamente enraizados en la manera de ver el mundo de los seres humanos. Si a esto se asocia la etiqueta de lo criminal, surgen los estereotipos xenófobo-racistas que asignan a cada grupo de migrantes (pobres) su propio sambenito. No resulta sorprendente que muchos de los partidos políticos de extrema derecha y xenófobos que están ganando significativas cuotas de apoyo popular en muchos países europeos recurran con frecuencia a la asociación de extranjería y delincuencia como elemento central de su propaganda política». Cancio Meliá, Manuel, «Extranjería, expulsión y Derecho Penal: lecciones suizas», *El Diario* 6 marzo 2016. Disponible en: http://www.eldiario.es/contrapoder/Extranjeria-Suiza-Espana_6_491760820.html.

²⁸ Incluso algunos políticos socialdemócratas, como Robert Fico (Dirección-Socialdemocracia –SMER-SD–), Primer Ministro eslovaco, y su homólogo checo, Miloš Zeman (Partido de los Derechos Civiles –SPO–). Este último considera imposible la integración de la población musulmana en Europa por la diferencia cultural existente: «Dejadles tener su propia cultura en sus países de origen y no los traigáis a Europa; de lo contrario, esto terminará como Colonia» (cit. en Agence France-Presse, «Integrating Muslims into Europe is "impossible", says Czech president», *The Guardian* 18 enero 2016. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2016/jan/18/integrating-muslims-into-europe-is-impossible-says-czech-president>).

normas.²⁹ Lo más preocupante es que las instituciones europeas no están combatiendo de manera contundente este mensaje e, incluso, a la hora de diseñar normas o tomar decisiones políticas en materia de inmigración y asilo, adoptan la misma visión etnicista, lo que da lugar a una auténtica «xenofobia institucional».³⁰

Pero es que, además, en los países de la UE los inmigrantes son excluidos socialmente, jurídicamente discriminados y sometidos a un Estado de excepción permanente: no se les aplican reglas como la presunción de inocencia, la seguridad jurídica, el principio de legalidad, la igualdad ante la ley o el garantismo jurídico.³¹ Esta inexistencia política vuelve a los inmigrantes especialmente vulnerables, los convierte en súbditos –o, más bien, en esclavos– y de esta manera resultan todavía más útiles para la economía de los países de acogida: mano de obra barata, obligada a subsistir en condiciones de precariedad absoluta y cuya permanencia en Europa dependerá de que efectivamente contribuyan a la buena marcha del mercado y de que sepan mantenerse cuasi invisibles.

Tanto la legislación de los países miembros como la de la UE hacen una salvedad a este régimen de excepción: los refugiados,³² a quienes, en lugar del Derecho de extranjería de cada Estado miembro y las disposiciones comunes establecidas en Reglamentos y Directivas comunitarias, se les aplica el Derecho internacional.

Pues bien, cuando Europa ha tenido que enfrentarse a una llegada masiva de refugiados, no ha dudado en vulnerar los tratados internacionales en materia de asilo, las normas de la Unión sobre protección de refugiados y de garantía de los derechos humanos y las leyes internas acerca de los mismos asuntos. Más aún, el espacio de libre

²⁹ Naïr, Sami, *La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía, codesarrollo*, Barcelona, Círculo de Lectores/Galaxia Gutenberg, 2010, p. 134.

³⁰ Albiol, Marina, «La normalización del fascismo en Europa ante la llegada de refugiados», *Público* 3 febrero 2016. Disponible en: <http://blogs.publico.es/dominipublico/15746/la-normalizacion-del-fascismo-en-europa-ante-la-llegada-de-refugiados/>.

³¹ Lucas, Javier de, «Inmigrantes. Del estado de excepción al Estado de derecho», *Oñati Socio-Legal Series* 1 (3), 2011, pp. 4-7.

³² De acuerdo con la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, refugiado es «un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o un apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él» (artículo 2d).

circulación de personas ha saltado por los aires, puesto que varios países han reimplantado los controles fronterizos.

Esta manera de proceder ha supuesto el fin del régimen de asilo y, con ello, la distinción entre inmigrantes y refugiados se diluye.³³ La UE ha demostrado que los pobres que se mueven en este mundo globalizado están sujetos a un destino común, puesto que no dejan de constituir mano de obra barata y, como tal, sujeta al control gubernamental de los Estados europeos.³⁴ De este modo, los refugiados están sufriendo el mismo maltrato y discriminación que tradicionalmente se dispensaba a los migrantes, en particular a los clandestinos: las expulsiones colectivas sumarias ya se venían practicando, por ejemplo, en España con destino a Marruecos (un Estado que, al igual que Turquía, vulnera los derechos humanos de los extranjeros); la construcción de vallas en las fronteras serbo-húngara y austríaco-eslovena con el fin de impedir o dificultar el paso de las personas tampoco nos sorprende, teniendo en cuenta que obstáculos de ese tipo ya existían en Ceuta y Melilla o para separar Turquía de Bulgaria y Grecia; incluso la criminalización de la entrada irregular en Europa llevada a cabo por Hungría no representa una novedad, puesto que el delito de clandestinidad ya se encuentra tipificado en Italia.³⁵ Sin embargo, medidas como la incautación de bienes de valor a los refugiados adoptada en Dinamarca,³⁶ su identificación mediante pulseras rojas en Cardiff³⁷ o la señalización de sus hogares pintando de rojo las puertas (Middlesbrough y Stockton)³⁸ suponen ir un paso más allá. La crisis parece justificarlo

³³ El Acuerdo firmado con Turquía en marzo de 2016 habla de «migrantes», en lugar de utilizar la palabra «refugiados». Tal y como ha señalado Naïr, se trata de una trampa dialéctica que «quedará como emblema de la gran indignidad europea». Y es que se trata de refugiados, casi en su totalidad. Tras esa modificación terminológica se esconde una diferencia normativa esencial: a los recién llegados no se les aplicarán las convenciones internacionales en materia de asilo, sino «las leyes europeas, Schengen, Dublín y otros diez textos que les consideran como inmigrantes irregulares, clandestinos, casi invasores. Esa operación semántica (...) viola los principios afirmados tan solemnemente por la UE» (Naïr, Sami, *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*, Barcelona, Crítica, 2016, p. 98).

³⁴ Mezzadra, Sandro, *Derecho de fuga*, op. cit., p. 83.

³⁵ Legge 15 luglio 2009, n. 94, «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica» (*Gazzetta Ufficiale* n. 170 del 24 luglio 2009. Supplemento ordinario n. 128).

³⁶ Otero, Lara, «El Parlamento danés aprueba la confiscación de bienes a los refugiados», *El País* 26 enero 2016. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2016/01/26/actualidad/1453796798_630517.html.

³⁷ Taylor, Diane, «Asylum seekers made to wear coloured wristbands in Cardiff», *The Guardian* 24 enero 2016. Disponible en: <https://www.theguardian.com/uk-news/2016/jan/24/asylum-seekers-made-to-wear-coloured-wristbands-cardiff>.

³⁸ Pidd, Helen, «Asylum seekers' doors repainted in Stockton and Middlesbrough», *The Guardian* 26 enero 2016. Disponible en: <https://www.theguardian.com/uk-news/2016/jan/26/asylum-seekers-red-doors-repainted-stockton-middlesbrough>.

todo, hasta las vulneraciones masivas de derechos humanos y la condena a una muerte segura a miles de personas.

3. Las consecuencias derivadas de la gestión de los flujos migratorios en Europa

Esta manera de gestionar los flujos migratorios –y, más en concreto, los de refugiados– presenta al menos tres consecuencias negativas: la primera afecta a los que llegan; la segunda, a los ciudadanos de la UE y la tercera, al proyecto europeo en su conjunto.

Por lo que se refiere a los solicitantes de asilo, la política adoptada por la UE condena a millones de seres humanos a un sufrimiento terrible e innecesario, una auténtica tortura que podría evitarse de mediar la voluntad política necesaria. Si se concediesen visados humanitarios en origen o en el primer país limítrofe al que huyesen (a través de las embajadas y consulados de los Estados miembros en Turquía, Jordania, Líbano, etcétera), los refugiados viajarían en avión directamente al país de acogida, a un coste menor y sin jugarse la vida en el intento. No tendrían que depender de las mafias ni se verían abocados a morir en un naufragio. No recorrerían a pie miles de kilómetros, bajo el frío, la lluvia y demás inclemencias meteorológicas, ni permanecerían hacinados en campos de concentración a la espera de que la frontera se abriera para poder continuar su camino. No sufrirían la violencia policial, de grupos xenófobos, de traficantes de personas sin escrúpulos y un sinnúmero de calamidades adicionales. En este sentido, se puede afirmar que la UE es culpable de tortura, homicidio, agresiones, etcétera, al menos por omisión o en grado de complicidad.

Pero no solo eso. Determinados partidos políticos, algunos con responsabilidades de gobierno, y medios de comunicación se embarcaron en una campaña dirigida a justificar la vulneración del derecho de asilo. Ello incluyó desde la negación de que se tratase de auténticos refugiados –ya explicada en páginas anteriores– hasta la vinculación de los mismos con el terrorismo del Estado Islámico –particularmente, tras los atentados de París de noviembre de 2015–,³⁹ la delincuencia organizada (sucesos de

³⁹ El descubrimiento de un pasaporte sirio junto al cuerpo de uno de los terroristas que participaron en el atentado de París, cuyas huellas coincidían con las de un hombre que había cruzado la frontera griega en octubre de 2015, pareció confirmar la tesis de quienes alertaban acerca del peligro de que entre los refugiados viajasen terroristas infiltrados. No obstante, la autenticidad del pasaporte no se pudo

la Nochevieja en Colonia),⁴⁰ la propagación de enfermedades altamente contagiosas⁴¹ o el ataque a nuestros valores (contaminación islámica de Europa).⁴² Esta manera de proceder constituye un delito de incitación al odio y resultó tan eficaz que algunos grupos xenófobos se dedicaron a atacar a los recién llegados en varias ciudades europeas.

No obstante, y con esto entro en la segunda consecuencia negativa de la política europea de gestión de los flujos migratorios, la consideración de enemigo es susceptible de extenderse hasta alcanzar a determinados grupos dentro de la comunidad política. De este modo, habría enemigos internos que, desde el seno de la sociedad, la pondrían en peligro. El estado de excepción permanente aplicado a los enemigos externos –primero

confirmar –solo la coincidencia entre las huellas del pasaporte y las de un hombre que había llegado a la isla de Leros, pasando luego por Macedonia, Serbia, Croacia y Austria, para terminar finalmente en Francia– y, por tanto, tampoco que el kamikaze fuera sirio. Posteriormente, la policía serbia arrestó a otro hombre que portaba un pasaporte con los mismos datos, aunque distinta foto, lo que puso de manifiesto el tráfico de pasaportes falsos en circulación y sembró dudas acerca del hecho de que uno de los terroristas utilizara la ruta de los Balcanes para llegar a Francia.

⁴⁰ Durante la Nochevieja de 2015 más de mil mujeres denunciaron haber sufrido agresiones sexuales y robos en las inmediaciones de la estación de Colonia (Alemania). Según las primeras declaraciones policiales, los agresores serían en torno a un millar de hombres con apariencia árabe o norteafricana. Esto hizo recaer la sospecha sobre los refugiados, en un momento en que la canciller alemana Angela Merkel mantenía en solitario la política de puertas abiertas, con fuerte oposición incluso dentro de su propio partido. Los sucesos, sin embargo, se encontraban plagados de puntos oscuros: salieron a la luz tres días después de que acontecieran, las denuncias se iban interponiendo a cuentagotas, la actuación de los agentes fue más que cuestionable –de hecho, el jefe de policía de Colonia resultó destituido– y los ataques se repitieron en otras ciudades alemanas, aunque a menor escala. Los hechos despertaron gran indignación entre la población alemana y las manifestaciones y declaraciones xenófobas se sucedieron. Tanto es así, que Merkel viró totalmente su política y de la *Willkommenskultur* pasó a una cultura del rechazo a los refugiados, llegando incluso a pedir ayuda a la OTAN para contener su llegada. El avance de las investigaciones, no obstante, reveló que solo 3 de los 58 detenidos en Colonia eran refugiados. Pero el daño ya estaba hecho: el «seísmo político» –en expresión de Tertsch, Hermann, «La "Nochevieja de Colonia" presagia un seísmo político en Alemania», *ABC* 10 enero 2016. Disponible en: http://www.abc.es/internacional/abci-nochevieja-colonia-presagia-seismo-politico-alemania-201601101054_noticia.html– se trasladó del país germano al resto de Europa, poniendo fin al «retórico discurso del *Welcome Refugees*» e inaugurando el «realismo de la política anti-refugiados» (Ntutum Sanchis, Fernando, «De la retórica del "Welcome Refugees!" a la realpolitik del "Help me, OTAN!"». *Blog Al revés y al derecho* 12 febrero 2016. Disponible en: <http://alrevesyalderecho.blogspot.com/?p=4204>).

⁴¹ Este mensaje se transmitió en diversos países europeos de la mano de partidos de ultraderecha, como el Partido Nacional-demócrata de Alemania (NPD), e incluso de médicos (Gutteridge, Nick, «UK next? Doc's warn AIDS TB and diseases eradicated generations ago brought in by migrants», *Express* 28 octubre 2015. Disponible en: <http://www.express.co.uk/news/world/614793/German-hospital-refugees-asylum-seekers-migrants-demand-breaking-point>).

⁴² La revista polaca *wSieci* sacó un ejemplar a mediados de febrero de 2016 donde aparecía en portada la imagen de una mujer rubia de piel clara vestida con una bandera de la UE, a la que acosaban y manoseaban hombres de piel oscura. El titular era más que significativo: «Violación islámica de Europa». En la contraportada, la misma joven huía de los hombres que trataban de arrancarle la bandera con la que cubría su cuerpo. Por si a alguien le quedaban dudas, el texto del artículo hacía referencia a los ataques sexuales de Colonia. Disponible en: <http://vehaber.org/files/news/default/wsieci-avrupaya-islamintecavuzu49a43fd6bb6c9d38ae49.jpg>.

inmigrantes, pero ahora también refugiados– sería susceptible de ser ampliado hasta incluir a determinados ciudadanos *díscolos*. Y es que la degradación de las condiciones de la democracia y el Estado de derecho produce un efecto de pendiente resbaladiza: la introducción de una excepción en el respeto y garantía de los derechos humanos que, por definición, son universales –para los inmigrantes–, con el tiempo se consolida y, lo que en algún momento pareció aberrante –construcción de vallas con concertinas, expulsiones en caliente, empleo de la fuerza para evitar el cruce de fronteras, incluso con peligro de muerte–, llega a convertirse en *natural* y pasa a integrar el imaginario colectivo. Una vez normalizada la situación para los inmigrantes, ¿qué impide que el mismo comportamiento se muestre con otros extranjeros, solicitantes de asilo sí, pero diferentes a *nosotros* y constitutivos de una potencial amenaza? Eso es lo que está ocurriendo actualmente en Europa.

El siguiente paso, el empleo del estado de excepción permanente en contra de miembros rebeldes de la comunidad política, se encuentra en pleno proceso de desarrollo. Un buen ejemplo de ello lo constituye en España la vigente Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana,⁴³ que limita de manera drástica el derecho a la libertad de expresión. Un derecho que se ve socavado también por actuaciones judiciales tan cuestionables como el encarcelamiento de los dos titiriteros acusados de enaltecimiento del terrorismo,⁴⁴ la presentación de cargos por el mismo delito contra

⁴³ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

⁴⁴ El 5 de febrero de 2016 la compañía de teatro «Títeres desde abajo» representó en Madrid la obra *La bruja y don Cristóbal*. La representación, polémica entre algunos de los asistentes, se saldó con la detención de los actores integrantes de la compañía, Alfonso Lázaro y Raúl García. Ambos fueron acusados de un delito de enaltecimiento del terrorismo, tipificado en el artículo 578 del Código Penal (CP) y de otro cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución, regulado en el artículo 510 CP. El Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 2 de la Audiencia Nacional, de 6 de febrero de 2016, acordó la prisión provisional de los artistas. La acusación de enaltecimiento del terrorismo se basaba en que uno de los guiñoles portaba en un momento de la obra un cartel con la leyenda «Gora Alka-ETA». De acuerdo con el Auto, «obviamente, concurren los presupuestos exigidos por el Tribunal Supremo, para llegar a la conclusión de que efectivamente los hechos (...) [descritos] constituyen un delito de terrorismo, pues tal hecho supone enaltecer o justificar públicamente los delitos terroristas cometidos, no solo por la organización terrorista ETA, sino también por Al-Qaeda» (FJ 2.º). Además del absurdo que supone confundir ficción (obra de títeres) con realidad (hechos constitutivos de delito), la obra representada no fue comprendida por la Policía ni por el fiscal ni por el juez Ismael Moreno: no se hacía apología del terrorismo alguna, sino que se pretendía denunciar que algunos Estados emplean el terrorismo como arma política con la que eliminar cualquier disidencia interna. Y, de manera premonitoria, *La bruja y don Cristóbal* anunció lo que luego les ocurriría a los artistas que la representaron con sus guiñoles.

Finalmente, el Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 2 de la Audiencia Nacional, de 28 de junio de 2016, acordó el sobreseimiento provisional de la causa abierta por el delito de enaltecimiento del terrorismo, remitiendo las actuaciones al Juzgado de Instrucción n.º 46 de Madrid, que conocería del otro

numerosos tuiteros⁴⁵ o la eventual prohibición de los memes políticos, tal y como recientemente ha propuesto el PP.⁴⁶ De este modo, manifestantes, activistas políticos, miembros de partidos de izquierdas y todo aquel que no encaje en la categoría de esa «mayoría silenciosa»⁴⁷ tan cara al gobierno son susceptibles de convertirse en los nuevos enemigos.

El último efecto negativo de la política migratoria y de asilo apunta a nuestras instituciones políticas: la vulneración de los derechos humanos de inmigrantes y refugiados, así como la restricción de libertades básicas de los ciudadanos, suponen una degradación absoluta de la calidad democrática de los Estados de derecho europeos. Como señala De Lucas, no estamos ante una crisis de refugiados, sino que es el proyecto europeo mismo el que hace aguas.⁴⁸ Con los solicitantes de asilo, se ahoga nuestra civilización en esa fosa común en que se ha convertido el Mediterráneo. Ello

delito. Por Auto de 5 de enero de 2017, este Juzgado también archivó la causa pendiente por el delito del artículo 510 CP.

⁴⁵ Por citar solo un ejemplo reciente, véase la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 18 de enero de 2017, que condena a César Strawberry, cantante y letrista del grupo Def Con Dos, por un delito de enaltecimiento del terrorismo a la pena de 1 año de prisión. La condena se basa en seis tuits, recogidos en los Antecedentes de Hecho de la sentencia (apartado primero) –a donde remito–, que «no pasan de ser meros exabruptos sin mayor recorrido (...), pues carecen, por su propia morfología y por razón del contexto y del fin, de la menor posibilidad y *conexión práctica* con algún tipo de actores y de acciones técnico-jurídicamente susceptibles de ser consideradas terroristas. En cualquier caso, pero más en el momento de nuestro país en que fueron escritas y difundidas» (Perfecto Andrés Ibáñez, voto particular a la STS de 18 de enero de 2017).

El momento al que alude el magistrado corresponde al fin del terrorismo de ETA, organización que el 20 de octubre de 2011 anunció el abandono definitivo de la lucha armada. Sin embargo, y de manera sorprendente, el número de procesos judiciales por enaltecimiento del terrorismo ha crecido exponencialmente desde 2012 (Torrús, Alejandro, «Los juicios por enaltecimiento del terrorismo se quintuplican desde el final de ETA con el PP en el Gobierno», *Público* 11 febrero 2016. Disponible en: <http://www.publico.es/politica/audiencia-multiplica-cinco-numero-sentencias.html>; Montero Román, Jaime, «El delito de enaltecimiento del terrorismo: tres reflexiones y una advertencia», *Diagonal* 11 julio 2016. Disponible en: <https://www.diagonalperiodico.net/libertades/30955-delito-enaltecimiento-del-terrorismo-tres-reflexiones-y-advertencia.html>).

⁴⁶ Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, relativa al régimen de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* n.º 43, de 3 de noviembre de 2016, pp. 10-11).

⁴⁷ El 25 de septiembre de 2012 (25-S) se convocó una manifestación en Madrid bajo el lema «Rodea el Congreso». La intención de los manifestantes era congregarse en las inmediaciones del Congreso de los Diputados, a lo largo de todas las calles circundantes, para protestar contra las medidas de austeridad impuestas por el Partido Popular, que gozaba de mayoría absoluta en la Cámara baja. Mariano Rajoy, que estaba ese día en Nueva York, declaró: «permítanme que haga aquí en Nueva York un reconocimiento a la mayoría de españoles que no se manifiestan, que no salen en las portadas de la prensa y que no abre los telediaros» (cit. en González, Miguel, «Rajoy rechaza el 25-S y alaba a la «mayoría silenciosa que no se manifiesta»», *El País* 27 septiembre 2012. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2012/09/26/actualidad/1348685176_244661.html).

⁴⁸ Lucas, Javier de, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 21.

representa un «derrumbe cultural identitario solo comparable a la tragedia vivida por los propios refugiados».⁴⁹

Contra lo que predica la ultraderecha, la cultura e identidad europeas no peligran por la llegada de cientos de miles de sirios o iraquíes de religión musulmana: la mayor amenaza que se cierne sobre Europa no procede del exterior, sino que nace de su propio seno.⁵⁰ Tengámoslo en cuenta si queremos reconstruir el proyecto europeo para que verdaderamente simbolice democracia y respeto a los derechos humanos.

Datos de contacto: payerolucia@uniovi.es

⁴⁹ Naïr, Sami, *Refugiados*, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁰ De manera muy gráfica, decía Ribes: «la falta de preocupación por instaurar mecanismos democráticos y por construir una Unión Europea capaz de ser admitida en la Unión Europea ha ido generando un desprecio también interno con respecto a los principios que deben regir en los Estados miembros. Esta Europa es, claramente, un problema y una amenaza tanto para el resto del mundo como para nosotros mismos. La situación ahora mismo es grave y alarmante, pero lo que estamos viendo en los últimos años parece indicarnos que, si no rectificamos estas dinámicas, lo que está por venir puede ser todavía peor». Ribes, Alberto J., «Europa como problema», *El Diario* 4 febrero 2016. Disponible en: http://www.eldiario.es/contrapoder/europa_problemativa_6_480911939.html.

DILEMAS MORALES Y LEGITIMIDAD FRENTE AL ESTADO DE DERECHO
(MORAL DILEMMAS, LEGITIMACY AND THE RULE OF LAW)

Iris Yanara SUENAGA OLMEDA*

Resumen:

Toda sociedad que responde a un Estado de Derecho, se enfrenta a controversias de orden jurídico, las cuales en ocasiones por su propia complejidad se tornan a dilemas morales, que como práctica social se pueden convertir en un factor determinante que legitime las decisiones, la autoridad y el sistema del propio Estado. Por tal motivo, este trabajo reposa en el estudio e interacción entre los conceptos: Estado de Derecho, legitimidad y dilemas morales. Así, las principales líneas argumentativas giran en razón de la Filosofía Moral consecuencialista y los factores determinantes de un Estado de Derecho contemporáneo de corte liberal, allegándonos de los elementos necesarios para responder a la pregunta: ¿En qué medida la legitimidad de un Estado se ve inmersa en la moral?

Palabras claves:

Filosofía moral, Estado de Derecho, Liberalismo, Dilemas Morales, Legitimidad.

Abstract:

Every society living under a rule of law faces legal controversies which, on occasions, can turn into moral dilemmas in light of their inherent complexities. As a social practice, they can become a determinant factor legitimizing the decisions, authority and even the whole system of the State. Against this backdrop, this paper deals with a study on the interaction between the following concepts: rule of law, legitimacy and moral dilemmas. The main line of argumentation revolves around consequentialist moral philosophy and the determinant factors of a contemporary rule of law, dealing with the elements required to respond to the question: To what extent is a State's legitimacy immersed in morality?

Keywords:

Moral Philosophy, Rule of Law, Liberalism, Moral Dilemmas, Legitimacy.

*Estudiante de Maestría en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Facultad de Derecho, suenagayanara@gmail.com.

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Legitimidad y concepción del Estado de Derecho*; III. *Dilemas morales: ¿Una única solución?*; IV. *Contrargumentos morales en el Estado de Derecho*; V. *Conclusiones*, VI. *Fuentes de Consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

Las pretensiones de estas páginas son ubicar las diversas causas que originan que el ejercicio de derechos y obligaciones produzcan dilemas morales frente a un Estado de Derecho (ED) y, las posibles consecuencias que genera en su legitimidad. Por lo que el proyecto de investigación está centrado en responder a: ¿Cómo se manifiestan los dilemas morales en un ED y cómo este responde a los mismos? Estudiando sus causas, consecuencias e implicaciones de carácter legítimo. Es por ello que la filosofía moral desde la teoría consecuencialista, el neo-constitucionalismo, el positivismo jurídico incluyente y el liberalismo, serán parte fundamental de la metodología que argumenta este trabajo.

Entendiendo por dilemas morales, aquellas situaciones en donde entran en conflicto dos o más aspectos valorativos, los cuales cobran relevancia en un ED, cuando se busca resolverlos mediante una decisión jurídica, justificada moralmente. En este sentido, la filosofía moral tiene un importante papel en lo que aquí corresponde, pues a través de ella se procura alcanzar un entendimiento sistemático de la naturaleza de la moral y de su repercusión jurídico-social en el Estado.

El interés de este trabajo, es a partir de un reconocimiento de los criterios morales que están ocupando en las decisiones emitidas por los ED, ejemplo de ello tenemos la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud de la Ley Francesa 2010-1192, sobre la prohibición del uso en público de velos que cubran todo el rostro¹ (en adelante «Ley de Francia»); en casos como este, el discurso moral comienza a ser tomado en cuenta, por la trascendencia que pueda llegar a tener para justificar su legitimidad. Todo ello, tiene implicaciones directas en los grandes intentos por responder a preguntas tales como: ¿Es acaso lo «jurídicamente debido», lo «moralmente correcto»?; ¿Cómo un ED debe responder jurídicamente?, ¿Qué es lo «moralmente correcto»?; ¿Resolver moralmente es dar la espalda a los fines del ED?

¹ Cfr. Ley 2010-1192 en: <https://goo.gl/oETRbm> consultado en agosto 2016.

Evidentemente, los argumentos utilizados para justificar estas respuestas, variarán y tomarán giros distintos, dependiendo la postura que se tenga ante las mismas, de tal manera que aquí nos limitaremos a aquello que pertenezca y que de constancia únicamente dentro del concepto de ED de corte liberal.

Dicho lo anterior, podemos dar cuenta que el tema de estudio exige establecer diferencias y semejanzas entre dos objetos, que son por un lado los dilemas morales y por el otro el ED, paralelo a un análisis conceptual, nos concentraremos en definir el vínculo que entre ellos existe, y los argumentos colaterales que emanan entre los mismos, para dar constancia a la legitimidad que todo concepto de ED exige.

II. LEGITIMIDAD Y CONCEPCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

Tenemos que un sistema jurídico, seres humanos con libertad de ejercicio, práctica de derechos y obligaciones, territorio, soberanía y el conjunto de autoridades que operan ese sistema, es aquello que permite establecer un ED. Un *Estado de Derecho*, por el reconocimiento y ejercicio de un régimen normativo, *Constitucional* por la incorporación de principios y derechos fundamentales como límites y vínculos tanto para el poder Ejecutivo, Judicial y Legislativo,² y *Liberal* porque se tiene como valor principal a la libertad, así también un ideal humano, tanto individual como social.³ Todos estos sustantivos para la operatividad del Estado, en donde la legitimidad toma un papel importante, pues a través de ella se exige que el orden jurídico debe ser justo para acatarlo.⁴ Así mismo la concepción del ED, se caracteriza por la observancia de las exigencias sociales, y no únicamente en las pretensiones de la autoridad Estatal, concibiéndose a la ley como –un– instrumento de garantía de los derechos.⁵

Siguiendo el fundamento de Rawls, tanto las instituciones como el derecho, para poder ser legítimos, deben de ir de la mano en salvaguarda de los principios de libertad y de igualdad.⁶ Lo cual, en ocasiones se torna a resonancias morales, es decir, llega el punto en

² Ferrajoli, Luigi, «*El papel de la función judicial en el Estado de Derecho*», Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho, México, IJ-UNAM, 2005, p. 89.

³ Berlin, Isaiah, *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria.*, trad. Ángel Romero, 2.^a ed. Madrid, Alianza, 2014, p. 189.

⁴ *Ibidem*, p. 247.

⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Ed. 10.^a ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011, p. 22.

⁶ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2.^a ed., trad. de María Dolores González, México, FCE, 2015.

donde las controversias jurídicas terminan siendo un enigma moral, por las características de los elementos que la componen.

Así pues, tenemos que uno de los principales elementos a esta concepción de ED, es la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes.⁷ Por otro lado, como miembros de una sociedad, estamos rodeados de diferentes maneras de expresión, lo que nos lleva a un ejercicio jurídico-político de suma interacción, y dicho motivo exige una atención a la solución de conflictos de manera particular, en este sentido «La Ley», se torna como un arma de doble filo, pues es ese instrumento que limita de alguna manera el actuar resolutivo de los operadores jurídicos, frente a dilemas de tinte moral.

La cuestión es ¿Acaso las leyes *deben* de tener la respuesta a toda controversia jurídica? En lo que a mi corresponde, considero que las leyes no *pueden* –por sí mismas– ofrecer a toda controversia la solución más pertinente, puesto que en ocasiones es necesario ir más allá, rompiendo con las barreras formalistas y pensar en las posibles consecuencias que se puedan generar si se ignora otro tipo de prédica, como la cuestión derecho/moral, en donde haciendo una distinción analítica de los mismos, se logra hacer una incorporación al sistema jurídico con contenidos de carácter legítimo, sin aislar los aspectos morales.

III. DILEMAS MORALES: ¿UNA ÚNICA SOLUCIÓN?

Hablar de solución a un dilema moral, ¿Implica emplear únicamente la razón?, si es el caso, ¿Quién determina esas razones?, ya que todas las circunstancias morales son cambiantes; es por ello que no es factible hablar de una moral estática, pues nuestras acciones son aprobadas o rechazadas moralmente hablando. En este sentido resulta insuficiente generalizar (universalizar) la moral, tenemos una moral compartida, pero el compartir algo no lo hace único y absoluto. Aquí la importancia de la virtud, vista como el ejercicio de elecciones, en que la conservación de una lealtad implique la renuncia aparentemente arbitraria a otra, lo cual deriva de la elección individual.⁸

Partiendo del sistema jurídico de un ED, indirectamente se nos induce a adoptar determinado tipo de decisiones frente a controversias de carácter moral, pues la propia sistematización de las normas nos exige crear modelos inconscientemente de posibles decisiones, pero hay casos en los que es menester optar por otro medio para sustentar su

⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p., 37.

⁸ MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, trad. de Amelia Valcárcel, Barcelona, Espasa, 1987, p. 250.

legitimidad, como son los argumentos morales. ¿Existe algún imperativo que nos exija resolver de tal o cual manera?, siendo así ¿Debemos limitarnos a solo responder basándonos en ese imperativo? La respuesta es: no, pues todo dependerá del caso en particular.

En este sentido considero que no podemos valernos siempre de los mismos elementos para argumentar la solución de un dilema moral. A lo que quiero llegar con ello es que, siempre habrá factores objetivamente determinantes que hagan una necesaria distinción al momento de tener que decidir y ello hará que se modifique nuestra justificación. Ahora bien, ¿En qué momento resulta relevante un dilema moral, en el discurso jurídico? Pues es innegable que todo ED se ha visto en la necesidad de voltear a ver argumentos de contenido moral, ya que las características de algún caso en concreto, lo ha exigido.

Comentábamos al inicio de este trabajo la «Ley de Francia», en ella existe una pugna de aspectos morales, por un lado, desde la posición del gobierno francés, ya que justifica su decisión con apego a los principios de seguridad y salvaguarda; por otro, se encuentra la libertad de profesar una religión, libertad expresión y derecho a la propia imagen. De tal manera, se ve reflejado que cualquier inclinación que se tenga en este ejemplo, sus justificaciones (además de jurídicas) invariablemente son de contenido valorativo y moral, por lo que dependiendo la posición que se tenga frente al mismo, la solución será justificada con argumentos diversos; consecuentemente, no existe una única solución a los dilemas morales, su multiplicidad de reparaciones es tan diversa y compleja como la propia variedad de dilemas morales que se puedan presentar en un ED.

IV. CONTRARGUMENTOS MORALES EN EL ESTADO DE DERECHO

El problema del *Universalismo* en un ED es que rescata la trascendencia de la resolución de una controversia, para hacerlo relevante en otra con características similares. Por ejemplo, tenemos dos controversias que comparten el mismo resultado: $(a+b)=X$ y, el segundo $(z-y)=X$. Podemos dar cuenta que los elementos particulares que dan X son distintos, e implican otra operación, entonces: ¿Debo de aprobar una acción simplemente porque tiene las mismas características? De tal suerte que no podemos limitarnos a estructuras medianamente establecidas, como lo pretenden el *Universalismo*, porque se tergiversan los significados.

Por lo pronto, hay que indicar que al lenguaje moral pertenecen aquellas palabras y conjuntos de oraciones que se refieren de una determinada manera, es decir, «prescriptivamente», a las acciones humanas. Por medio de expresiones lingüístico-morales, normalmente alguien manifiesta que considera que determinadas acciones, formas de comportamiento y también personas, son «moralmente buenas» o «moralmente malas».⁹ Los medios de expresión utilizados son, en este caso, predicados valorativos morales y juicios de valor, mandatos y prohibiciones, como así también, argumentos a través de los cuales ha de ser defendida la validez de una valoración o el carácter obligatorio de una norma aceptada como válida,¹⁰ y concebida como legítima en un ED.

V. CONCLUSIONES

No se puede negar la importancia del debate en torno a los dilemas morales y el carácter institucional que de ellos emana, de tal manera que, para brindar una solución legítima a los dilemas morales generados en un ED, se debe de recurrir a aspecto valorativos y a la intelección moral, la cual consta de aquel conocimiento o, saber sobre el que se basa una valoración adecuada, de lo que es moralmente bueno o malo.¹¹

Es por ello que, definiciones tales como moral y ética en un sistema jurídico, nos brindan únicamente los parámetros para decidir frente a un caso en concreto, de tal manera que solo faltará prestar atención a los elementos particulares de cada hecho en sí. Por lo tanto, concluyo que para aproximarnos a una mejor toma de decisión de un dilema moral, el *Consecuencialismo* nos vincula de una manera más imparcial y objetiva a la «correcta» decisión, sin recurrir estricta y exclusivamente a justificaciones normativas, por supuesto que, tratándose de dilemas morales con relevancia jurídica, se procurarán fundamentos legales, y para suponer una legitimidad trascendental se debe de tener un criterio más diverso, logrando identificar todos aquellos elementos que exijan ser atendidos de forma independiente, tanto por el Estado como por la sociedad, pues la legitimidad se obtiene por ambas vías.

⁹ Craemer-Ruegenber, Ingrid, *Lenguaje moral y moralidad*, Buenos Aires, Alfa, 1976, p. 13.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 13-14.

¹¹ *Ibidem*, p. 14.

Por último me gustaría hacer énfasis en la importancia que me parece deben de tener todos los elementos que rodean a determinado hecho, aquellos elementos únicos que lo justifiquen y motiven un actuar determinado, con el fin de evitar caer en generalizaciones superfluas, es decir, necesitamos reconocer los elementos ontológicos de los dilemas morales, ejercer virtuosamente la prudencia y tomar en serio todos los elementos. Pues siempre existirán límites, y este solo se puede reconocer bajo un umbral de la prudencia, ya que no todos percibimos de la misma manera, y esto nos puede llevar al mundo de subjetivismo, aun formando parte de un sistema acorde con un ED, este promueve la igualdad de derechos de todas las personas,¹² y en esta medida el albedrío para ejercerlos, por lo que invariablemente la problemática que de ellos emane será tan diversa como la legitimidad que percibe una sociedad de un Estado.

VI. FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

BERLIN, Isaiah: *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria.*, trad. Ángel Romero, 2.^a ed., Madrid, Alianza, 2014, pp. 199, ISBN:978-84-206-8971-5

CRAEMER-RUEGENBER, Ingrid: *Lenguaje moral y moralidad*, Buenos Aires, Alfa, 1976, pp. 165.

FERRAJOLI, Luigi: «El papel de la función judicial en el Estado de Derecho», *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, IJ-UNAM, 2005, pp. 87-105, ISBN: 970-32-2662-0

MACINTYRE, Alasdair: *Tras la virtud*, trad. de Amelia Valcárcel, Barcelona, Espasa, 1987, pp. 350, ISBN: 978-84-8432-170-5

RAWLS, John: *Teoría de la justicia*, 2a ed., trad. de María Dolores González, México, FCE, pp. 531, ISBN: 978-968-16-4622-6

¹² Salazar Ugarte, Pedro, *Democracia y (cultura de la) Legalidad*, México, Instituto Federal Electoral, 2006, p. 47.

SALAZAR UGARTE, Pedro: *Democracia y (cultura de la) Legalidad*, México, Instituto Federal Electoral, 2006, pp. 56, ISBN: 970-695-120-2

ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil*, 10a ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011, pp. 156 ISBN: 978-84-8164-071-7

Mesografía

LEY 2010-1192 en: <https://goo.gl/oETRbm>.

**HABEAS DATA: DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE DATOS
PERSONALES Y SU TUTELA EFECTIVA**

***HUMAN RIGHT TO THE PROTECTION OF PERSONAL DATA AND THEIR
ENFORCEMENT***

Cecilia CÁRDENAS DÁVALOS¹

Programa de Posgrado de Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México

Sumario: I. Introducción II. Protección de Datos Personales III. Regulación actual de Protección de Datos Personales IV. Objeto de la Protección de Datos Personales V. Habeas Data y Datos Personales VI. Regulación Internacional en materia de Protección de Datos VII. Propuesta VIII. Bibliografía

Resumen: El continuo desarrollo del binomio civilización-tecnología, ha propiciado el establecimiento de normas fundamentales y la creación de mecanismos tendientes a garantizar la protección al Derecho Humano de *Habeas data*. La lucha por el reconocimiento, regulación, protección y oposición de Datos Personales, ha estado presente tanto en el ámbito Nacional como en el Internacional, toda vez que, implica la protección a la vida privada de las personas, muestra de ello es la creación de la Red Iberoamericana de Protección de Datos, de la cual el Estado Mexicano forma parte, así como las Directrices sobre la protección de la privacidad y flujo de datos transfronterizos de datos personales.²

Palabras clave: Derechos Humanos, Habeas Data y Datos Personales.

Abstract *The continuous development of the binomial civilization - technology have led to the establishment of basic standards and the creation of mechanisms to ensure the protection of the Human Right of Habeas Data. The struggle for recognition, regulation, protection and*

¹ Maestra en Derecho, Posgrado de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México, cecilia.cardenas01@gmail.com y ceciliacardenas1@hotmail.com.

² Véase Directrices sobre la Protección de la Privacidad y Flujo Transfronterizo de Datos Personales, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos de 1980. Disponible en <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf>. Consultado el 8 de marzo de 2017.

opposition of personal data, has been present both nationally and internationally, since it involves the protection of privacy of individuals, example of this is the creation of the Ibero-American data Protection Network, which is part of the Mexican State, as well as the Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.

Key words: *Human Rights, Habeas Data and Personal Data.*

I. Introducción

La propuesta que se presenta, forma parte de las reformas en Materia de Transparencia, Acceso a la Información³ y Protección de Datos Personales,⁴ mismas que han dado origen a la reestructuración del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, cuyo eje rector es la protección de datos personales en posesión de los particulares, así como el intercambio transfronterizos de los mismos y la protección de la privacidad en las redes globales.⁵

La protección de datos personales, surge con la finalidad de garantizar que las organizaciones, públicas o privadas, que recaben datos sobre una persona, no los utilicen con fines distintos para los que originalmente fueron recabados, debiendo para ello contar con el consentimiento expreso de su titular, a fin de no trasgredir otros derechos y libertades.

En tal contexto, el binomio de Derechos Humanos y *Habeas data* se encuentran vinculados en razón de que los datos personales son considerados Derechos Humanos, mismos que deben ser reconocidos y protegidos por el Estado Mexicano, debiendo para ello establecer mecanismos tendientes a garantizar su tutela efectiva.

³ Decreto por el que se expide la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, de fecha 4 de mayo de 2015, mismo que puede ser revisado a través del siguiente link: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5391143&fecha=04/05/2015. Consultado: 25 de junio de 2016.

⁴ Decreto por el que se expide la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, de fecha 26 de enero de 2017. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5469949&fecha=26/01/2017. Consultado el 8 de marzo de 2017.

⁵ *Cfr.* Declaración Ministerial sobre la Protección de la Privacidad de las Redes Globales de 1998, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Disponible en <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf>. Consultado el 8 de marzo de 2017.

Por tales razones, considero que en México debe de existir un Tribunal de Habeas, para la protección judicial y defensa por parte de los particulares en relación con la divulgación de información que se relacionen con su buen nombre, su intimidad personal, familiar y su honra, dando así, seguridad y certeza jurídica a los titulares de dichos datos.

Para efectos de lo anterior, es necesario partir del estudio y síntesis de la teoría que se escribe en torno a los Derechos Humanos, *Habeas data* y datos personales, así como el estudio comparativo en la legislación de la Unión Europea, así como las sentencias de su Tribunal.

II. Protección de Datos Personales

El reconocimiento del derecho a la protección de datos personales es relativamente moderno y transversal a la Revolución 4.0, en específico, al desarrollo tecnológico y sistematización de información informatizada. En la década de los ochenta los avances tecnológicos comienzan a permitir que la recogida, almacenamiento y utilización de datos personales (su tratamiento) se lleve a cabo de una forma antes inimaginable.

El aumento del número de ordenadores personales, así como su mejora técnica y la conexión entre ellos propician que se puedan almacenar un mayor número de datos personales, que se produzca con más facilidad la movilidad de los mismos, y por lo tanto, que las posibilidades de su conocimiento por terceros, también sean mayores.⁶ Situación que implica garantizar un correcto control de acceso a los sistemas, datos y procesos asociados a estos, mediante esquemas de Identificación, Autorización, Autenticidad y Auditabilidad (IAAA).

A diferencia de lo acontecido con otros derechos fundamentales cuyo desarrollo se produjo paralelamente en el ámbito de Europa y Estados Unidos, el derecho a la protección de datos⁷ de

⁶ Arenas Ramiro, Mónica. *Protección de Datos Personales*, España, editorial Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, 2015, pp. 83-84.

⁷ Los datos personales son aquellos que se refieren a cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable. Se considera que una persona es identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente a través de cualquier información (artículo 3 fracción IX de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los particulares –LGDPPSO–). Entiéndase por datos personales sensibles, a aquellos que se refieran a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para este. De manera enunciativa más no limitativa, se consideran sensibles los datos

carácter personal tiene un origen marcadamente europeo. El desarrollo de los primeros estudios en esta materia y la adopción de las primeras legislaciones de protección de datos tienen lugar en Europa, cuyo origen es el derecho a la intimidad.⁸

El avance tecnológico ha originado que en la actualidad se hable de sociedad de la información, cuyos servicios cubren también aquellos consistentes en transmitir datos a través de una red de comunicación o albergar información facilitada por el destino del servicio, es decir, la transferencia de información que ocurre cuando se proporcionan datos personales para un determinado fin o uso.⁹

En este contexto, la protección de datos personales, al ser un derecho humano, requiere de la tutela efectiva del Estado Mexicano, ello ante la vulnerabilidad en la que se encuentran las personas frente a corporaciones –públicas y privadas– y ante un mundo digitalizado e informatizado, atendiendo a la Estrategia Digital Nacional,¹⁰ de la que México forma parte (e-México), como integrante de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

En este sentido, toda persona se ubica en una constante de exposición pública y virtual, en la que terceros pueden recabar, transformar y vender sus datos personales, sin consentimiento del titular, situación en la que le corresponde al Estado proteger el buen nombre, la privacidad y la honra de la persona.

personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente o futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas y preferencia sexual (artículo 3 fracción X de la LGPDP).

⁸ Si bien es cierto que las primeras legislaciones de protección de datos aparecen en Europa, también lo es que el derecho a la intimidad ya se había dado a notar en el artículo de Warren y Brandeis titulado «The Right to Privacy». Publicado en *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 1890. Disponible a través del siguiente link. <http://www.english.illinois.edu/-people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>, consultado el 12 de julio de 2016.

⁹ Téllez Carvajal Evelyn. *Derecho y Tic. Vertientes actuales*, Ciudad de México, editorial UNAM-IIIJ, 2016, pp. 6-7.

¹⁰ En México existe la Estrategia Digital Nacional como Plan de Acción tendiente a construir un México Digital en el que la tecnología y la innovación contribuyan a eficientar los servicios a cargo del Estado, situación que implica la recolección y tratamiento de grandes datos dentro del ciberespacio. Véase la Estrategia Digital Nacional, Disponible en: <http://www.gob.mx/presidencia/acciones-y-programas/estrategia-digital-nacional-15899>. Consultada 26 de junio de 2016.

Las violaciones a la esfera de la vida privada, en su mayoría se cometen en el ciberespacio, lo cual implica que los datos inherentes a una persona, bajo la calidad de usuario o internauta, conformen una red de información, misma que puede ser utilizada o manipulada por otro u otros usuarios que se encuentran en cualquier parte del planeta tierra; pero lo más preocupante es cuando esos usuarios o internautas son menores de edad y no existe mecanismo alguno (en términos jurídicos) que los proteja.

En Occidente, existe una incertidumbre y poca certeza respecto al manejo, procesamiento y protección de datos personales, cuando se navega en el ciberespacio, tal y como se desprende de una encuesta realizada por la Agencia de Seguridad Nacional, en la que empresas como Google, Facebook, Microsoft, Seagate e IBM, hacen uso indebido de los datos personales de los internautas.¹¹

Así todo, si bien es cierto que nuestra Constitución Federal,¹² en su artículo 6 establece el derecho de acceso a la información y la protección de datos personales, también lo es que en su artículo 16, párrafo segundo, se refiere a los derechos de actualización, rectificación, corrección y oposición (ARCO), lo cual resulta confuso, en virtud de que estamos en presencia de temas, que si bien se relacionan entre sí, son de naturaleza distinta.

Los preceptos constitucionales antes señalados, reconocen los derechos de acceso a la información y protección de datos, sin precisar los límites y alcances entre acceso a la información, protección de datos y derechos ARCO; es decir, estamos frente a una regulación de varios derechos correlacionados por la información.

En este contexto, la inclusión del *Habeas data* dentro de la Constitución ayudaría a la correcta redacción de las leyes secundarias en la materia, evitando la dispersa regulación sobre datos personales, intimidad y honra, así como el establecimiento de la autoridad encargada de resolver conflictos que se susciten no solo entre los titulares de los datos frente a sujetos obligados, sino también entre particulares.

¹¹ Cfr. Encuesta realizada por la Agencia de Seguridad Nacional, del 20 de marzo al 9 de abril de 2015, en Alemania, Estados Unidos, Francia y el Reino Unido. Consultado en <http://mundo.sputniknews.com/infografia/20150602/1037932236.html>, 12 de julio de 2016.

¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16, párrafo segundo. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>. Consultada 26 de junio de 2016.

La efectiva tutela de la Protección de Datos Personales, requiere de mecanismos judiciales que den certeza y seguridad jurídica a las personas respecto a sus datos, intimidad, honra y a los derechos que tienen para la aclaración, rectificación, cancelación, oposición y al derecho al olvido, este último referido en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-131/12.¹³

III. Regulación actual de Protección de Datos Personales

La situación actual que guarda la regulación de los datos personales en México y de conformidad a lo establecido tanto en el artículo 3 fracciones IX y X, de la LGPDPPSO, es cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable, siendo así:

- Nombre 4/2010 criterio 03/2006 emitido por el IFAI
- Número telefónico 03/2006 emitido por el IFAI
- Currículum Vitae 03/2006 emitido por el IFAI
- Exámenes Psicométricos 11/2006 emitido por el IFAI
- Historial Crediticio 16/2006 emitido por el IFAI
- Expediente laborales 15/2006 emitido por el IFAI
- Estado civil 03/2006 emitido por el IFAI
- Expediente clínico 4/2009 emitido por el IFAI
- Domicilio 03/2006 emitido por el IFAI
- Ingresos, Criterio 02/2003 emitido por el IFAI

En este sentido, por disposición legal *a)* El Poder Ejecutivo Federal, la Administración Pública Federal y la Procuraduría General de la República; *b)* El Poder Legislativo Federal, integrado por la Cámara de Diputados, la Cámara de Senadores, la Comisión Permanente y cualquiera de sus órganos; *c)* El Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal; *d)* Los órganos constitucionales autónomos; *e)* Los tribunales administrativos federales, y *f)* Cualquier otro órgano federal, conforman los sujetos obligados de proteger y tutelar los datos personales.¹⁴

¹³ *Cfr.* Sentencia C-131/12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en Luxemburgo del 13 de mayo de 2014. Disponible: [file:///C:/Users/cecilia.Cecilia_PC/Downloads/LabSoc-2014-13%20C-539-12%20STJUE%2022-05-14%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/cecilia.Cecilia_PC/Downloads/LabSoc-2014-13%20C-539-12%20STJUE%2022-05-14%20(1).pdf). Consultada el 29 de junio de 2016.

¹⁴ Véase la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados, artículo 2, fracción XXIV; Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPPSO.pdf>. Consultado el 8 de marzo de 2017.

Los sujetos obligados que lleven a cabo el almacenamiento y tratamiento de datos, son personas físicas o morales del sector privado, tal y como lo establece el artículo 2 de Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados; sin embargo, tal carácter se complementa con lo establecido en el artículo 1, tercer párrafo de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Autoridades Órganos y Organismos de Gobierno (misma que en su momento abrogará a la LFPDP).

De los párrafos que anteceden, se observa que en México existe una preocupación por garantizar y proteger el almacenamiento, disposición y tratamiento de los datos personales, por lo que los ordenamientos citados, han procurado garantizar un derecho tan fundamental como lo es la protección de los datos personales; sin embargo, aún queda mucho por hacer en la materia.

IV. Objeto de la Protección de Datos Personales

El objetivo consiste en que los sujetos obligados deben de proteger y garantizar que una persona no sea identificada o identificable de forma arbitraria por otra, atendiendo a criterios de seguridad, y que solo bajo determinados parámetros objetivos y razonables, dichos datos se otorguen a un tercero.¹⁵

En México, de conformidad con lo establecido en el art. 1 de la LGPDPPSO, el objeto de protección es el de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas, situación que se traduce en la protección del uso y manejo de los datos de una persona dentro de un sistema de datos administrados por alguno de los sujetos obligados, señalados por la LGTAIP, cuyo fin tienda a garantizar la seguridad integral de la persona.

La Ley establece que el tratamiento es la obtención, uso, divulgación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio. El uso abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales.

¹⁵ Cfr. Bygrave, Lee A., *Data Privacy Law*, United Kingdom, editorial Oxford, 2014, pp. 132-133.

De la definición al objeto, se desprende que la Ley regulará el tratamiento de datos personales, para garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa, y señala que dicho tratamiento deberá ser: legítimo, controlado e informado, siendo:

- Legítimo, que cumpla con la ley, es decir que se identifique con el principio de licitud.
- Controlado, se refiere al tratamiento intervenido, fiscalizado, regulado y/o limitado por la ley,
- Informado, que la persona titular de los datos personales deberá ser comunicado sobre el manejo, almacenamientos y tratamientos que lleva a cabo un sujeto obligado respecto de sus datos.

V. Habeas data y Datos Personales

El *Habeas data*¹⁶ es considerado como una acción de amparo especializada en la materia de protección de datos personales, que permite a todo titular de datos personales saber de los datos o informaciones a ella referidos, o que lo afecten o puedan afectarla, alterando o restringiendo indebidamente sus derechos, especialmente el de *intimidación* y a la *veracidad* de su imagen, y una vez comprobada la inexactitud, falsedad, carácter discriminatorio o lo indebido de la difusión a terceros de los mismos, otorga al afectado la potestad de exigir su supresión, rectificación, modificación, actualización o confidencialidad, según fuere el caso, o bien puede ejercer el derecho al olvido.

En relación a lo anterior, la figura del *Habeas data* se conforma de:

- El titular tiene derecho a estar informado del manejo y tratamiento de sus datos
- Actualizar sus datos
- Rectificar sus datos
- Corrección de sus datos
- Cancelación de sus datos
- Se asegure la confidencialidad de sus datos.

¹⁶ *Habeas*, viene de *habeo*, *habere*, que significa aquí, o tener en posesión, y *data*, que proviene de *datum*, que significa hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos, de ahí que *habeas data* signifique que tengas los registros o los datos. *Cfr.* <http://dle.rae.es/>. Consultado el 27 de julio de 2016.

En nuestra legislación es necesario el reconocimiento de un Tribunal Habeas Data en el sentido de que los derechos ARCO señalados por el Instituto Nacional de Acceso a la Información, son limitativos a un derecho humano como lo es la protección a los datos personales.

La efectiva tutela de la Protección de Datos Personales, requiere de mecanismos judiciales que den certeza y seguridad jurídica a las personas respecto a sus datos, intimidad, honra y a los derechos que tienen para la aclaración, rectificación, cancelación, oposición y al derecho al olvido, este último referido en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-131/12.¹⁷

Mediante la judicialización de la protección de los datos personales, se podrán establecer límites para el acceso a los mismos, ello implica que de forma transversal, solo se podrán acceder si se acredita la titularidad de los datos personales; a cualquier autoridad judicial, previa orden judicial; a los órganos o dependencias de investigación, fiscal o administrativa; o bien cuando se cuente con la autorización expresa del titular, de tal forma que se estaría en el supuesto de una tutela efectiva que brinde seguridad y certeza jurídica al gobernado.

Las reformas constitucionales mexicanas del 10 de junio de 2011, y la reciente promulgación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información, son ejemplos del paradigma del Estado constitucional democrático y social. La primera de ellas, estableció en el artículo primero de nuestra ley fundamental nuevos conceptos como garantías, instituciones o procedimientos para darle la eficacia a los derechos fundamentales, y la segunda, como ley secundaria, establece los mecanismos para hacer exigibles el derecho de acceso a la información, así como el establecer las excepciones que existen al mismo; contribuyendo así a la conformación de la teoría del Habeas Data.

¹⁷ *Cfr.* Sentencia C-131/12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en Luxemburgo del 13 de mayo de 2014. Disponible: [file:///C:/Users/cecilia.Cecilia_PC/Downloads/LabSoc-2014-13%20C-539-12%20STJUE%2022-05-14%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/cecilia.Cecilia_PC/Downloads/LabSoc-2014-13%20C-539-12%20STJUE%2022-05-14%20(1).pdf). Consultada el 29 de junio de 2016.

El Estado constitucional que de doctrina pasó a ser derecho constitucional apoyado en la teoría del neoconstitucionalismo, encuentra sus bases en los derechos fundamentales de la Constitución como principios; se aplican judicialmente y mediante la ponderación, tal como lo refiere el doctor Carlos Bernal.

Sobre este contexto la promulgación de las reformas constitucionales en materia de transparencia del 7 de febrero de 2014 y del 4 de mayo de 2015 permite que podamos construir una cultura de acceso a la información y protección de datos, en donde es el conocimiento de lo que ocurre en el ámbito republicano lo que nos atañe a todos, y donde el Estado debe proveer los instrumentos y mecanismos necesarios para su efectivo ejercicio.

Ahora bien, uno de los retos más importantes es el «pluralismo estructural» que ha surgido en la administración pública tanto a nivel local (México) y a nivel mundial, ya que a medida que el sector público disminuye, las tareas públicas están siendo desarrolladas por corporaciones privadas, organizaciones no gubernamentales, contratistas independientes o entidades paraestatales. Típicamente la Ley General de Transparencia ha sido desarrollada como una forma de controlar el nuevo estado administrativo o el llamado «cuarto poder» que emergió a lo largo de los siglos XIX y XX.

Es de señalar que al tema de protección de datos personales no se le da la importancia que merece, al ser desplazado por el tema de acceso a la información o bien confundido por la ambigüedad de la que ya se ha hecho referencia; sin embargo, es innegable que, en un mundo digitalizado, su protección deba de tener como fin la certeza y seguridad jurídica, ambas representan las características de un estado democrático de derecho.

Los argumentos expuestos, en los párrafos anteriores, atienden a la realidad que se presenta en la vida cotidiana, mismas que surgen de los cambios y necesidades que una sociedad digitalizada demanda frente a la Estrategia Digital, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

VI. Regulación Internacional en materia de Protección de Datos

A nivel internacional, la protección de los datos personales se llevó a cabo con la firma del Convenio Internacional de Datos, en 1981, firmado en su momento por Alemania, Francia, Dinamarca, Austria y Luxemburgo, generalmente dicho convenio se identifica como «Convenio 108 o Convenio de Estrasburgo». Al Convenio 108 le sigue la Directiva 95/46/CE, ambos documentos se refieren a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.¹⁸

Bajo esta tesitura, la protección de datos personales, en América Latina, se basa en el modelo europeo, teniendo así las siguientes

- Argentina Ley 25.326 de 2000;
- Chile Ley n.º 19628 de 1999. URL: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599>
- Panamá Ley n.º 51 de 2009. URL <http://docs.panama.justia.com/federales/leyes/51-de-2009-sep-23-2009.pdf>
- Brasil Ley n.º 9507 de 1997, URL: http://www.redipd.org/legislacion/common/legislacion/Brasil/Lei_9507_1997_pt.pdf.

Por lo que respecta a nuestra legislación en la materia tenemos:

- Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2015.
- Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados 2017.
- Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Autoridades, Órganos y Organismos de Gobierno.

VII. Propuesta

De los argumentos vertidos, mi propuesta respecto al tema consiste en los siguientes puntos:

- Nuestra Carta Magna debe de establecer de forma clara y precisa el derecho de transparencia y acceso a la información –datos abiertos–; así como el Habeas Data, en preceptos constitucionales separados.

¹⁸ PIÑAR, MAÑAS, José Luis: *La Protección de los Datos Personales en México*, Ed. Tirant Lo Blanch, México, 2013, pp. 322-323.

- El Habeas Data, como tutela efectiva de la protección de datos personales, al ser un derecho humano fundamental.
- La subsunción de los derechos ARCO, así como el derecho al olvido dentro del Habeas Data.
- Regular los límites y alcances del acceso de los datos personales a una persona distinta a los titulares, como bien pueden ser una autoridad judicial, previa orden judicial; organismos o instituciones disciplinarias con fines de verificación, de cumplimiento a obligaciones fiscales y administrativas.

La propuesta del Habeas Data que se plantea, para efectos de una protección más amplia de los datos personales, tiene como fin dar certeza y seguridad jurídica a las personas, dentro de una sociedad digitalizada, reduciendo el riesgo que implican los dispositivos de almacenamiento, consulta, difusión, cancelación, bloqueo y transferencia electrónica de datos, que se encuentran en poder de un administrador determinado.

Resulta relevante la inclusión del Habeas Data dentro de nuestra Constitución, como una mejor protección a la vida privada e íntima de una persona, siendo ambos elementos intrínsecos a la dignidad humana, tal como sucede en Colombia, España y Estados Unidos, por mencionar algunos.

VIII. Bibliografía

1. ARENAS RAMIRO, Mónica: *Protección de Datos Personales*, España, editorial Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España. 2015.
2. BYGRAVE, LEE A.: *Data Privacy Law*, United Kingdom, editorial Oxford, 2014.
3. PIÑAR, MAÑAS José Luis: *La Protección de los Datos Personales en México*, México, editorial Tirant Lo Blanch, 2013.
4. TÉLLEZ, CARVAJAL Evelyn: *Derecho y Tic. Vertientes actuales*, México, editorial UNAM-III, 2016.
5. WARREN & BRANDEIS: *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, vol. IV, núm. 5, 1890.

Cibergrafía

6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>.
7. Declaración Ministerial sobre la Protección de la Privacidad de las Redes Globales de 1998, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Disponible en <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf>. Consultado el 8 de marzo de 2017.
8. Directrices sobre la Protección de la Privacidad y Flujo Transfronterizo de Datos Personales, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos de 1980. Disponible en <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf>. Consultado el 8 de marzo de 2017.
9. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5391143&fecha=04/05/2015.
10. Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados <http://inicio.ifai.org.mx/nuevo/Propuesta%20de%20Ley%20General%20de%20PD%20PDF.pdf>.
11. Sentencia C-131/12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en Luxemburgo del 13 de mayo de 2014. Disponible: [file:///C:/Users/cecilia.Cecilia_PC/Downloads/LabSoc-2014-13%20C-539-12%20STJUE%2022-05-14%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/cecilia.Cecilia_PC/Downloads/LabSoc-2014-13%20C-539-12%20STJUE%2022-05-14%20(1).pdf). Consultada el 29 de junio de 2016.
12. Sentencia C-131/12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en Luxemburgo del 13 de mayo de 2014. Disponible: [file:///C:/Users/cecilia.Cecilia_PC/Downloads/LabSoc-2014-13%20C-539-12%20STJUE%2022-05-14%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/cecilia.Cecilia_PC/Downloads/LabSoc-2014-13%20C-539-12%20STJUE%2022-05-14%20(1).pdf). Consultada el 29 de junio de 2016.
13. Estrategia Digital Nacional: <http://www.gob.mx/presidencia/acciones-y-programas/estrategia-digital-nacional-15899>.
14. . Encuesta realizada por la Agencia de Seguridad Nacional, del 20 de marzo al 9 de abril de 2015, en los países de Alemania, Estados Unidos, Francia y el Reino Unido. Consultado en <http://mundo.sputniknews.com/infografia/20150602/1037932236.html>.
15. Diccionario de la Lengua Española: <http://dle.rae.es/>.

Autor: Cecilia Cárdenas Dávalos
cecilia.cardenas01@gmail.com
Cel. 52+55 33187956

ACCESO A LA JUSTICIA Y ESTADO DE DERECHO: LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN MÉXICO

ACCESS TO JUSTICE AND RULE OF LAW: JUSTICIABILITY OF ECONOMIC, SOCIAL, CULTURAL AND ENVIRONMENTAL RIGHTS IN MEXICO

Hugo Andrés ALCÁNTAR VALENCIA*

Resumen: El acceso a la justicia es considerado un requisito *sine qua non* del Estado de Derecho. Su trascendencia se debe a que es, simultáneamente, un derecho humano y una garantía de los derechos humanos que asume especial relevancia en el contexto de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Esta ponencia expone brevemente el concepto, los elementos y los obstáculos del acceso a la justicia de los derechos sociales con énfasis en las acciones colectivas. En la parte final, se esbozan tres propuestas dirigidas a ampliar la eficacia de las acciones colectivas en México.

Palabras clave: Acceso a la Justicia, Acciones Colectivas, DESCA, Estado de derecho.

Abstract: *Access to justice is considered a conditio sine qua non for the rule of law. Such right becomes of special relevance in the context of the economic, social and cultural rights (ESCR) due to its dual nature as a human right and as a guarantee of human rights. . The core of this paper focuses on the barriers to access to justice of the social rights with emphasis on collective actions. The paper concludes by outlining three proposals aimed at improving collective actions as the main mechanisms of protection of ESCR in Mexico.*

Keywords: *Access to Justice, Class Actions, ESCR, Rule of Law*

* Doctorando en Derecho UNAM. Contacto: andresalcantar@hotmail.com.

SUMARIO: I. Introducción. II. El acceso a la justicia como condición sine qua non del Estado de Derecho: Concepto, elementos y barreras. III.- El acceso a la justicia como garantía de los DESCA. IV. Las barreras técnicas de las acciones colectivas. V. Reflexiones finales. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Esta ponencia deriva de una investigación doctoral sobre acceso a la justicia en el siglo XXI. El objetivo principal de esta ponencia es denunciar las barreras del acceso a la justicia presentes en la regulación de las acciones colectivas en México. Los presupuestos metodológicos de este texto consisten en asumir la teoría constitucional, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos como paradigmas válidos y vigentes.

II. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO CONDICIÓN *SINE QUA NON* DEL ESTADO DE DERECHO: CONCEPTO, ELEMENTOS Y BARRERAS

El acceso a la justicia es un concepto complejo cuya acepción depende de la perspectiva desde la cual se le examine. Al respecto, Cappelletti señala:

Las palabras ‘acceso a la justicia’ no se definen con facilidad, pero sirven para enfocar dos propósitos básicos del sistema jurídico por el cual la gente puede hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas, bajo los auspicios generales del Estado. Primero, el sistema debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos.¹

La complejidad del acceso a la justicia se debe a que posee una naturaleza jurídica dual, a partir de esta noción es posible establecer una distinción entre el sentido amplio y el sentido estricto del acceso a la justicia. El primero se refiere al acceso a la justicia como un derecho humano, mientras que el segundo lo trata como una garantía de los derechos humanos.

¹ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. de Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 10.

En sentido lato, el acceso a la justicia como derecho humano adquiere un sentido amplísimo que no solo hace referencia al Poder Judicial, sino que constituye una técnica de control que exige a los tres poderes que conforman el Estado que todos los actos de autoridad sean justos.

En este sentido, el acceso a la justicia designa la función primordial del Estado, es decir, asegurar el acceso de los individuos a la justicia y mantener el acceso a la tutela jurisdiccional como el último recurso del justiciable.

Por otra parte, el sentido estricto se refiere, precisamente, a la solicitud de impartición de justicia realizada por el justiciable ante el Poder Judicial. Aquí se incluye todo lo referente a la Suprema Corte de Justicia, el Consejo de la Judicatura Federal, los tribunales federales y locales, los organismos públicos autónomos; además de aspectos relacionados con el sistema de impartición de justicia como medios alternativos de solución de controversias, garantías del debido proceso, recursos financieros del Poder Judicial, técnica legislativa y capacitación de servidores públicos, entre muchos otros tópicos.

El acceso a la justicia como garantía supone la posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales bajo la protección de las garantías del debido proceso para hacer efectivos los derechos constitucionales y por ello, su concepto en sentido estricto se caracteriza por la invocación de los elementos que lo configuran como una garantía.

El núcleo esencial del acceso a la justicia como garantía, se compone de tres elementos: *a)* el derecho a la jurisdicción y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; *b)* las garantías del debido proceso; y *c)* el derecho a obtener una sentencia fundada, motivada y ejecutable. De ahí que la Corte Constitucional Colombiana haya argumentado que para acceder a la justicia es imprescindible asegurar «tanto la puerta de entrada al sistema de administración de justicia, como las garantías para transitar por él, así como una salida satisfactoria, según lo previsto por un ordenamiento jurídico».²

Ahora bien, el acceso a la justicia puede ser estudiado desde múltiples perspectivas, de modo que «se lo puede ver como un derecho que ha sido consagrado en las convenciones internacionales y en las Constituciones... o se lo puede estudiar desde el

² Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-799/11 [en línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-799-11.htm> [21 julio 2016].

punto de vista de la posibilidad efectiva de hacer valer los derechos que se consagran en la normativa jurídica, y por lo tanto, de los obstáculos que pueden entorpecer el reclamo de esos derechos».³

Los estudios sobre las barreras del acceso a la justicia identifican obstáculos que pueden ser económicos, técnicos, materiales o sociales. Este enfoque tiene por objeto detectar y corregir las fallas en los servicios de justicia para mejorar su eficiencia y eficacia.

En suma, el derecho de acceso a la justicia es un presupuesto esencial del Estado de Derecho que se materializa como una garantía de los derechos humanos que es susceptible de ser mejorada.

III. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO GARANTÍA DE LOS DESCA

Los derechos sociales se refieren a las necesidades básicas para la dignidad humana como alimentación, salud, medio ambiente, educación, trabajo, etcétera. y su principal característica es que son derechos programáticos diseñados que obligan al Estado a esforzarse constantemente para satisfacerlos. El constitucionalismo mexicano fue pionero en la inclusión de los derechos sociales, paradójicamente, hoy los mexicanos nos encontramos más lejos que nunca de hacerlos efectivos. En este punto es necesario recordar las palabras de Cappelletti: «...el derecho a un acceso efectivo [a la justicia] se reconoce cada vez más como un derecho de importancia primordial entre los nuevos derechos individuales y sociales, ya que la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva».⁴

En consonancia con lo anterior Luigi Ferrajoli cree existe una crisis profunda y creciente del derecho que puede traducirse en una crisis de la democracia y, en ese sentido, establece que el reto para la razón jurídica es aprovechar los progresos del constitucionalismo para configurar el derecho como ‘un sistema artificial de garantías’ constitucionalmente orientado a la tutela de los derechos fundamentales.

³ Reyna de Roche, Carmen Luisa, «Condicionamientos sociales, políticos y económicos del acceso a la justicia», en *Acceso a la justicia*, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006, p. 87.

⁴ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia...*, *op. cit.*, p. 12.

Las garantías constitucionales son «las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficiencia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional».⁵

Toda Constitución prevé diversas garantías para proteger o restablecer el orden fundamental en caso de resultar infringido por los órganos de poder. La defensa de la constitución se refiere a estos mecanismos cuyo objetivo es la efectividad de las normas constitucionales.

«La defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos estructurales y procesales que son establecidos no solo para conservar el ordenamiento constitucional, sino también para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento, y lograr el desarrollo de la evolución de las propias disposiciones constitucionales».⁶

De acuerdo a lo anterior, existen garantías estructurales que buscan el equilibrio del sistema mediante la limitación del poder del Estado y; garantías procedimentales que establecen mecanismos procesales y recursos efectivos contra la violación de los derechos constitucionales cuando las garantías estructurales resultan insuficientes.

El garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado que depende de la precisión de las obligaciones positivas o negativas impuestas, tanto al Estado, como a los actores no estatales.

En México las garantías constitucionales estructurales son la división de poderes; la participación de grupos sociales y partidos políticos en la toma de decisiones; la regulación de recursos económicos y financieros; y los principios de supremacía constitucional y procedimiento dificultado de reforma.

Por otra parte, las garantías procedimentales son aquellos mecanismos que se activan cuando el orden constitucional ha sido violado y sirven para garantizar la restauración del orden constitucional. Estas garantías «son los medios a través de los cuales

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, España, Trotta, 1999, p. 25.

⁶ Flores Mendoza, Imer Benjamín, «Reflexión sobre la defensa y la ingeniería constitucional en México», en *Boletín mexicano de derecho comparado*, n.º 93, México, UNAM, septiembre-diciembre 1998, p. 613.

se busca la eficacia de los derechos humanos y son... la facultad de investigación, el juicio político, el amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad»⁷ y desde 2011 las acciones colectivas.

Las acciones colectivas surgen de la necesidad de proteger el derecho de un grupo de personas que se encuentran en el mismo supuesto jurídico. Este elemento forma parte de lo que Cappelletti denominó como la segunda ola⁸ del esfuerzo por mejorar el acceso a la justicia, la cual se centra en la protección de los intereses difusos.

IV. LA BARRERAS TÉCNICAS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS.

Actualmente sabemos que las acciones colectivas son «una necesidad de la sociedad moderna en virtud de que permiten resolver con menos recursos humanos y materiales, un mayor número de casos en beneficio de la sociedad».⁹ Para concluir, es necesario referirse al tema de las acciones colectivas en México o, mejor dicho, de las barreras del acceso a la justicia que hemos detectado en su regulación.

El fundamento constitucional de las acciones colectivas en México es el párrafo tercero del artículo 17 y su regulación se encuentra en los artículos 578 al 625 del Código Federal de Procedimientos Civiles, misma que presenta varias deficiencias en su diseño.

Por ejemplo, la falta de técnica legislativa, el uso de lenguaje complejo y el abuso de términos legales presentes en el artículo 581 del Código Federal de Procedimientos Civiles que define y clasifica las acciones colectivas del siguiente modo:

I. Acción difusa: Es aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al

⁷ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, «La reforma y las normas de derechos humanos previstos en los tratados internacionales», en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011, p. 44.

⁸ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia...*, op. cit., p. 35.

⁹ Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Acceso efectivo a la justicia*, México, Porrúa, 2012, p. 169.

cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.

II. Acción colectiva en sentido estricto: Es aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

III. Acción individual homogénea: Es aquella de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.

Por otra parte, encontramos que el artículo 578 establece una restricción al señalar que las acciones colectivas «solo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente». Otras restricciones (en los artículos 584 y 585) son la prescripción de la acción en 3 años 6 meses y el requisito procesal de 30 personas como mínimo para iniciar una acción colectiva.

Otras barreras del acceso a la justicia presentes en la regulación mexicana de las acciones colectivas son la exclusión de los principios precautorio y de prevención en materia ambiental y el rezago legislativo en los demás ámbitos (trabajo, educación, salud, electoral, etcétera) y leyes (Ley General de Vida Silvestre, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley General de Salud o de Educación, etcétera) en donde las acciones colectivas resultan indispensables para garantizar efectivamente los DESCA.

V. REFLEXIONES FINALES

Finalmente, sin duda existen barreras técnicas en la regulación de las acciones colectivas en México pero la legislación actual establece las bases mínimas que pueden ampliarse progresivamente mediante jurisprudencia hasta lograr un acceso efectivo a la justicia de los DESCA. En este sentido, las propuestas son: *a)* realizar un balance entre los derechos sociales y las obligaciones sociales de los mexicanos; *b)* eliminar las barreras técnicas de las acciones colectivas a través de reformas legislativas, o bien, mediante jurisprudencia y; *c)* crear un portal de internet dedicado a otros ámbitos de las acciones colectivas además del ya existente, desarrollado por PROFECO¹⁰ para la defensa colectiva de los derechos de los consumidores.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant: *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. de Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises: «La reforma y las normas de derechos humanos previstos en los tratados internacionales», en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María: *Aspectos conceptuales del acceso a la justicia*, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos Artemio: *Acceso efectivo a la justicia*, México, Porrúa, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías, la ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, España, Trotta, 1999.
- FLORES MENDOZA, Imer Benjamín: «Reflexión sobre la defensa y la ingeniería constitucional en México», en *Boletín mexicano de derecho comparado*, n.º 93, México, UNAM, septiembre – diciembre 1998.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *El debido proceso: Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2012.

¹⁰ Portal de acciones colectivas de la Procuraduría Federal del Consumidor <http://acolectivas.profeco.gob.mx/>.

REYNA DE ROCHE, Carmen Luisa: «Condicionamientos sociales, políticos y económicos del acceso a la justicia», en *Acceso a la justicia*, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006.

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA T-799/11 [en línea]
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-799-11.htm> [21 julio 2016].

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO ALTERNATIVA A LOS PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD REPRESENTATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA
(Judicial Review as an alternative face to representative legitimacy questions in European Union)

Lizette GONZÁLEZ PORRAS¹

SUMARIO: I. Introducción. II. La Unión Europea como Comunidad de Derecho integrada por Estados soberanos. III. La inexistencia de un demos europeo en el seno de la Unión Europea. IV. La justicia constitucional como alternativa de control de las determinaciones de las instituciones comunitarias.

RESUMEN: Los atentados en Bélgica, Francia y Alemania, junto con los problemas financieros de los Bancos Europeos y el Brexit, entre otros acontecimientos, preocupan a los ciudadanos de la Unión Europea por la percepción del déficit de representación democrática que existe en el seno de los órganos comunitarios, y por un bajo nivel de legitimidad de las decisiones que estos toman y que afectan los intereses, las expectativas y la vida cotidiana de los gobernados. Esta comunidad de Estados de Derecho carece de un *demos europeo*, cuya ausencia se compensa parcialmente con la presencia de las instituciones jurisdiccionales nacionales y comunitarias encargadas de la tutela y garantía de los Derechos Humanos.

Palabras clave: Legitimidad democrática, Constitucionalidad, Tribunales Constitucionales, Jurisdicción comunitaria.

ABSTRACT. The attacks in Belgium, France, and Germany alongside the financial problems of the European banks and the Brexit, among others situations, concern European Union citizens, whose discomfort deepens by the fact of their perception of a democratic representation deficit within the Community organs and by a low level of legitimacy in several decisions they take, that affect their interests, expectations and daily life. This Community of rule of law States lacks of a European Demos, whose absence is partially balanced by the presence of national and Community judicial institutions which are responsible for the protection and guarantee of human rights.

Key words: Democratic Legitimacy, Constitutionality, Constitutional courts, Community jurisdiction.

Introducción

Los problemas de legitimidad democrática que se perciben en cuanto a las decisiones que toman los órganos de la Unión Europea y los gobiernos de los Estados que la integran, desde el punto de vista de sus ciudadanos, son una realidad incontestable, pues si bien es cierto que como regla general, estas se sujetan a las normas y los procedimientos jurídicamente sustentados en el Derecho comunitario, no menos verdadero es que carecen

¹ Lizette González Porras, doctoranda en Derecho del Programa de Doctorado en Derecho, División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). lizetteporras@gmail.com.

de un sustento de legitimidad ciudadana ante la evidente inexistencia de un *demos europeo* que conjugue y armonice los intereses y las expectativas de las diversas ciudadanías de los Estados miembros de la comunidad.

En este contexto de insatisfacción de las ciudadanías diferenciadas, los sistemas europeos de control de la constitucionalidad juegan un papel de enorme relevancia que no se limita al cumplimiento de los fines y objetivos que les son connaturales en un Estado de Derecho, sino que se manifiesta como un mecanismo institucional compensatorio de ese déficit de legitimidad que perciben los ciudadanos de la Unión Europea, convirtiéndose en el elemento estructural al interior de cada Estado soberano y en el seno de la comunidad, al que estos pueden apelar para proteger sus derechos e intereses, controlando el poder que ejercen y las decisiones que toman los órganos constituidos nacionales y comunitarios, en vía jurisdiccional, mediante la revisión de su constitucionalidad y legalidad por los tribunales internos y externos encargados de la protección de la Constitución, los Derechos Humanos y el Derecho de la Unión Europea.

Esta complicada tarea que realizan los Tribunales de «Babel» –como suele denominarse a esta yuxtaposición de competencias jurisdiccionales en el continente europeo– tiene que llevarse a cabo en un ambiente en el cual, desde la perspectiva de la legitimidad y de la opinión ciudadana, no se percibe que exista un *demos europeo*, sino solo se sabe que legalmente, hay una «ciudadanía europea» identificada por un marco jurídico comunitario. La anterior problemática origina frecuentemente, «conflictos de representación entre los Estados y sus ciudadanos», ejemplo de los cuales fue el resultado del referéndum griego del pasado 5 de julio del 2015² que puso de manifiesto las diferencias entre los ciudadanos y los Estados miembros de la Unión Europea, en cuanto al peso de la legitimidad representativa frente al ejercicio del poder de las instituciones internas y comunitarias.

No menos ilustrativa fue la manifestación de voluntad ciudadana a favor del *Brexit*, la cual se inclinó por la separación del Reino Unido de la Unión Europea, determinación que con independencia de las causas y las circunstancias diversas que la hayan motivado, es innegable que debe analizarse desde el enfoque de la legitimidad representativa, a partir del

² Tal referéndum, como es del conocimiento público, tuvo como resultado un contundente rechazo a las condiciones del rescate sugerido por la Unión Europea, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Central Europeo. Se llevó a cabo debido a la imposibilidad de llegar a un acuerdo en las negociaciones entre el gobierno griego de Síryza (partido político griego de izquierda), el primer ministro griego Alexis Tsipras y sus acreedores.

cual, los ciudadanos de este Estado soberano probablemente consideraron inútil la permanencia de su país en una organización cuyas instituciones en poco o en nada los representaban, ni contribuían a la solución de sus problemas más inmediatos y significativos.

A lo anterior debe agregarse que, en la Unión Europea, en tanto «organización de Estados de Derecho», regida por normas comunitarias, en la que los gobiernos, poderes públicos y gobernados están sometidos a su normatividad y limitados por su aplicación, debería percibirse la vigencia permanente del principio de «igualdad» al interior de cada uno sus miembros. Sin embargo, se observan situaciones que más bien evidencian que este principio no es cabalmente cumplido, en cuanto a cuestiones como la edad para jubilarse y el tema de los impuestos, en relación a las cuales existen Estados que otorgan ciertos privilegios en esta materia, como Luxemburgo, donde se ofrecen ventajas fiscales que los otros Estados miembros de la Unión Europea no pueden igualar.

La Unión Europea como comunidad de Derecho integrada por Estados soberanos

Hasta ahora, la aprobación de una Constitución para Europa no ha sido posible, esencialmente, vista la inexistencia de un Estado europeo, cuya soberanía contenga a todos los Estados miembros de la Unión Europea. Empero, esta comunidad de Estados cuenta con su propio sistema normativo institucional que se ha conformado por los diversos tratados constitutivos a lo largo de seis décadas, a través de los cuales se distribuyen y se ejercen las competencias entre los órganos nacionales y los órganos comunitarios, haciendo frente a los desafíos resultantes de la coexistencia de los Estados miembros en un contexto de globalización que actualmente se está revirtiendo. Su naturaleza «supranacional» se fundamenta en la cesión o «transferencia de poderes soberanos» a favor de las instituciones comunitarias, prevista en varias constituciones de los Estados que la integran,³ cuya implementación fue asegurada a través de la ratificación de los tratados constitutivos con el objetivo de formar una Comunidad de Estados soberanos integrada por vínculos legales,

³ Cfr. Cecchini, G. L., «Quale sovranità per lo stato?», en *Revista de la Cooperación Jurídica Internacional*, fasc. 42, 128, 2012, quien refiere que los Estados Miembros se comprometen incondicionalmente e irrevocablemente a cumplir sus obligaciones ante la comunidad, como en el caso de Italia, la cual en materia financiera, aceptó pagar sus cuotas, equivalentes a 125 billones, a liquidar en 5 años, conforme a las cinco maniobras del gobierno Monti que había retitulado «lágrimas y sangre».

políticos, económicos y financieros.

En estas condiciones, el Derecho constitucional europeo suele interpretarse como un sistema multi-nivel *sui generis*⁴ o *tertium genus*,⁵ que se sustenta y funciona jurídica y políticamente, en gran medida, mediante instituciones legalmente reguladas y poderes de hecho capaces de realizar los actos jurídicos y tomar las determinaciones políticas que tienen efectos vinculantes para todos los Estados miembros de la comunidad.

Esto significa que con relación al concepto «Estado de Derecho», se puede considerar que hay elementos para afirmar que la Unión Europea conforma precisamente, una «Comunidad de Derecho», esto es una organización jurídica en la que los poderes públicos, los sujetos de derecho y el ejercicio del poder que le corresponde a la Unión Europea están constreñidos a sus normas y están limitados por las mismas en su actuación y en sus relaciones con los Estados miembros, por lo que los aspectos relativos a la institucionalidad y a la legalidad de las estructuras y los órganos de la Unión Europea no ofrecen ninguna duda sobre su existencia formal y su funcionamiento jurídico.

La inexistencia de un *demos europeo* en el seno de la Unión Europea

Ahora bien, al explorar el factor «legitimidad», la situación difiere considerablemente en el seno de la Unión Europea, debido a que este es considerado, desde la perspectiva de la opinión general, como un elemento deficitario en la comunidad, en la que el fundamento popular del poder, en términos de la teoría constitucional democrática, no se sustenta en un *demos europeo*,⁶ el cual no puede considerarse equivalente a la «ciudadanía europea» creada en el marco de un ordenamiento normativo comunitario, del cual derivan consecuencias solo legales que no pueden equipararse tampoco a la legitimidad política en la que se basa la representación democrática.

Recordemos que la teoría de la democracia representativa se construye sobre la base de la legitimidad y de la legalidad, claramente diferenciadas, pero armónicamente conjuntadas a

⁴ Cfr. Whal, Rhainer, «¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de teoría del Estado?», en *Teoría y Realidad constitucional*, n. 18, México, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. www.juridicas.unam.mx, 2006, pp. 105-129. (consulta:15 julio 2016).

⁵ Cfr. Neyer, Jürgen y Joerges, Christian, *Deliberative Supranationalism Revisited* en European University Institute (EUI), Working Papers, Law n. 20, 2006. <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6251/LAW-2006-20.pdf?sequence=1> ((consulta:15 julio 2016).

⁶ Cfr. Kirchhoff, «The Balance of Powers between national and European institutions», in *European Law Journal*, 5, n. 3, 1999, pp. 225-242.

partir de la representación política y la vigencia permanente del Estado de Derecho. En un sistema constitucional democrático la voluntad ciudadana confiere legitimidad al poder y las normas jurídicas regulan su organización y su ejercicio, siendo necesaria la existencia de estructuras de control de distinta naturaleza, las cuales garantizan el funcionamiento legítimo y legal de los órganos del Estado. En esta materia son particularmente importantes, los sistemas de control de la constitucionalidad, de la legalidad y de la legitimidad.

A la par del funcionamiento eficaz de los controles *intraorgánicos* e *interorgánicos*, analizados ampliamente por K. Loewenstein,⁷ es indispensable la permanente aplicación de las estructuras de democracia representativa, semidirecta y participativa que completan el esquema de control de los órganos constituidos entre sí, mediante los mecanismos de convalidación de sus determinaciones por los ciudadanos electores y gobernados, propósito esencial, por ejemplo, de un referéndum y de un plebiscito.

Esta idea se desarrolla también en la *Teoría del Rombo del Sistema Político Democrático* de M. Covián,⁸ según la cual un elemento clave para la construcción de un sistema constitucional democrático es el diseño de estructuras de control de los procesos del poder en sus tres etapas básicas, esto es, su origen, su ejercicio y sus fines o resultados, a efecto de lograr una correspondencia entre la voluntad ciudadana y las determinaciones de los representantes populares. Estas estructuras de control se refieren a la constitucionalidad, legalidad y legitimidad del poder, así como a la responsabilidad de los servidores públicos encargados de ejercerlo, cuya correcta y eficaz aplicación permite que el Estado de Derecho funcione realmente como un Estado constitucional democrático.

Ahora bien, desde el punto de vista de la legitimidad democrática, en la Unión Europea, no solo es la potestad soberana de los Estados la que sufre un menoscabo derivado de sus obligaciones y compromisos con la comunidad, sino también el poder de los *ciudadanos europeos* en cuanto a sus relaciones con las nuevas autoridades supranacionales. Por ello, es necesaria la inmediata implementación de mecanismos eficaces que permitan una amplia, plural y eficaz participación ciudadana en las decisiones relativas a los asuntos

⁷ Cfr. Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1964.

⁸ Cfr. Covián, Miguel, *La Teoría del rombo, Ingeniería constitucional del sistema político democrático*, México, CEDIPC, 2000, partes segunda y cuarta, principalmente.

comunitarios que obligan a cada Estado miembro de la Unión, en aras de un verdadero control democrático del poder que ejercen los órganos de esta comunidad.⁹

En cambio, de continuar la situación *sui generis* actual, identificada con la tesis de la «doble legitimidad»,¹⁰ conforme a la cual los Estados y los ciudadanos, ambos sujetos de la Unión Europea, están representados por los diversos mecanismos internos y externos de la acción y la producción normativa (doble legislador ordinario) por un lado, –los gobiernos en el Consejo Europeo y por el otro, los ciudadanos representados en el Parlamento Europeo–,¹¹ aumentaría la dificultad para tomar y aplicar las decisiones institucionales sobre una base auténtica de legitimidad democrática. Este fenómeno es considerado por varios expertos en la materia,¹² como la falta de equilibrio satisfactorio entre los intereses representados en el Consejo Europeo y aquellos inscritos en el Parlamento Europeo, en virtud de que el peso político e institucional de la representación de los ciudadanos es todavía menor que el de los Estados y se ve reflejado en los desacuerdos sobre todo en «cuestiones de representación y solución de conflictos entre Estados y ciudadanos»,¹³ a lo que debe agregarse que desde la percepción del ciudadano europeo, sus intereses son desatendidos en las negociaciones de los acuerdos y convenios de contenido económico o financiero, so pretexto de su carácter vinculante.¹⁴

Lo anterior en sí mismo es grave, por lo que el Tribunal Constitucional alemán lo ha visto como un riesgo de infracción a los Derechos Fundamentales del hombre, los cuales podrían sufrir una disminución formal y material si fuese implementada una transferencia de competencias tan amplia que dificultara la eficaz intervención ciudadana en la

⁹ Cfr. Aguilar, Augusto, «La primacía del derecho europeo y su invocación frente a los estados: Una reflexión sobre la constitucionalización de Europa». *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*. pp. 17-23, Augusto Aguilar Calahorro numerato.pdf (consulta:16 julio 2016).

¹⁰ Cfr. Neunreither, K., *The dual legitimacy of the European Union and the democratic deficit in ID, The democratic Deficit of the European Union: Towards closer cooperation between the European Parliament and the National Parliaments, Government and Opposition*, n. 29, 3, 1994, pp. 311-314.

¹¹ *Idem*.

¹² Manetti, Michela, «Autorità indipendenti e Parlamenti nazionali nell'Unione europea: il contributo dei parlamenti nazionali alla formazione del diritto europeo dopo Lisbona». *Partecipazioni nel Convegno su «Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello»* Camera dei deputati, Università Sapienza di Roma, 12-13 maggio 2015.

¹³ De Cabo, Martín, «Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 11, 2009, pp. 31-47.

¹⁴ Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 2007.

legitimación del poder del Estado, e incluso en el ejercicio de las atribuciones de los poderes públicos *kompetenz-kompetenz* referente a la base de legitimidad de sus titulares.¹⁵

La justicia constitucional como alternativa de control de las determinaciones de las instituciones comunitarias

En contraste con el ámbito político, en el ámbito jurisdiccional existe mayor credibilidad en las instituciones de justicia, en los medios de control de la constitucionalidad del poder y en la protección de los Derechos Humanos, a disposición de los ciudadanos, reconocidos y garantizados judicialmente a nivel nacional e internacional.

A favor de la protección más efectiva de estos derechos, los tribunales nacionales que controlan la constitucionalidad han establecido en sede jurisprudencial, la innegable existencia de la materia constitucional que resiste la presencia del Derecho comunitario, hablando en términos de soberanía. Este núcleo constitucional y sus elementos fundamentales son reconocidos y preservados conforme a la conocida doctrina de los contralímites (*controlimiti*) y al control *ultra vires*.¹⁶ Sobre este tema, hay algunas constituciones cuyos límites materiales forman parte del parámetro explícito para juzgar la constitucionalidad del Derecho europeo (Finlandia, Suecia, Portugal y Grecia). También existe la posibilidad de definir los límites materiales implícitos y no textuales comprendidos en el núcleo constitucional a través de la doctrina y de la jurisdicción de las Cortes Constitucionales, sobre la base de su competencia en materia de control de la constitucionalidad del propio Derecho comunitario.

En estas condiciones, la competencia de los jueces constitucionales para controlar en última instancia la compatibilidad del Derecho europeo con los límites establecidos por el sistema constitucional nacional, sin la posibilidad de que sus decisiones sean superadas por medio de una modificación a la Ley Fundamental, *se manifiesta en este contexto, como una garantía de tutela de los ciudadanos europeos frente a las instituciones comunitarias que en muchos sentidos les parecen lejanas y ajenas a sus intereses legítimos y a sus preocupaciones más significativas.*

¹⁵ Cfr. Mezzeti, Lucca, *Sistemi e Modelli di Giustizia Costituzionale*, Tomo I, Padova, Antonio Milani, 2009.

¹⁶ La primera acuñada en Italia y el segundo de origen alemán, surgieron en contraposición a los actos vulneradores y *ultravires* (que van más allá) de los principios que expresan la identidad de sus respectivas constituciones, es decir su núcleo constitucional.

En este punto, la coexistencia de las jurisdicciones nacionales y la comunitaria también representa una parte importante de la complejidad jurídica y política que caracteriza a la Unión Europea. Al respecto, el Profesor Sabino Casese,¹⁷ quien fuera juez en el Tribunal Constitucional de Italia, refiere que tal problemática no se limita a lo anterior, sino se extiende en dos direcciones más: una que apela a la relación entre los ordenamientos jurídicos nacionales y los órdenes supraestatales, y otra que se refiere al estudio de las relaciones entre regímenes regulatorios globales, en cuyo contexto se percibe la fragmentación de los regímenes jurídicos y la proliferación de tribunales internacionales «equiordenados» (una torre de Babel de voces judiciales).¹⁸

Sin duda, se ha visto que ante tales retos, el diálogo entre las cortes comunitarias y nacionales, si bien no ha estado exento de tensiones y diferencias, ha sido indispensable, sea desde el punto de vista formal, como práctico, para procurar la coordinación y armonización de los diferentes órdenes jurídicos, sobre todo en los casos de evidente choque entre jurisdicciones y criterios jurisprudenciales. Al respecto, cabe señalar que hasta la fecha, en los ámbitos de competencia del Tribunal de Justicia Europeo y en el de los tribunales constitucionales nacionales, no siempre existen criterios jurisprudenciales claramente compartidos por todos, en particular, en lo relativo a los asuntos más sensibles.

Por un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo, tiene el monopolio sobre la interpretación del Derecho comunitario y por el otro, los tribunales constitucionales de cada Estado miembro pueden declarar la nulidad de los actos nacionales encaminados a la aplicación de las normas comunitarias cuando infrinjan los «núcleos duros» de las constituciones y los principios «constitucionales», lo cual implica que no existe, hasta este momento, una uniformidad exegética del Derecho de la Unión. En tal virtud, cada tribunal constitucional nacional asume la responsabilidad de tutela de los Derechos Humanos de los ciudadanos europeos, salvaguardando la soberanía del Estado, sin perjuicio del reconocimiento condicionado de sus obligaciones comunitarias (p. e., teoría de los «contralímites» en Italia, sentencias *Solange* en Alemania), situación que representa, sin duda, según la percepción ciudadana, un mecanismo institucional compensatorio del déficit de legitimidad democrática en el seno de la Unión Europea, antes señalado.

¹⁷ Cfr. Casese, Sabino, *I Tribunali di Babele, I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli Editore, 2009, p. 6.

¹⁸ *Idem*.

**Estado de Derecho y metropolización, como marco para el
cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos
en la Zona Metropolitana del Valle de México**

Adrián BENÍTEZ RUIZ

División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho
Universidad Nacional Autónoma de México

Resumen

El Estado de Derecho y la metropolización tienen una importancia mayúscula en la Zona Metropolitana del Valle de México; espacio de múltiples interacciones humanas y materiales en conflicto que requiere del derecho como elemento ordenador de la convivencia para el cumplimiento de obligaciones y ejercicio pleno de derechos.

*Rule of Law and Metropolization, as a framework for the obligations and exercise
of rights fulfillment within the Metropolitan Mexican Valley Area*

Abstract

The rule of law and metropolization have great relevance in the Mexican Valley Metropolitan Area; space of multiple human and material interactions in conflict which require the right as an organizer element of coexistence, for the fulfillment of obligations and full exercise of rights.

Introducción

El presente ensayo es parte de los avances del proyecto de investigación: La Reforma Política de la Ciudad de México y el Estado de Derecho en la Zona Metropolitana: «Estudio crítico al Decreto de Reforma Constitucional de 2016», que se está realizando en el Programa de Maestría en Derecho de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Máxima Casa de Estudios de México.

En él se analiza el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos desde el enfoque que presenta el Derecho a la Ciudad, entendido en un sentido amplio que no se limita a reivindicar los derechos humanos en un territorio, sino que implica obligaciones por parte de la autoridad y responsabilidades de la población en la gestión, producción y desarrollo de la ciudad, para lo cual se inserta su disquisición en el marco conformado por el Estado de Derecho y el fenómeno de la metropolización, en el que la Zona Metropolitana del Valle de México (ZMVM), funge como parámetro contextual que se distingue mundialmente como un espacio de variadas y múltiples interacciones humanas y materiales, y por ende un lugar en conflicto permanente y creciente que requiere necesariamente del derecho como elemento ordenador de la convivencia, de la planeación y del desarrollo en condiciones de igualdad y equidad, que haga posible el cumplimiento de obligaciones por parte de quienes la gobiernan para el ejercicio pleno de derechos, pero con responsabilidades también de quienes la habitan, visitan o transitan.

Debido a los límites que impone la extensión del presente trabajo, no será posible profundizar en el tratamiento de muchos de los temas que se presentan, sin embargo, se hará especial énfasis en aquellos que estimulan el debate, considerando que solo representa un punto de partida para la realización futura de investigaciones de mayor amplitud y profundidad, que permitan un mejor conocimiento del tema que ahora nos ocupa.

1. Estado de Derecho y metropolización en la ZMVM

El estudio del Estado de Derecho y del fenómeno de la metropolización está adquiriendo actualmente una importancia mayúscula en el mundo, derivado del crecimiento que están teniendo los centros de población con significativa importancia económica y demográfica, que en un contexto de competitividad global están teniendo procesos descontrolados de urbanización que los están convirtiendo en metrópolis y megalópolis, así como en centros de poder en las que prácticamente todas las funciones relevantes de la sociedad tienden a concentrarse (Iracheta, 2007: 58); en las que si bien el desarrollo económico es muy relevante, el mantenimiento del Estado de Derecho resulta crucial como base de la gobernabilidad y sin el cual no es posible su realización; ya que megalópolis como la Zona Metropolitana del Valle de México (ZMVM), son también un espacio de variadas y

múltiples interacciones humanas y materiales, y por ende un lugar en conflicto permanente y creciente que requiere necesariamente del derecho como elemento ordenador de la convivencia, de la planeación y del desarrollo en condiciones de igualdad y equidad, que haga posible el cumplimiento de obligaciones para el ejercicio pleno de derechos de quienes la habitan, visitan o transitan.

Pero la ZMVM es más que una definición teórica o dada por una legislación; en el terreno de los hechos es una sola ciudad, y también una unidad económica, social y territorial fracturada política y administrativamente, conformada de acuerdo con el Consejo para el Desarrollo Metropolitano del Valle de México (CDMVM), por el Distrito Federal ahora Ciudad de México con 16 demarcaciones territoriales, 59 municipios pertenecientes al Estado de México y 21 municipios del Estado de Hidalgo, (CDMVM, 2012: 10) que la constituye en el área urbana más importante del país que ha tenido un crecimiento desbordado en las últimas décadas, en la que de acuerdo al Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en 2010 la Ciudad de México contaba ya con 8,9 millones de habitantes, los 59 municipios del Estado de México 11,1 millones y los 21 municipios del Estado de Hidalgo 1,1 millones (INEGI, 2010), de los más de 21,1 millones de personas que habitan la ZMVM, mismos que representan el 18 % de la población nacional, de las cuales 53 % vive en los municipios conurbados del Estado de México; 42 % en la Ciudad de México y 5 % en los municipios del Estado de Hidalgo teniendo las mayores concentraciones de población, las delegaciones y municipios ubicados al oriente y al norte de la misma (CDMVM, 2012: 14), lo cual ha dado como resultado un gradual pero sostenido desequilibrio entre la demanda y la capacidad para proporcionar los servicios públicos que requiere y por tanto, en el cumplimiento de obligaciones por parte de las autoridades para el ejercicio pleno de derechos de quienes la habitan, visitan o transitan.

Por si eso no fuera poco, la ZMVM además de ser el centro económico, político-social y religioso más importante de México, también es la concentración urbana más poblada de América Latina y la tercera más grande del planeta de acuerdo con el reporte «Perspectivas Mundiales de Urbanización» de la Organización de las Naciones Unidas.

Al respecto nuestro orden jurídico nacional no prevé instrumentos adecuados de gobierno para ocuparse de los fenómenos inherentes a la metropolización creciente que están sufriendo la ZMVM y demás centros urbanos del país; y lo peor, no los ha concebido,

porque la idea de un «gobierno metropolitano», trastocaría la estructura formal y material de poder en el país (Cárdenas, 1994: 21-38), lo cual supondría incluir una zona dotada de autonomía y de personalidad jurídica propia que afectaría la idea de contar exclusivamente con tres niveles de gobierno.

Por lo que en un área metropolitana con dichas dimensiones y con equilibrios tan frágiles y déficit en la aplicación del Estado de Derecho, no es posible cumplir cabalmente con obligaciones y mucho menos con el ejercicio pleno de derechos, porque se acaban por imponer contextos de violencia de diverso tipo y de desequilibrio social; por la participación de personas, grupos, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluidos los propios poderes y niveles de gobierno que confluyen en la ZMVM, que al defender sus propios intereses reproducen esquemas de confrontación y patrones de exclusión que conflictúan a todos contra todos, porque en general dichos actores saben que no se hacen cumplir en ella por igual las leyes, que además en muchos casos no se aplican con independencia, lo que da al traste con ellas aunque sean compatibles con normas y principios internacionales de derechos humanos.

2. Cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos en la ZMVM, como parte del Derecho a la Ciudad.

Para contextualizar adecuadamente el análisis del cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos en la ZMVM, desde el enfoque del Derecho a la Ciudad teniendo como marco al Estado de Derecho, resulta de especial importancia señalar que el fenómeno de la metropolización, no se incorporó en el Decreto por el que se declararon reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México el 29 de enero de 2016.

Lo cual sin duda alguna representa un grave error, ya que el artículo 122 constitucional solamente refiriere que la Federación, la Ciudad de México, así como sus demarcaciones territoriales, y los Estados y Municipios conurbados de la ZMVM, establecerán mecanismos de coordinación administrativa en materia de planeación del desarrollo y ejecución de acciones regionales para la prestación de servicios públicos, en términos de una ley que todavía tiene que emitir el Congreso de la Unión; destacando que

en el *establecerán*, no se advierte obligatoriedad alguna que garantice la coordinación intergubernamental necesaria en el área, lo cual es de suma importancia a efecto de evitar que sigan llevándose a cabo acciones desarticuladas e incluso contradictorias.

En ese orden de ideas, el hacinamiento y la pobreza en la ZMVM no son la excepción como resultado de la búsqueda de la población por acceder a mejores condiciones de vida, y para las que la mayoría de la veces los gobiernos no han tenido la capacidad de garantizar de manera adecuada el derecho a la ciudad, y sobre lo cual, me parece oportuno destacar a la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad como un esfuerzo del Foro Social de las Américas y del Foro Mundial Urbano, que la impulsaron como un instrumento dirigido a contribuir con las luchas urbanas y con el proceso de reconocimiento en el sistema internacional de los derechos humanos, del derecho a la ciudad impulsado desde el I Foro Social Mundial en la ciudad Brasileña de Porto Alegre en 2004 (Carta Mundial, 2004).

Si bien la ZMVM está constituida por dos Estados y la Ciudad de México, esta última siempre ha tenido un papel preponderante en dicha área como ciudad central, en la que su centro ha sido precisamente un eje dentro del tejido metropolitano en los ámbitos urbano e histórico (Carrión, 2001: 42); por lo que en ese orden de ideas se refiere con respecto del Derecho a la Ciudad, que el mismo es concebido por la Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad (Carta, 2010), en un sentido amplio al definirlo de la siguiente forma:

El Derecho a la Ciudad como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en el respeto a sus diferencias, expresiones y prácticas culturales, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y a un nivel de vida adecuado. El Derecho a la Ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos.

Y es que precisamente dicha definición como referente, es fundamental para el análisis y entendimiento del cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos en la ZMVM; en la que de acuerdo a la Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad,

se identifican por un lado a los sujetos de derechos como a las personas que habitan y transitan por ella sin discriminación, ejerciendo la titularidad de manera individual o colectiva, y por el otro a los sujetos obligados, mismos que son las autoridades y servidores públicos, señalando como corresponsables de promover y hacer efectivos los derechos y lineamientos para su implementación a las organizaciones sociales, organizaciones de la sociedad civil, instituciones académicas, sector privado y habitantes; cuya participación en conjunto tiene como guía el ejercicio pleno de los derechos humanos y el cumplimiento de las obligaciones que de ellos se derivan, así como la democratización de todos los procesos que conforman y buscan concretar en forma corresponsable los fundamentos estratégicos del derecho a la ciudad; mismos en los que se pueden advertir sus propias negaciones en el terreno de los hechos, los cuales son importantes analizar con un enfoque metropolitano en la búsqueda por entender este tipo de procesos tan complejos.

De tal forma que desde esa óptica, la ciudad toda, la ZMVM a la que todos aspiramos por ejemplo, debe ser democrática y por tanto se deben de respetar en ella el derecho a la libertad de expresión y manifestación, pero como hacerlo si su ejercicio se ha entendido como un derecho a la realización de marchas, manifestaciones, plantones y bloqueos por parte de grupos de presión que por su dimensión generan una afectación brutal sobre los casi 22 millones de viajes metropolitanos que se realizan diariamente en ella (INEGI, 2008), entre los que participan más de 5,5 millones de vehículos activos en la zona que han visto reducido aún más su tiempo de traslado por la implementación equivocada de un reglamento de tránsito en la Ciudad de México, que tiene una naturaleza eminentemente recaudatoria que solo se ha sumado a la generación de eternos congestionamientos, que originan cuantiosas pérdidas horas-hombre, que tienen un impacto directo en la productividad, además de provocar una excesiva contaminación atmosférica, incitada en buena parte por quienes son responsables de mantener en condiciones aceptables el transporte público y privado, afectando con ello la salud y el medio ambiente, así como el derecho al libre tránsito, al trabajo, a la educación o a la salud de quienes la habitan, visitan o transitan.

3. Conclusiones.

En condiciones así, en la ZMVM es difícil el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos, que ante la ausencia de respeto al Estado de Derecho, no se puede pensar en avanzar a ningún lado, porque se acaban por imponer contextos de violencia y de desequilibrio social; que tiene como signos entre otros, la afectación de la estabilidad económica y social a la que se suman los principales sujetos de derechos, los sujetos obligados y los corresponsables, al actuar sin sumar esfuerzos y por ende sin posibilidad de generar sinergias, propiciando la duplicación o incluso la anulación de sus propias acciones, al no contar con objetivos comunes con enfoque integral, que hace imposible alinear recursos y generar niveles de bienestar que podrían lograrse gobernando con una visión de conjunto; a la que acaban por imponer sus intereses políticos, económicos y personales por la falta de desarrollo de un modelo de gestión que procese y coordine adecuadamente las relaciones intergubernamentales, para la planeación y gestión de un desarrollo urbano sustentable, que considere un horizonte de tiempo que vaya más allá del que duran las propias administraciones.

Se tiene que apostar al fortalecimiento del Estado de Derecho en tanto instrumento ordenador de la convivencia en sociedad, para que a partir de su vigencia, el Derecho sea el eje articulador de la planeación de un desarrollo urbano sustentable en las ciudades, que priorice el bien común por encima de los intereses capitalistas y depredadores del espacio urbano y el medioambiente, que a pesar de situaciones extremas garantice respeto a la legalidad como condición para estándares de igualdad, equidad y de justicia en el acceso a bienes y servicios urbanos como agua potable, transporte público digno y suficiente, así como a servicios de salud, educación, cultura y esparcimiento, mismos que encuentran su máxima expresión en los centros urbanos y en donde el fracaso del derecho y el desarrollo ha mostrado sus rostros más dramáticos.

De tal suerte que las zonas metropolitanas mexicanas y en especial la ZMVM, requieren nuevos instrumentos de planeación que promuevan la cooperación entre distintos órdenes de gobierno y la participación de la sociedad civil, por lo que analizar y promover la discusión sobre la conveniencia de incorporar el ámbito metropolitano al marco constitucional, como un nuevo orden de gobierno o bien como una instancia obligatoria de

coordinación entre órdenes de gobierno involucrados (SEDATU, 2014), es una acción ineludible que requiere de una propuesta concreta.

4. Bibliografía

CÁRDENAS, Jaime: 1994, «Reflexiones sobre la Reforma Política al Distrito Federal», en Actualización Jurídica 1994, serie G. estudios doctrinales, núm. 166, México, UNAM, III, pp. 21-38.

CARRIÓN, Fernando: 2001, «Medio siglo en camino al tercer milenio: los centros históricos en América Latina», en Fernando Carrión (ed.), *Centros Históricos de América Latina y el Caribe*, Ecuador, FLACSO, pp. 29-93.

CARTA DE LA CIUDAD DE MÉXICO POR EL DERECHO A LA CIUDAD, 2010, México.

CARTA MUNDIAL DEL DERECHO A LA CIUDAD: 2004, Foro Social de las Américas – Quito – Julio 2004, Foro Mundial Urbano - Barcelona – Quito – Octubre.

CONSEJO PARA EL DESARROLLO METROPOLITANO DEL VALLE DE MÉXICO: 2012, *Programa de Ordenación de la Zona Metropolitana del Valle de México, Actualización 2012, Síntesis Ejecutiva*, México, SEDESOL/GDF/GEM/GEH/UNAM, CH, PUEC.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA: 2008, Encuesta Origen-Destino 2007. México: INEGI, GDF, GEM.

——— 2010, XIII Censo General de Población y Vivienda. México.

IRACHETA, Alfonso: 2007, «Coordinación metropolitana en México: la urgencia de una decisión», en Moreno Pérez, Salvador y Meixueiro Nájera, Gustavo, (coords.), *El desarrollo metropolitano y la sustentabilidad de las ciudades*, México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública Cámara de Diputados/ LX Legislatura, pp. 57-68.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: 2012, *Perspectivas Mundiales de Urbanización*.

SECRETARÍA DE DESARROLLO AGRARIO, TERRITORIAL Y URBANO, SEDATU: 2014, *Documento Base para la elaboración de los Programas Nacionales de Desarrollo*

Urbano y Vivienda 2013-2018, Gobierno de la República, México, SEDATU, CONAVI,
30 de abril, México.

Adrián Benítez Ruiz, alumno del Programa de Maestría en Derecho, División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, con residencia en la Ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos, [adrian.benitez@comunidad.unam.mx].

HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA EN MÉXICO

Cecilia del Carmen AZUARA ARAI

Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Un nuevo régimen de transparencia y acceso a la información ha sido recientemente implementado en México. La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública fue publicada el 4 de mayo de 2015 en el *Diario Oficial de la Federación*, y con la adecuación de las leyes locales y el ordenamiento federal, se completa el marco normativo de primer nivel que permitirá hacer efectiva en su totalidad la reforma constitucional en materia de transparencia de 2014.

Después de casi treinta años de una acotada interpretación de lo dispuesto por el artículo 6.º constitucional que desde 1977 previó que el derecho a la información debía ser garantizado por el Estado, la transparencia y el derecho de acceso a la información en México se desarrollaron vertiginosamente desde 2002, año en que se publicó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Desde entonces a la fecha, se presentaron muchos sucesos¹ e intentos de regresión,² pero ha prevalecido en el esquema de transparencia mexicano una constante evolución hacia

¹ En 2006 la totalidad de las entidades federativas contaban con una Ley de Transparencia y Acceso a la Información. A partir de entonces, se dieron dos reformas constitucionales al artículo 6.º, la primera cuyo propósito fue establecer los principios y bases mínimas a que debía sujetarse el derecho de acceso a la información con el fin de disminuir las asimetrías para su ejercicio, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 20 de julio de 2007. La segunda reforma constitucional otorgó autonomía constitucional al órgano garante y amplió su ámbito de competencia con el claro propósito de implementar un Sistema Nacional de Transparencia, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 2014.

² Entre los intentos de retroceso más emblemáticos, está la iniciativa para reformar la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, promovida en 2006 por los entonces senadores Jorge Zermeno y Fauzi Hamdam, cuyo fin era anular la inatacabilidad de las resoluciones del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública para los sujetos obligados, otorgando competencia a ese Tribunal para conocer de impugnaciones que promovieran las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en contra de las resoluciones emitidas por el órgano garante del derecho de acceso a la información, a través de un juicio de lesividad. El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública realizó una importante campaña contra la reforma, la cual afortunadamente no prosperó pues atacaba dos de los principios fundamentales del derecho de acceso a la información: la sencillez y la expeditéz de los procedimientos. Destaca también la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales en 2008, la cual estableció la reserva absoluta y a perpetuidad de las averiguaciones previas, lo que en definitiva constituyó un retroceso pues el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública había otorgado acceso a versiones públicas de estos expedientes, en los que se omitía cualquier dato personal que permitiera identificar a los involucrados, esta reforma atentó contra las características que deben imperar en la reserva de información: debe ser temporal y debe atender a razones de interés público.

mecanismos más eficientes y uniformes para ejercer nuestro derecho. El modelo de transparencia mexicano ha sido ejemplo para países latinoamericanos y ha sido reconocido por el uso de la tecnología en favor de su implementación.

La nueva Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública desarrolla articuladamente los principios constitucionales que deben regir en la materia, establece los parámetros mínimos que deben seguirse para garantizar de manera efectiva el derecho de acceso a la información y una política de transparencia en todos los órganos del Estado Mexicano.

El nuevo Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales amplía sus facultades y su ámbito de competencia de manera importante. Se crea un Sistema Nacional de Transparencia, así como nuevas y más complejas obligaciones para los órganos y organismos del Estado mexicano. Se plantea un régimen sancionatorio mucho más estricto y se generan nuevos procedimientos de denuncia.

El nuevo régimen de transparencia implicó una transitoriedad que aún está en curso, las obligaciones de transparencia que impone el nuevo marco jurídico deberán de cumplirse el 4 de mayo de 2016, muchos cambios han tenido lugar a partir de la reforma al artículo 6.º constitucional de 2014, por ello se intenta realizar una aproximación hacía las complejidades de su implementación.

En ese contexto, concluiré con algunas consideraciones que, a mi juicio, irán dando la pauta sobre las dificultades del nuevo régimen, sin menoscabo de los avances alcanzados para garantizar de manera más efectiva el derecho de acceso a la información.

Antecedentes

El 7 de febrero de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Transparencia.

La reforma de mérito otorgó autonomía constitucional al entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, ampliando su competencia a todos los organismos constitucionales autónomos, los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como cualquier persona física, moral o sindicatos que reciban y ejerzan recursos públicos o realicen actos de autoridad en el ámbito federal. Este órgano garante también conocerá de los recursos que interpongan los particulares respecto de las resoluciones de los organismos autónomos especializados de los estados y del Distrito Federal que determinen la reserva, confidencialidad, inexistencia o negativa de la información, en los términos que establezca la ley. Asimismo, el órgano garante podrá atraer de oficio o a petición fundada del organismo garante equivalente en el estado o en el Distrito Federal, los recursos de revisión que por su interés o trascendencia así lo ameriten.

El caso de excepción es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues en términos de la reforma, los recursos de revisión interpuestos contra solicitudes de acceso a información, serán resueltos por un comité integrado por tres ministros; es decir, el INAI no se constituye como autoridad para el máximo tribunal del país, a efecto de respetar justamente esa calidad.

Destaca que las resoluciones del organismo garante federal serán vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados. Sin embargo, el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal podrá interponer recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los términos que establezca la ley, solo en los casos en los que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional conforme a la ley de la materia.

El artículo Segundo transitorio del Decreto previó que el Congreso de la Unión debería expedir la Ley General del artículo 6.º constitucional, así como las reformas que correspondieran a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y demás ordenamientos necesarios en un plazo de un año, contado a partir de la fecha de publicación del citado Decreto.

Las legislaturas de las entidades federativas y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal también contarían con un plazo de un año, a partir de la entrada en vigor del Decreto, para armonizar su normatividad.

El pasado 4 de mayo se publicó en la edición vespertina del *Diario Oficial de la Federación*, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública –en adelante, la Ley General–. Dicho ordenamiento, en términos del artículo primero transitorio, entró en vigor al día siguiente de su publicación, no obstante, se estableció un régimen transitorio para su aplicación paulatina.

A continuación se describen los aspectos más relevantes de la nueva Ley General, a la cual se circunscribe este análisis, en el entendido de que la Ley Federal en la materia y las leyes locales, deben estar en sintonía con la General

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Disposiciones Generales

En términos del artículo 1, la Ley General tiene por objeto establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicatos que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la federación, las entidades federativas y los municipios.

Entre los objetivos de la Ley General, destacan los de establecer las bases mínimas que regirán los procedimientos para garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información, establecer las bases y la información de interés público que se debe difundir proactivamente, regular la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, así como promover, fomentar y difundir la cultura de la transparencia en el ejercicio de la función pública, el acceso a la información, la participación ciudadana, así como la rendición de cuentas, a través del establecimiento de políticas públicas y mecanismos que garanticen la

publicidad de información oportuna, verificable, comprensible, actualizada y completa, que se difunda en los formatos más adecuados y accesibles para todo el público, atendiendo en todo momento las condiciones sociales, económicas y culturales de cada región (artículo 2).

El Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, se transforma en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

Principios y bases del derecho de acceso a la información

La Ley General desarrolla los principios y bases previstos en el artículo 6.º constitucional, como el de gratuidad, máxima publicidad y expeditez, entre otros. Asimismo, promueve que en la información que generan los sujetos obligados se use un lenguaje sencillo para cualquier persona y en la medida de lo posible, esta sea accesible y traducida a lenguas indígenas. De igual forma, la Ley General establece que toda persona tiene derecho de acceso a la información sin discriminación por motivo alguno y que no se podrá condicionar el ejercicio de este derecho por motivos de discapacidad.

Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (SNT)

En términos de la Ley General se crea el SNT, conformado por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, los organismos garantes de las entidades federativas, la Auditoría Superior de la Federación, el Archivo General de la Nación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

El SNT tiene, entre sus funciones, establecer lineamientos, instrumentos, objetivos, indicadores, metas, estrategias, códigos de buenas prácticas, modelos y políticas integrales, sistemáticas, continuas y evaluables, tendientes a cumplir con los objetivos de la Ley; promover e implementar acciones para garantizar condiciones de accesibilidad para que los grupos vulnerables puedan ejercer, en igualdad de condiciones, el derecho de acceso a la información, así como coadyuvar en la elaboración, fomento y difusión entre los sujetos obligados de los criterios para la sistematización y conservación de archivos que permitan localizar eficientemente la información pública, de acuerdo a la normatividad en la materia.

Cabe señalar que de la Ley General no se desprende si los lineamientos que expida el SNT serán vinculantes para los sujetos obligados.

Comités de Transparencia y Unidades de Transparencia

Los comités de información se denominan en términos de la Ley General, comités de transparencia, mientras que las unidades de enlace son unidades de transparencia.

La Ley General establece requisitos que orientan la conformación de los comités de transparencia, sin señalar quiénes deben integrarlo.³ Se indica que los comités deben integrarse por un número impar, sus integrantes no deberán depender jerárquicamente entre sí y adoptarán sus determinaciones por mayoría.

Las funciones de los comités de transparencia son prácticamente las mismas que prevé la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, no obstante, entre las nuevas atribuciones, destaca la de ordenar, en su caso, a la áreas competentes que generen la información que derivado de sus facultades, competencias y funciones deban tener en posesión, o que previa acreditación de la imposibilidad de su generación, exponga de forma fundada y motivada las razones por la cuales en el caso particular no ejercieron dichas facultades, competencias o funciones.

En el caso de las unidades de transparencia, también se mantienen en lo general las funciones previstas por la Ley Federal para las unidades de enlace. Entre las nuevas atribuciones, cabe hacer notar que se les faculta para promover e implementar políticas de transparencia proactiva procurando su accesibilidad.

Plataforma Nacional de Transparencia

En sustitución del Sistema INFOMEX y con un proyecto más ambicioso, el artículo 49 de la Ley General establece que los organismos garantes desarrollarán, administrarán, implementarán y pondrán en funcionamiento la plataforma electrónica que permita cumplir con los procedimientos, obligaciones y disposiciones señaladas en la propia Ley para los

³ Podría pensarse que la Ley Federal que eventualmente se expida, sí precise la integración de los Comités de Transparencia.

sujetos obligados y organismos garantes, de conformidad con la normatividad que establezca el SNT atendiendo a las necesidades de accesibilidad de los usuarios.

La Plataforma Nacional de Transparencia estará conformada por al menos los siguientes sistemas:

- a) Sistemas de solicitudes de acceso a la información
- b) Sistema de gestión de medios de impugnación
- c) Sistemas de portales de obligaciones de transparencia, y
- d) Sistema de comunicación entre organismos garantes y sujetos obligados.

La Ley General señala que deberá promoverse la publicación de información en datos abiertos⁴ y accesibles.

Cultura de transparencia y apertura gubernamental

La Ley General establece que los sujetos obligados deberán cooperar con los organismos garantes para capacitar y actualizar de forma permanente a todos sus servidores públicos.

Los organismos garantes emitirán políticas de transparencia proactiva para incentivar a los sujetos obligados a publicar información adicional a la que establece como mínimo la Ley General. Estas políticas tendrán como propósito promover la reutilización de la información, considerando la demanda de la sociedad, identificada con base en las metodologías previamente identificadas.

Los organismos garantes en el ámbito de sus atribuciones, coadyuvarán con los sujetos obligados y representantes de la sociedad civil en la implementación de mecanismos de colaboración para la promoción e implementación de políticas y mecanismos de apertura gubernamental.

⁴ Se entiende por datos abiertos en términos de la propia Ley General, los datos digitales de carácter público que son accesibles en línea que pueden ser usados, reutilizados y redistribuidos por cualquier interesado y que tienen las siguientes características: accesibles, integrales, gratuitos, no discriminatorios, oportunos, permanentes, primarios, legibles por máquinas, en formatos abiertos y de libre uso. Ver artículo 3, fracción VI de la Ley General.

Obligaciones de transparencia

Se dispone que las obligaciones de transparencia deberán publicarse en los sitios de internet correspondientes de los sujetos obligados y a través de la Plataforma Nacional. Esta información deberá actualizarse cada tres meses, salvo que la ley prevea un plazo distinto. El SNT emitirá criterios para determinar el plazo mínimo que deberá permanecer disponible y accesible la información, atendiendo a las cualidades de la misma.

Asimismo, se prevé que en la página de inicio de los portales de internet de los sujetos obligados habrá un vínculo de acceso directo al sitio donde se encuentren las obligaciones de transparencia, el cual deberá contar con un buscador.

Los organismos garantes y los sujetos obligados deben establecer las medidas que faciliten el acceso y búsqueda de la información para personas con discapacidad y se procurará que la información publicada sea accesible de manera focalizada a personas que hablen alguna lengua indígena.

En términos de la Ley General, los sujetos obligados pondrán a disposición de las personas interesadas equipos de cómputo con acceso a internet que les permitan consultar la información o utilizar el sistema de solicitudes de acceso a la información en las oficinas de las unidades de transparencia.

Cabe señalar que el número de obligaciones de transparencia –información que deben publicarse de oficio– crece considerablemente.

Se prevé que cualquier persona pueda denunciar ante los organismos garantes la falta de publicación de las obligaciones de transparencia, por lo que se prevé un procedimiento para tal efecto.

Por el incumplimiento de obligaciones de transparencia, podrán imponerse medidas de apremio o sanciones en términos de los procedimientos previstos por la ley.

Información clasificada

La Ley General prevé como información clasificada, aquella que temporalmente pueda considerarse reservada y la que, por ser titularidad de particulares, se considera confidencial.

a) Información reservada

Los titulares de las áreas de los sujetos obligados son los responsables de clasificar la información. El plazo por el que se puede reservar la información es por cinco años, con posibilidad de ampliar dicho plazo por cinco años más, y transcurrido ese plazo en supuestos concretos por otros tres años más,⁵ en caso de que subsistan las causas que dieron origen a la clasificación.⁶

Cada área del sujeto obligado elaborará un índice de expedientes reservados semestralmente, el cual deberá publicarse en formatos abiertos⁷ al día siguiente de su elaboración.

La clasificación de la información se llevará a cabo en el momento en que se reciba una solicitud de acceso a la información, se determine mediante resolución de autoridad competente, o se generen versiones públicas para dar cumplimiento a las obligaciones de transparencia.

Los documentos clasificados total o parcialmente, deberán llevar una leyenda que indique tal carácter, la fecha de clasificación, el fundamento legal y, en su caso, el periodo de reserva.

⁵ Transcurrido el plazo de reserva, cuando se trate de información cuya publicación pueda ocasionar la destrucción o inhabilitación de la infraestructura de carácter estratégico para la provisión de bienes o servicios públicos; se refiera a política monetaria, cambiaria o del sistema financiero del país; cuando pueda poner en riesgo la estabilidad de las instituciones financieras susceptibles de ser consideradas de riesgo sistémico o del sistema financiero del país; pueda comprometer la seguridad en la provisión de moneda nacional al país, o pueda incrementar el costo de operaciones financieras que realicen los sujetos obligados del sector público federal.

⁶ La normatividad vigente permite clasificar por un plazo de 12 años y ampliar dicho plazo siempre que subsistan las causas que dieron origen a su clasificación.

⁷ El artículo 3, fracción X de la Ley General, señala que se entiende por formatos abiertos al conjunto de características técnicas y de presentación de la información que corresponden a la estructura lógica usada para almacenar datos de forma integral y facilitan su procesamiento digital, cuyas especificaciones están disponibles públicamente y que permiten el acceso sin restricción de uso por parte de los usuarios.

b) Información confidencial

La clasificación de esta información no está sujeta a temporalidad y solo podrán tener acceso a ella, los titulares de la misma, sus representantes y los servidores públicos facultados para ello.

Los sujetos obligados podrán permitir el acceso a la información confidencial, para lo cual requerirán obtener el consentimiento del titular de la información. No se requerirá obtener el consentimiento cuando:

- La información se encuentre en registros públicos o fuentes de acceso público
- Por Ley tenga el carácter de pública
- Exista una orden judicial
- Por razones de seguridad nacional y salubridad general, o para proteger los derechos de terceros, se requiera su publicación, o
- Cuando se transmita entre sujetos obligados, y entre estos y los sujetos de derecho internacional, en términos de los tratados y los acuerdos interinstitucionales, siempre y cuando la información se utilice para el ejercicio de facultades propias.

Procedimiento de acceso a la información

Las solicitudes de acceso a la información deben presentarse ante la unidad de transparencia respectiva vía correo electrónico, correo postal, mensajería, telégrafo, verbalmente o por cualquier otro medio aprobado por el SNT. En todos los casos, deberán ingresarse a la Plataforma Nacional.

El solicitante podrá requerir que la información le sea entregada en un formato accesible o en la lengua indígena que solicite.

El nombre del solicitante o los datos de localización de la información no podrán ser en ningún caso requisitos indispensables para la procedencia de la solicitud.

En casos justificados, la información se podrá poner a disposición del solicitante en consulta directa, salvo que se trate de información confidencial.

La Ley General establece que el plazo para otorgar las respuestas a solicitudes de información no podrá exceder de 20 días hábiles y podrá ampliarse por causa justificada por 10 días más.

Destaca que cuando la información no se encuentre, el Comité de Transparencia podrá, siempre que sea materialmente posible, ordenar que se genere o se reponga la información en caso de que esta tuviera que existir en la medida que deriva del ejercicio de las facultades, competencias o funciones de las áreas competentes. Asimismo, el Comité podrá ordenar que, previa acreditación de la imposibilidad de su generación, las áreas competentes expongan de forma fundada y motivada, las razones por las cuales en el caso particular no ejercieron dichas facultades, competencias o funciones; lo cual se notificará al solicitante a través de la Unidad de Transparencia.

Recurso de Revisión

El solicitante podrá interponer ante el órgano garante, un recurso de revisión contra la respuesta otorgada por el sujeto obligado dentro de los 15 días siguientes a la fecha de notificación.

En ningún caso será necesario que el particular ratifique el recurso de revisión interpuesto, ni se podrá prevenir por el nombre proporcionado por el solicitante.

El órgano garante deberá resolver el recurso en un plazo que no exceda de 40 días, el cual podrá ampliarse por 20 días más, siempre que haya razones que lo justifiquen.

Cumplimiento

Los sujetos obligados deberán notificar al órgano garante sobre el cumplimiento de la resolución a los recursos de revisión. Excepcionalmente y considerando circunstancias especiales, se podrá solicitar al órgano garante que se amplíe el plazo para el cumplimiento de la misma.

El organismo garante verificará de oficio la calidad de la información con la que se pretenda cumplir con la resolución, y a más tardar al día siguiente de recibir el informe dará

vista al recurrente para que, dentro de los cinco días siguientes, manifieste lo que a su derecho convenga.

En caso de que el organismo garante considere que no se cumplió la resolución, emitirá un acuerdo de incumplimiento, lo notificará al superior jerárquico del responsable de dar cumplimiento y determinará las medidas de apremio o sanciones que correspondan.

Medidas de Apremio

Las medidas de apremio –se consideran la amonestación pública o la multa de ciento cincuenta hasta mil quinientas veces el salario mínimo general vigente en el área geográfica de que se trate- no podrán cubrirse con recursos públicos. Estas serán impuestas por los organismos garantes y ejecutadas por sí mismos o con apoyo de la autoridad competente, de conformidad con los procedimientos que se establezcan en las leyes respectivas.

Sanciones

Se prevé que el incumplimiento en materia de transparencia y acceso a la información por parte de los partidos políticos, el organismo garante competente dé vista al Instituto Nacional Electoral o a los organismos públicos locales electorales de las entidades federativas competentes, para que resuelvan lo conducente, sin perjuicio de las sanciones establecidas para los partidos políticos en las leyes aplicables.

En aquellos casos en que el presunto infractor tenga la calidad de servidor público, el organismo garante deberá remitir a la autoridad competente, junto con la denuncia correspondiente, un expediente en que se contengan todos los elementos que sustenten la presunta responsabilidad administrativa. La autoridad que conozca del asunto, deberá informar de la conclusión del procedimiento y en su caso, de la ejecución de la sanción al organismo garante que corresponda.

*Régimen Transitorio*⁸

La Ley General entró en vigor al día siguiente de su publicación y en tanto no se expida la Ley General en materia de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, permanecerá vigente la normatividad federal y local en la materia.

En un plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley General, debieron armonizarse las leyes en la materia, y transcurrido dicho plazo, el INAI es competente para conocer de los medios de impugnación que se presenten de conformidad con la Ley General.

Los sujetos obligados conforme a los lineamientos que emita el SNT, tuvieron hasta un año, contado a partir de su entrada en vigor, para incorporarse plenamente a la Plataforma Nacional de Transparencia.

Asimismo, los sujetos obligados debieron mantener en sus respectivas páginas de internet, la información que hasta antes de la entrada en vigor de la Ley General tenían disponible en las mismas. Las nuevas obligaciones establecidas en la Ley General serán aplicables respecto de la información que se genere a partir de la entrada en vigor de la propia Ley General.

Cabe señalar que en cumplimiento a las disposiciones transitorias que señalan que el Consejo Nacional del SNT, este se integró formalmente el 23 de junio de 2015 y ha emitido ya los lineamientos que le instruye la Ley.

Consideraciones finales

A más de 10 años de la expedición de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en la nueva Ley General se reconocieron diversos aspectos que debían ser regulados, a efecto de transitar hacia un régimen más garantista del derecho de acceso a la información.

⁸ El 17 de junio de 2015, el INAI publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, establece las bases de interpretación y aplicación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

La reforma constitucional de 2014 en materia de transparencia, que dio lugar a la expedición de una Ley General, sometió a las mismas reglas a todos los sujetos obligados, otorgando autonomía constitucional al órgano garante y posicionándolo como autoridad no solo del Poder Ejecutivo, sino de los poderes Legislativo y Judicial, organismos constitucionales autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral, sindicato que reciba o ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la Federación, las entidades federativas y los municipios.⁹

Sin duda, el que todos los sujetos obligados sean sometidos a un mismo esquema de transparencia es plausible, sobre todo cuando a lo largo de estos años fue evidente que aún obligados a cumplir reglas mínimas de transparencia, la mayoría de los sujetos obligados distintos del Poder Ejecutivo, desarrollaron pobremente criterios y lineamientos que orientaran su actividad hacia un régimen más transparente.

Este rubro merece particular atención. Si bien el esquema es idóneo para eliminar asimetrías en el ejercicio del derecho de acceso a la información, sería un error mayúsculo pensar que someter en igualdad de condiciones a cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo público, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como a cualquier persona física, moral o sindicatos que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la federación, las entidades federativas y los municipios, será la llave para consolidar instantáneamente un régimen de transparencia. La ruta puede ser mucho más complicada y deben reconocerse que las diferencias entre los sujetos obligados no son menores y pueden significar un reto importante para los órganos garantes, en particular, para el INAI. Por supuesto encontramos entre los sujetos obligados características comunes a cualquier organización, y no cabe duda que en ese rubro deben aplicarse los mismos criterios con independencia del sujeto obligado de que se trate, sin embargo, sus funciones sustantivas y la diversa forma de operar los distinguen.

El entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos ya enfrentaba un reto ante la diversidad de materias de las que conocía dentro de la

⁹ En términos de la reforma, es competente para revisar las resoluciones de los órganos garantes locales y para atraer de oficio o a petición fundada del órgano garante respectivo, los asuntos que por su importancia o trascendencia así lo ameriten.

Administración Pública Federal, a ello debemos sumarle ahora, no solo otras materias, sino otras formas de organización e incluso, de naturaleza jurídica. El tipo de información que obra en los archivos del Instituto Nacional Electoral es distinta a la que se genera en el seno de un sindicato, de un partido político o de la que posee la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, o incluso de la que se encuentra en los archivos del Banco de México.

Hemos señalado la ausencia de criterios y lineamientos en materia de transparencia por parte de prácticamente todos los sujetos obligados distintos del Poder Ejecutivo, en la mayoría de los casos, habrá que empezar sin precedentes orientadores o relevantes en los temas sustantivos de las instituciones. Muchos de los sujetos obligados ni siquiera sistematizaron las solicitudes de acceso a información y sus respuestas correspondientes al régimen anterior. A manera de ejemplo, en el caso de las universidades públicas, particularmente de la Universidad Nacional Autónoma de México ¿se han transparentado los concursos de oposición? ¿las cláusulas de confidencialidad que pacta están justificadas en todos los casos? ¿se han dado a conocer los méritos de un profesor para obtener algún reconocimiento? ¿Son públicas las resoluciones que dicta el Tribunal Universitario? ¿Hay esquemas que permitan conocer el desempeño de un profesor frente a sus alumnos? Muchas interrogantes más podrían plantearse, pero lo que se busca es evidenciar la complejidad que representa la diversidad que hay entre la información que se genera en los distintos sujetos obligados.

La autonomía no puede ni debe amparar la opacidad. La diferente naturaleza jurídica de los sujetos obligados o la diversidad de sus funciones no les otorgan un pasaporte para actuar sin transparencia, la reforma constitucional en materia de transparencia ha dejado constancia de ello. No es más un tema de vida interna, es un asunto de interés público conocer cómo funcionan los sujetos obligados, de qué forma se toman las decisiones, qué justifica su actuación y cómo ejercen su presupuesto. No hay excepciones, el Constituyente ya determinó quiénes debían estar sujetos a este régimen de transparencia.

Es aquí donde la política de transparencia de las instituciones se hará notar. Si apostamos realmente a una política que elimine las asimetrías en el ejercicio del derecho, pero en la que se reconozcan las diferencias entre las actividades sustantivas de los sujetos obligados, esa política debe incentivarse al interior de los propios sujetos obligados. La Ley General

da pie para ello, al preservar la figura del comité de transparencia. Debe apostarse a que estos órganos colegiados se constituyan como la instancia interna especializada en temas de transparencia y acceso a la información y funcionen como revisores eficaces ante eventuales negativas de información, de tal forma que sean un filtro eficaz antes del INAI o del órgano garante local, y se asuman como actores responsables de implementar la política de transparencia en el ámbito de sus atribuciones. Para ello, su conformación será fundamental, pues quienes lo integren deben estar comprometidos con su tarea y conocer los principios y bases que orientan este derecho.

Los sujetos obligados tienen pues una gran responsabilidad, no olvidemos que la conformación del comité de transparencia hasta ahora es su responsabilidad. La perspectiva no debe ser del mínimo esfuerzo para enmendar el error cuando lo instruya el INAI o el órgano garante local, la visión que deberá imperar es la de generar criterios sólidos que permitan ir orientando la tarea del órgano garante y fortalezcan el esquema de transparencia institucional. Al menos en el orden federal, el INAI debe generar redes sólidas con los comités de información, propiciar su fortalecimiento y abonar a su especialidad.

En ese rubro, la reciente reforma constitucional en materia de transparencia y la Ley General expedida por ese motivo, obligan a la implementación de una política pública homóloga, coordinada y congruente entre los diversos sujetos obligados, para lo cual, el INAI deberá asumirse como eje rector, más allá de la creación del Sistema Nacional de Transparencia, pero sin duda, los sujetos obligados, ya sea un órgano constitucional autónomo, una universidad, un sindicato, un partido político o cualquier otro, deberá asumir su propia responsabilidad dentro de la política de transparencia, será este el camino que conducirá a menores encuentros con el órgano garante y lo que coadyuvará a que el volumen y especialidad de los asuntos no vulneren la eficacia del INAI.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que el régimen de transparencia implementado desde el 12 de junio de 2002 –fecha en que entró en vigor la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental– fue mucho más sencillo que el que ahora se presenta con la nueva Ley General. Si se considera que un ordenamiento de esta naturaleza está fundamentalmente dirigido a los individuos que eventualmente pueden ejercer su derecho, se puede afirmar que se sacrificó la sencillez que antes se encontraba en

la Ley con el objeto de regular muchos de los espacios que fueron aprovechados para no garantizar a cabalidad este derecho. De 64 artículos que comprendía la Ley Federal, hoy la Ley General contiene 216, sin contar que además hay una Ley Federal, leyes estatales, diversos lineamientos y seguramente normatividad secundaria que podrá emitirse para aspectos particulares. Solo los años de implementación nos permitirán evaluar si ha valido la pena restar sencillez a un ordenamiento de esta naturaleza.

Ahora bien, en términos del artículo 30 de la Ley General, el Sistema Nacional de Transparencia está conformado por el INAI, los organismos garantes de los estados, la Auditoría Superior de la Federación, el Archivo General de la Nación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía. En los primeros proyectos se conceptualizó al SNT como un espacio de coordinación, no obstante, la Ley General prevé que dicho Sistema emita lineamientos, indicadores, diseñe políticas, entre otros. Se antoja complejo con tal número de integrantes, operar ese Sistema y consolidarlo como el espacio que genere una política pública nacional. De hecho, sería materia de otro análisis el examinar los alcances del propio SNT frente a los sujetos obligados, pues no todos ellos tienen la misma naturaleza jurídica y ello podría hacer aún más compleja su operación.

En cuanto a las obligaciones de transparencia, la Ley General prevé un esquema exhaustivo en el que habrá que publicar mucho más información que la que actualmente se publica. Esto genera varias interrogantes ¿Se publicará realmente la información que más interés genera? ¿Se logrará tener portales amigables e intuitivos con tal cantidad de información? ¿La carga adicional de trabajo para los sujetos obligados es proporcional al beneficio que se obtenga al publicar la información que ahora se constituye como obligación de transparencia? ¿Los recursos humanos y materiales que se empleen se justificarán en cuanto a la utilidad de publicar la información en cuestión?

Lo más acertado hubiera sido un régimen mínimo de obligaciones de transparencia, y mayor libertad para publicar proactivamente información que refleje el trabajo sustantivo de las instituciones. Por supuesto, orientar los esfuerzos a ser más transparentes a partir de más información publicada, pero con la mayor certeza de que se trata de información útil e interesante para la sociedad. Tratándose de transparencia proactiva, la publicación de información en los sitios de internet, debe llevar detrás un trabajo conjunto con grupos de la

sociedad civil, a efecto de conocer qué les interesa que se publique periódicamente y cómo les interesa que se publique. Parece que los legisladores olvidaron que mayor información publicada no necesariamente genera instituciones más transparentes.

Lo anterior, está directamente vinculado con la distinción que debe hacerse en materia de obligaciones de transparencia, pues por un lado están aquellas que son comunes a todos los sujetos obligados, como la remuneración de los servidores públicos o los contratos celebrados, y por la otra, aquellas que dan cuenta de las funciones sustantivas y particulares de los sujetos obligados.

En el caso de las primeras –obligaciones comunes– es útil generar un parámetro de publicación que permita que estas puedan ser comparadas entre sí, pero en el caso de las segundas hubiera valido la pena dar mayor libertad a los sujetos obligados para publicarla en los términos que se considere más adecuado, sin menoscabo de cumplir con ciertas características en su publicación que permitan garantizar que la información será clara, útil y más accesible para quien la consulta.

En efecto, el SNT publicó para cada obligación de transparencia formatos, con el propósito de que la información pueda cruzarse y compararse, pero los formatos también se establecieron para las obligaciones particulares de los sujetos obligados, es decir, las que corresponden a sus atribuciones sustantivas, sin que estos resulten los más adecuados, a pesar de que, en estos casos, la información no será comparable porque no hay otra autoridad que realice esas tareas.

A manera de ejemplo, el Instituto Nacional Electoral tiene que llenar una serie de formatos respecto de información en materia electoral, que desde la perspectiva de esa materia no necesariamente atiende a los criterios de mayor transparencia o incluso en algunos casos el formato contiene reactivos o rubros que no son precisos o aplicables, sin que tenga una utilidad comparativa, pues en el ámbito de competencia del Instituto, no hay otra autoridad que ejerza sus mismas facultades.

Después de más de 10 años era necesario revisar y perfeccionar el esquema de transparencia en nuestro país, no podía subsistir la falta de uniformidad en los criterios e interpretaciones en las diversas entidades federativas. No podían continuar asimetrías tan

amplias entre los distintos poderes, los órganos constitucionales autónomos y demás sujetos obligados. Debe reconocerse que mientras en el ámbito del Poder Ejecutivo se trataba de implementar –de manera muy incipiente– una política de gobierno abierto y transparencia proactiva, había sujetos obligados que no cumplían adecuadamente las obligaciones de transparencia mínimas que establecía el artículo 7 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental vigente.

No hay leyes perfectas, por ello, en esta materia el papel del INAI será fundamental en la interpretación del nuevo esquema de transparencia en el país. La implementación de la Ley General y de los ordenamientos que vendrán, constituyen un reto mayúsculo. Recordemos que las atribuciones del INAI se multiplicaron en relación con las que tuvo el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, por lo que se abren espacios de oportunidad, pero también de vulnerabilidad para la institución. Generar una política nacional sin traspasar los límites del federalismo, no será un esfuerzo menor. Habrá que ir trazando el camino, con interpretaciones sencillas y criterios claros. El Sistema Nacional de Transparencia deberá probar que puede ser eficaz y eficiente.

El Gobierno Federal también tendrá un rol central, pues deberá ejercer con responsabilidad la facultad que tiene conferida a través del Consejero Jurídico para impugnar las resoluciones del INAI que puedan poner en peligro la seguridad nacional en términos de la ley de la materia. Recordemos que una de las características de nuestro régimen de transparencia hasta antes de la reforma constitucional de 2014, que contó con un amplio reconocimiento por parte de la sociedad y de otros países, fue precisamente la inatacabilidad de las resoluciones del órgano garante por parte de los sujetos obligados, lo que abonó a la expeditéz, sencillez y gratuidad del procedimiento para ejercer este derecho. La posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación revise supuestos de seguridad nacional –concepto amplio y variable– puede convertirse en una gran tentación en perjuicio de los solicitantes, máxime cuando en casi 15 años de aplicación de la Ley Federal en la materia, no hubo vulneración alguna a la seguridad nacional, aun cuando los sujetos obligados lo argumentaron en múltiples ocasiones, siendo muchas de estas

negativas de información revocadas por el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos.¹⁰

La Ley General es apenas el inicio en la implementación de una renovada política pública en materia de transparencia. El régimen diseñado en la reciente reforma constitucional apenas se vislumbra, falta mucho por construir. Debe trabajarse arduamente en generar una cultura de transparencia vinculada a la función pública, este es un gran pendiente que ha quedado del régimen anterior. Si bien se reconocen avances, es preciso que la transparencia sea considerada parte de la rutina diaria. Mientras los funcionarios públicos no asuman que la transparencia es un valor intrínsecamente ligado al servicio público, a poco podremos aspirar con una Ley, pues por mejor diseñada que esta se encuentre, siempre se encontrarán recovecos para darle la vuelta. Esperemos pues que el nuevo régimen sea la punta de lanza para lograrlo.

¹⁰ A manera de ejemplo pueden consultarse las resoluciones 5084/10 y 5009/13, entre otras, en <http://consultas.ifai.org.mx/Sesionessp>.

Jurisprudencia de la Virtud:

Su importancia como obligación judicial del Estado democrático

Marco Antonio SANDOVAL LÓPEZ
Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

Resumen

La resolución de conflictos entre particulares es una de sus funciones primordiales de Estado; inclusive, su justificación. Así, reconociendo la importancia fundamental con que se encuentra revestida la función jurisdiccional, ya sea que se considere desde el punto de vista para lograr un equilibrio para el adecuado ejercicio del poder en el Estado, o bien, para procurar alcanzar decisiones que puedan ser denominadas *justas*, lo cierto es que el papel del juez asume una nueva dimensión que requiere un análisis con una perspectiva que ponga en primer plano al hombre que busca entender el Derecho para lograr sus fines; que enfatice lo *humano* del Derecho. La jurisprudencia de la *Virtud* se erige como la mejor elección para emprender este estudio.

Palabras clave: Jurisprudencia de la Virtud, jurisdicción, ética.

Abstract

The resolution of conflicts between individuals is one of the primary functions of the State; even it could be its justification. Hence, recognizing the fundamental importance with which is coated the jurisdictional function, whether from the point of view of achieving a balance for the proper exercise of power in the State, or to try to achieve decisions that can be called fair, what is certain is that the role of the judge takes on a new dimension that requires an analysis with a view to put in the foreground the man who seeks to understand the law in order to achieve its purposes; by remarking the humanity of the law. The Virtue Jurisprudence stands as the best choice to undertake this study.

Keywords: Virtue Jurisprudence, jurisdiction, ethics.

El Derecho debe ser una técnica al servicio del ideal de la justicia.

El hombre, como persona de Derecho, ha sido objeto de estudio desde diversas vertientes y perspectivas: sociológicas, psicológicas, filosóficas y dentro del mismo Derecho. Una de estas vertientes jurídicas, reflejada en el proceso, ha estudiado cómo una vez institucionalizada la acción para que sea dirigida hacia el Estado y no hacia el semejante, a fin de que sea un tercero investido de poder estatal quien dirima los conflictos entre particulares, es que solemos perder de vista que ese tercero, muchas veces impersonalizado, es, finalmente, un hombre.

El pretender hacer énfasis en el hombre, en el juzgador que conoce de un conflicto y lo resuelve, es una de las mejores formas de volver a humanizar el Derecho; de retomar la brújula que en la actualidad suele perderse, ya que generalmente la doctrina subraya sus elementos internos, y se aíslan de las reflexiones en torno al sujeto que *vive* el fenómeno jurídico.

La jurisprudencia de la *Virtud* como la proponemos consiste en el estudio sistemático del uso de las virtudes en el ámbito jurídico, específicamente en el judicial, sin cuestionar su validez como elementos decisorios fundamentales. Es decir, la jurisprudencia de la *Virtud*, bajo una perspectiva ética, considera a las virtudes, en lugar de parámetros consecuencialistas o deontológicos, como parámetros de validez de resolución.

Así, durante el desarrollo de la actividad jurisdiccional, ética y virtud pueden darse cita de manera distintiva y no ser relegadas a planos secundarios o como codificación, situación esta última que podría tender a desnaturalizar ambos conceptos, pues tanto ética como virtud deben permanecer libres e inacabadas para ser eficaces en la práctica.

El autor Fernando Savater (Savater, 1995: 71 y 75) menciona: «Virtudes son las formas de comportamiento más eficaz que tienen los hombres para conseguir lo que

consideran supremamente valioso»; «la virtud es el arte de realizar con eficacia lo que quiere la voluntad de valor».

Sin pretender rebasar los límites temáticos de esta opinión, y bajo la conciencia que un análisis detallado sobre la Virtud nos tomaría demasiado tiempo, podemos afirmar, con base en lo referido por Savater, que la Virtud guía al hombre para alcanzar una decisión o adoptar una actitud que represente una resistencia frente a dos extremos opuestos, o bien, frente a una situación que moralmente resulta reprochable.

Tomando como base la premisa del equilibrio expuesta, resulta más sencillo evidenciar por qué los otros modelos que también se sirven de la Virtud para resolver conflictos, esto es, deontologismo y utilitarismo, al adoptar esquemas codificados, más «cerrados» (cerca de reglas silogísticas), es que resienten en mayor medida las críticas a las que son objeto a menudo, en tanto que si se revistiera con una perspectiva ética amplia, es decir, casuística y de forma autónoma, como se propone a través de la Jurisprudencia de la Virtud, podría enfrentar con mayor éxito las eventuales críticas y contar con mayor posibilidad de arribar a una solución razonable.

Expuesto lo anterior, un uso adecuado de la Virtud como paradigma decisorio judicial, que permita al juzgador, en primer término, percibir rasgos distintivos de cada caso planteado, para así determinar el curso del proceso y arribar a una determinación razonable (probablemente así, justa) cobra mayor relevancia cuando se advierte que el poder judicial, a diferencia del ejecutivo y legislativo, únicamente puede adquirir y desarrollar su legitimidad ante la sociedad a través de la razonabilidad de sus sentencias.

Razonabilidad y justicia, entonces, se integran como una especie de binomio indisoluble. Una determinación justa, necesariamente, se encontrará revestida de razonabilidad, en tanto que una decisión razonable, puede aspirar, sin muchas dificultades, a ser distinguida como justa. Por ejemplo, Thomas Jefferson, (Sartori, 1993: 93) declaraba que «aunque la voluntad de la mayoría debe prevalecer en todos los casos, esa voluntad, para ser justa (*to be rightful*) debe ser razonable».

Ahora bien, en términos prácticos, conviene clarificar cómo la Jurisprudencia de la Virtud puede intervenir para proponer soluciones. Primero, términos que se encuentran ligados a principios, como lo es «orden público», «sociedad» o «libertad», que podemos describir con un grado de abstracción relevante, pueden ser definidos de

manera casuística, en contextos más pequeños, de modo que podamos arribar a razones más nítidas en las que su eficacia argumentativa resulte contundente.

Como ejemplo, en el caso del concepto de orden público, que en los ordenamientos mexicanos suele emplearse tan a menudo, no es posible proporcionar una definición estática que pueda amoldarse a todas las circunstancias y casos; por el contrario, el concepto requiere dotarse de dinamismo a fin de que, con base en un particularismo fuerte, pueda atribuírsele un alcance específico en cada controversia, de acuerdo a diversos criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación mexicana.

Bajo esa perspectiva, es posible alcanzar esquemas intersubjetivos que puedan gozar de mayor aceptabilidad general, pues aun cuando la sociedad dista mucho de ser un ente uniforme con un ideario estable, es posible encontrar consensos entre sus integrantes, de modo que una decisión pueda ser calificada como razonable por una mayoría, en tanto que el resto, posiblemente con mayor información, o con posterioridad a una reflexión serena, se encuentre dispuesta a reconocer la decisión como tal.

En el ámbito doctrinario, (Amaya, 2015: 1783) destaca la pertinencia de «especificar» los valores de las normas. Es decir, se debe tratar de formar una concepción del valor o de poner en práctica una concepción previamente aceptada de un valor, además que al especificarlos se puede reformularlos y permitir la solución de conflictos.

Por ejemplo, como lo describe la misma autora, en un caso de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, se podría proceder tratando de especificar y refinar esos valores. A esto puede agregarse que, en términos de la Jurisprudencia de la Virtud, podría tomarse en consideración de manera adicional las características de los sujetos involucrados, así como la finalidad de la información que se pretende hacer pública: no podría darse el mismo tratamiento al caso de un reportero que ha descubierto sucesos que podrían configurar ilícitos en los que se involucra a un funcionario público, que al reportero de una publicación de espectáculos que describe las relaciones sentimentales de algún personaje público, de forma sensacionalista.

Inmediatamente el lector podrá advertir que en el primer caso surge una inquietud respecto a la seguridad del reportero, y puede interrogarse válidamente sobre

la veracidad de las fuentes que tomó en cuenta, el sentido de la nota y las conclusiones a las que haya arribado el informante, así como las implicaciones políticas que pudiera suscitar, las cuales en un ámbito democrático ideal, de constante intercambio de ideas y posturas, y de un control efectivo de las entidades gubernamentales por parte del ente soberano, resulta altamente deseable. Es posible afirmar que estas consideraciones pueden generar un sentimiento inicial de «licitud» hacia la información obtenida, no obstante que deban examinarse minuciosamente los elementos que integren el expediente respectivo, para poder arribar a una conclusión definitiva.

En claro contraste, en el segundo caso ejemplificado, el lector puede estar consciente de que la nota obtenida difícilmente podría impactar de manera relevante a la discusión informada sobre algún tema de interés social específico; es decir, puede cuestionarse su utilidad pública fuera del probable interés comercial que podría generar. De esta manera, la esfera de la intimidad personal parece cobrar mayor importancia en este supuesto aunque, nuevamente, resultaría necesario revisar el caso de actualizarse en la realidad para establecer en lo específico, los alcances de los valores en conflicto.

Basándose en lo anterior, desde la perspectiva de la Jurisprudencia de la Virtud, el juez puede concebir al sistema normativo como un entorno flexible de su función jurisdiccional, en el entendido que su decisión se deberá fundar en la prioridad de los bienes tutelados y de construir esquemas de convivencia más igualitarios, tomando en consideración su facultad de interpretar la ley o valerse de principios para adaptarlos a la evolución socio-política del contexto de las partes sobre las cuales ha de emitir sentencia.

Después, en torno a la idea de humildad o madurez del auditorio a fin de que exista la posibilidad permanente de modificar su opinión respecto a una determinación judicial, implica, por una parte, que el juzgador efectúe un ejercicio auténtico de *parrhesía*¹ como hablar franco que sea visible en la sentencia, que le permita aspirar a un grado de legitimación ante la sociedad, pero sobre todo, consigo mismo. Si se tiende

¹ Nos referimos con este término a la exposición de la verdad sin temor a represalias o consecuencias indeseables. En palabras de Michel Foucault (Foucault, 2010: 30): «Para que haya parrhesía (...) es necesario que el sujeto, [al decir] una verdad que marca como su opinión, su pensamiento, su creencia, corra cierto riesgo, un riesgo que concierne a la relación misma que él mantiene con el destinatario de sus palabras. (...) Es pues la verdad, con el riesgo de la violencia».

una mano lingüística y veraz de este modo, será más probable que el destinatario adquiriera mayor confianza y no la deje tendida. Inclusive, la sentencia podría ser objeto de análisis desde un enfoque académico, y los investigadores tendrían que reconocer, con independencia que coincidan o no con el sentido de la resolución, el esfuerzo del juzgador por arribar a una determinación razonable, así como sus justificaciones.

Como se advierte, la postura de Jurisprudencia de la Virtud exhorta al juzgador no propiamente a renunciar a los elementos de la lógica formal, sino a que se pregunte constantemente si no ha pasado por alto algún rasgo significativo en el asunto sometido a su conocimiento, por el cual podría arribar a una conclusión completamente alejada del silogismo judicial, sin que ello implique, *per se*, una transgresión al sistema jurídico. Por el contrario, a veces la ley es injusta y el juzgador debe declararla de ese modo, esto es, razonar que se presenta un estado de excepción, pues de aplicar la norma de manera ordinaria se produciría un efecto adverso o incompatible con los principios jurídicos aceptados en esa comunidad, generalmente plasmados en una Constitución.

Al abordar el tema de la justicia, resulta ineludible que dediquemos algunas consideraciones en torno a ella, aun cuando resulta evidente que estas breves líneas son insuficientes para intentar desarrollar nuestras convicciones respecto a ese elevado valor. No obstante lo anterior, ya que hemos considerado que la Jurisprudencia de la Virtud es una perspectiva idónea para coadyuvar de manera directa y activa para alcanzar ese ideal, podemos hacer referencia a las palabras del autor E. Dupréel, citado por Perelman (1964: 70-71), mismas que se amoldan armónicamente con las reflexiones ya expuestas:

No hay un ideal de justicia único. (...) Hay formas múltiples del ideal de justicia, y cada una tiene un contenido que no es nunca la justicia pura, lo justo en sí, sino que es un ideal cualquiera, reductible a alguna otra forma de aspiración moral desinteresada. (...) Por esta razón, el ideal de justicia es invariablemente un aspecto que se da a un ideal determinado, cualquiera y variable. La justicia es el nombre prestigioso que se da al bien que se concibe.

Por ello, la Jurisprudencia de la Virtud al enfocarse en el hombre, como agente apto de practicar virtudes que le permitan incrementar su capacidad de percepción de rasgos únicos en cada asunto, puede contribuir a generar las condiciones intelectuales idóneas a fin de alcanzar una decisión *justa*.

La gran ventaja que ofrece la Jurisprudencia de la Virtud, o bien, esta perspectiva aretaica (como se le conoce en algunos textos doctrinarios) es el reconocer que, dadas las características de la virtud y de la ética, entendida esta como la aplicación práctica de la virtud derivada de un juicio interno e íntimo, no aspira a establecer un catálogo procedimental o codificar las características que deban guiar el actuar jurisdiccional. Dicho de otro modo, a diferencia de otras teorías jurídicas sobre la decisión judicial, la Jurisprudencia de la Virtud no pretende establecer cánones o lineamientos predeterminados, que en la práctica, al igual que la ley, tenderán siempre a resultar insuficientes.

Conclusiones

Como corolario de lo expuesto, con independencia de la opinión que pueda compartirse o no de lo aquí expuesto, es innegable que el Estado democrático para perseguir debidamente sus fines requiere de *buenos* jueces. Si se preguntara qué o quién es un buen juez, podríamos contestar que es aquel que se encuentra al servicio de la justicia. La justicia de este modo comprendida es la precursora de una convivencia armónica en sociedad que pretende alcanzar, de manera plena, un Estado de Derecho, democrático, mismo que se traduciría, de manera somera, en un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo, recordando a la Constitución Federal mexicana.

En suma, si fuese necesario un resumen de las ideas anteriores en un lenguaje mucho más ordinario, pero que también podríamos dirigir al juez, podríamos afirmar que la Jurisprudencia de la Virtud le aconseja lo siguiente: 1) Estudia cada asunto con el esmero que pondrías si se tratara de un interés propio; 2) Ponte en el lugar de las partes: piensa por un momento como lo harían ellas y procura comprender sus razones fuera de los supuestos normativos, sumérgete en su contexto; 3) Sé valiente, y 4) No hay reglas: decide por ti mismo.

González de la Vega (2005: 271) afirma: «El juez es un jurista, pero también es un hombre lejos del automatismo y sabe que el nuevo derecho no se funda en esa aspiración ciega de la norma por la imposición definitiva, sino que está sumergido en un mundo real». El autor nos habla de un «nuevo derecho». Sin embargo, como hemos expuesto, consideramos que el Derecho, en un sentido general, no es materia del conflicto, ya que es el resultado de un esfuerzo notable del raciocino humano por

establecer bases de convivencia. Por ello, probablemente no sea necesario hablar de un nuevo derecho, pero sí de nuevos y mejores jueces, comprometidos no con la ley, sino con la justicia para contribuir de manera activa, directa y principal a la realización y protección de los fines de cualquier Estado Democrático Constitucional de Derecho.

Contacto: jinete_arquero@hotmail.com

Bibliografía

- AMAYA, Amalia (2015): «Virtudes y Filosofía del Derecho», *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015, vol. 3.
- FOUCAULT, Michel (2010): *El coraje de la verdad. El gobierno de sí y de los otros II*, 1.ª ed., traducción de Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René (2005): *Justicia e Ideología*, 1.ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.
- PERELMAN, Chaim (1964): *De la justicia*, 1.ª ed., trad. de Ricardo Guerra, México, Centro de Estudios Filosóficos UNAM, 1964.
- SARTORI, Giovanni (1993): *¿Qué es la democracia?*, 1.ª ed., trad. de Miguel Ángel González Rodríguez, México, Patria, 1993.
- SAVATER, Fernando (1995): *Invitación a la ética*, 5.ª ed., Barcelona, Anagrama, 1995.

LA FACULTAD DE INVESTIGACIÓN COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Mtro. Marcelo GUERRERO RODRÍGUEZ
Universidad Nacional Autónoma de México.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Problemática derivada de sus efectos no vinculatorios*. III. *Inconveniencia de su transferencia a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

RESÚMEN: La facultad de investigación constituye una garantía constitucional en México que tiene como fin determinar la existencia de la trasgresión grave de derechos humanos por parte de altos funcionarios estatales a través de una determinación que carece de efectos vinculatorios. Originalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación era el titular de dicha atribución hasta que en junio de 2011 se trasladó a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. El objetivo de la presente ponencia es analizar brevemente la problemática derivada de los efectos no vinculatorios de la facultad de investigación y la inconveniencia de su transferencia a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Asimismo, se establecen alternativas para que ese mecanismo jurídico pueda fortalecerse como garantía constitucional.

ABSTRACT: *The faculty investigation is a constitutional guarantee in Mexico, whose purpose is to determine the existence of a serious human rights transgression by any state functionary that has a non-binding effect. Originally, the Supreme Court of Justice was responsible of such attribution, until June 2011 when it was transferred to the National Human Rights Commission. The objective of this paper is to briefly analyze the problems derived from such non-binding effects of the faculty investigation and the inconveniences present caused by its transfer to the National Human Rights Commission. In addition, it provides alternatives so that the judicial mechanism can become stronger as a constitutional guarantee.*

I. INTRODUCCIÓN

Un Estado constitucional de derecho es aquel en que los funcionarios estatales y todo ente público que ostente el poder, se encuentra sometido a la Constitución, así como a las leyes que emanen de ella, siempre y cuando se ajusten a su contenido.

Entre los elementos que conforman al Estado constitucional de derecho, se encuentra la garantía judicial, la cual en un sentido amplio, se traduce en la defensa de la Constitución, cuyo contenido lo conforman los medios preventivos de protección, y

aquellos que restablecen el orden constitucional transgredido, en los casos que esas prevenciones no hayan resultado efectivas.¹

A estos últimos la doctrina les ha denominado garantías constitucionales, las cuales son indispensables en un Estado constitucional de derecho, porque implican la propia eficacia de la Carta Magna, su respeto, y aseguran la existencia del orden efectivo, pues si la autoridad transgrede la norma, estas garantías serán los medios jurídicos para resarcirla.²

La facultad de investigación es una garantía constitucional en México que tiene por objeto averiguar si determinados hechos constituyeron una violación grave a derechos fundamentales, no con el propósito de restituir a los gobernados afectados en el goce de estos, sino únicamente evidenciar quiénes y por qué cometieron tales trasgresiones, con la finalidad de reintegrar el orden constitucional vulnerado por los propios órganos de poder.

Dicha facultad constituye una garantía constitucional porque a través de una investigación no vinculatoria se determina la existencia de la trasgresión grave de derechos humanos por parte de altos funcionarios estatales.

Su empleo pretende evitar la impunidad de las violaciones cometidas a los derechos fundamentales de los gobernados por parte de las autoridades obligadas a velar por ellos, pues a través de la difusión social de tales trasgresiones, indirectamente propicia que no se vuelvan a repetir.

Es relevante destacar que la facultad de investigación es una garantía constitucional cuyo empleo procede no contra cualquier violación a derechos fundamentales, sino respecto de aquella que se considera grave, lo cual acontece cuando tiene un impacto trascendente en la forma de vida de una comunidad, alterándola, ya sea que la violación se presente en perjuicio de una persona o de un grupo de personas.³

De esta manera, el concepto de gravedad de las violaciones a los derechos humanos, parte de la premisa de una actitud arbitraria intencional de los altos funcionarios estatales encargados directamente de velar por el respeto de los derechos fundamentales de los gobernados.

¹ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4.^a ed., México, Porrúa, 2005, pp. 185 y 186.

² Carpizo, Jorge, «Nuevas reflexiones sobre la Función de Investigación de la Suprema Corte de Justicia a 33 años de distancia», *Revista cuestiones constitucionales*, México, núm. 13, julio-diciembre 2005, UNAM, p. 6.

³ Tesis P. XLVII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 18.

II. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE SUS EFECTOS NO VINCULATORIOS.

Debido a que las determinaciones de la facultad de investigación no constituyen una sentencia, ni una decisión coactiva, la existencia de la garantía constitucional en comento fue objeto de cuestionamientos cuando su titular era la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que no se concebía cómo el máximo tribunal en México, esto es, un órgano con decisiones vinculatorias derivadas del ejercicio de su función jurisdiccional, tenía una atribución de ajena a esa naturaleza.

El empleo de la facultad de investigación en determinados acontecimientos demostró que el solo evidenciar violaciones a derechos fundamentales y señalar las autoridades que la cometieron era insuficiente para que las indagatorias efectuadas por la Suprema Corte logaran la reintegración del Estado constitucional de derecho, debido a que las determinaciones que emitió no fueron acatadas por las autoridades responsables, ni por aquellas competentes para imponer una sanción.

De esta manera, el empleo de la facultad de investigación y sus resultados declarativos, afectaron la imagen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues al ser un tribunal constitucional era inconcebible que tuviera las manos atadas ante violaciones graves a los derechos fundamentales y a la Constitución, lo cual generaba su desgaste como Poder de la Unión y la inconformidad de la sociedad ante su pasividad.

Con motivo de la problemática relatada, el 10 de junio de 2011, el Congreso de la Unión transfirió la facultad de investigación a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, con base en la premisa de que ello permitiría a la Suprema Corte consolidarse como un verdadero tribunal constitucional, pues consideró que la función indagatoria era una atribución que le impedía consolidarse como un tribunal constitucional.

También se determinó que la creación y plena vigencia de un organismo público con las características de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, implicaba que la función de investigación no tuviera razón de existir dentro del cúmulo de facultades de la Suprema Corte, porque precisamente la citada comisión era la institución especializada en la investigación de violaciones a los derechos humanos y, por tanto, a quien debía asignarse esa facultad.

III. INCONVENIENCIA DE SU TRANSFERENCIA A LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Considero que las razones que justificaron la transferencia de la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, parten de premisas incorrectas.

Ciertamente, un tribunal constitucional es un organismo jurisdiccional especializado en solucionar conflictos surgidos de la interpretación y la aplicación directa de las normas constitucionales⁴, por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conocer de garantías constitucionales encaminadas a tal fin, constituye un verdadero tribunal constitucional, con independencia de que posea atribuciones que sean de control de legalidad o ajenas incluso a la función jurisdiccional, como es la facultad de investigación.⁵

Por tanto, la utilización de la función indagatoria no obstaculizó el fortalecimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional, en la medida de que al emplear esa garantía constitucional realizó interpretaciones de los derechos fundamentales con la finalidad de determinar si se incurrió en violaciones graves a estos.

Por ello, aun cuando reconozco que la función de investigación no reúne las características de las atribuciones que posee un tribunal constitucional, considero que en nada habría perjudicado que el procedimiento indagatorio siguiera siendo una facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues lejos de interferir en su consolidación como un órgano de esa naturaleza, permitiría seguir fortaleciendo los derechos fundamentales a través de una interpretación progresista y pro-persona.

La función investigadora permitió al alto tribunal, en su momento, establecer criterios sobre la interpretación y protección de la Constitución y de los derechos fundamentales, los cuales aun cuando no emanan de una resolución con efectos coercitivos, eran susceptibles de tener consecuencias vinculatorias indirectas, pues podían ser utilizados o incorporados a las resoluciones que se dicten en otras garantías constitucionales

⁴ Cfr. Fix Zamudio, Héctor, citado en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Elementos de derecho procesal constitucional*, México, SCJN, 2006, p. 42.

⁵ En ese sentido, véase Corzo Sosa, Edgar, «¿Es la Suprema Corte de Justicia de la Nación un tribunal constitucional?», en Carlos F. Natarén Nandayapa y Diana Castañeda Ponce (coords.), *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado*, SCJN-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 102, México, 2007, pp. 15-19.

jurisdiccionales con efectos coercitivos, como el juicio de amparo o la controversia constitucional.⁶

Por otra parte, si bien es cierto la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es un organismo especializado en la protección de los derechos humanos, ello no implica que necesariamente deba encomendársele todas las atribuciones que tengan por objeto la protección de tales derechos, pues se llegaría al absurdo de otorgarle al *ombudsman* federal atribuciones jurisdiccionales encaminadas a tal fin que no son compatibles con su naturaleza.

En ese sentido, trasladar la facultad de investigación a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, implicó suprimir la única funcionalidad práctica que tenía este medio de control constitucional, que era precisamente la interpretación constitucional que desempeñaba la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es decir, fijar criterios que fueran susceptibles de tomarse en consideración para motivar resoluciones de otros medios de control constitucional, aun cuando no fueran obligatorios.

La transferencia de la facultad de investigación propició que dicho medio de control constitucional perdiera la escasa fuerza que poseía, pues además de suprimir la labor interpretativa de la Corte, las consecuencias de la indagatoria también fueron perjudicadas, es decir, no va a tener el mismo impacto una resolución de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que una emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando en las violaciones graves a derechos humanos estén involucradas autoridades como el Gobernador de un Estado o incluso el propio Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, pues si bien el ombudsman es un organismo constitucional autónomo, lo cierto es que tratándose de altos funcionarios, es mucho mayor el peso que pueda tener una determinación (aun cuando no sea vinculatoria) proveniente de uno de los Poderes Federales, al que se le encomendó en última instancia salvaguardar el Estado constitucional de derecho.

Además, considero que el traspaso de la facultad de investigación a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos pone en riesgo su independencia y autoridad moral, debido a que el empleo de dicha atribución conlleva una fuerte carga política y de presión

⁶ Guerrero Rodríguez, Marcelo, *La transferencia de la facultad de investigación de la SCJN a la CNDH. Retroceso constitucional*. México, Porrúa, 2015, p. 136.

con motivo de que las autoridades que se encuentran involucradas en la violación a los derechos humanos generalmente son aquellas que se encuentran en una posición de alta jerarquía, verbigracia, Gobernador de un Estado e incluso el Presidente de la República, por cuestión de cadena de mando, por lo que es factible que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos se vea obstaculizada por las propias autoridades involucradas en la violación grave a los derechos humanos, pues no tiene las herramientas necesarias para enfrentar una presión política de tal naturaleza.

Por tanto, la transferencia de la facultad de investigación no fortalece a dicha institución sino que la pone en riesgo, pues con motivo de la deficiente reforma a la Constitución –ya que solo se trasladó el texto original pero no se hizo ninguna adición o mejora– es factible que al ejercer dicha atribución en un caso políticamente delicado pueda verse afectada la independencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y, por tanto su, la autoridad moral.

IV. CONCLUSIONES.

Debido a la problemática de que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sea la titular de la facultad de investigación, resulta necesario replantearse nuevas alternativas que permitan ilustrar el camino al Constituyente Permanente, y así determine cuál debe ser el destino de la función indagatoria, en aras de fortalecer al Estado constitucional de derecho.

Como se ha expuesto, la facultad de investigación es una garantía constitucional que no ha resultado ser fructífera, principalmente con motivo de su alcance limitado, porque se impide que sus determinaciones lleguen más allá de la realización de una indagatoria.

Ante tal panorama, parecería que la solución más favorable es la desaparición de la facultad de investigación, pues así se evitaría que se siguiera menoscabando la investidura de quien la ejerce. Sin embargo, considero que no es conveniente suprimir medios de defensa cuando las violaciones a los derechos humanos se cometen todos los días de manera evidente y con impunidad, por lo que estimo que la facultad de investigación no debe desaparecer de nuestro ordenamiento constitucional, porque se dejaría a los gobernados

sin un medio de defensa que, aún con deficiencias, ha permitido evidenciar las violaciones a sus derechos humanos.

Por ende, la citada atribución debe fortalecerse a través de una reforma constitucional que subsane los vicios de los que adolece e implemente consecuencias a la investigación, con el afán de que su empleo permita de manera efectiva la no trasgresión al Estado constitucional de derecho.

Para ello, resulta necesario que se devuelva la facultad indagatoria a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque al ser el máximo protector de la Constitución, es el órgano más calificado para confrontar a las autoridades en altos cargos públicos que vulneren de manera grave los derechos fundamentales.

Una solución consiste en dotar a la facultad de investigación de elementos que permitan que las determinaciones de la Suprema Corte trasciendan y no queden en un simple señalamiento de qué autoridades estuvieron involucradas en la violación grave a derechos fundamentales.

En ese sentido, se considera indispensable que se incorpore al texto de la Constitución la obligación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para establecer lineamientos que fijen formas de reparación a los daños ocasionados a las víctimas, cuando se determine la violación grave a derechos fundamentales, y que también se establezca en la Carta Magna la obligación de la Fiscalía General de la República de equiparar el dictamen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a una denuncia formal, cuando en él se desprenda la posible comisión de delitos perseguibles por oficio.

Sin embargo, es importante resaltar que aun cuando estas medidas sugeridas reducen el riesgo de que las determinaciones del máximo tribunal pasen desapercibidas por las autoridades, esto no garantiza que efectivamente se repare el daño ocasionado o que se les sancione por sus actos violatorios de derechos fundamentales, por lo que estamos nuevamente ante la imposibilidad de que la Suprema Corte pueda hacer algo ante la negativa de las autoridades responsables, dado que sus efectos, siguen sin ser vinculatorios.

En ese sentido, una alternativa más consiste en que las determinaciones que deriven de la facultad de investigación tengan efectos que impidan dejar al arbitrio de las autoridades la instauración de procesos y de sanciones y, en su lugar, sea la propia Suprema Corte quien lo determine.

Así, es conveniente permitir al Alto Tribunal del País ejercer la facultad de consignación prevista en el artículo 107, fracción XVI, de la Constitución; decretar la instauración del juicio político previsto en los artículos 109 y 110 de la Carta Magna, así como la desaparición de poderes de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 76, fracción V, de la Constitución Federal, en los casos en que determine que existió violación grave de derechos fundamentales con el fin de asegurar que sus determinaciones sean cumplidas.

Estimo que las fórmulas que se proponen no *inobservan* el principio de la división de poderes, pues el empleo de la facultad de investigación se deriva de la situación extraordinaria acontecida por la vulneración grave a derechos fundamentales por autoridades pertenecientes a alguno o varios de los Poderes de la Unión; circunstancia que justifica la intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el uso de medios coercitivos que eviten que las determinaciones de la función indagatoria queden solo como una opinión jurídica valiosa, y de esta manera coadyuvar que México pueda considerarse un verdadero Estado constitucional de derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CARPIZO, Jorge: «Nuevas reflexiones sobre la Función de Investigación de la Suprema Corte de Justicia a 33 años de distancia», *Revista cuestiones constitucionales*, México, núm. 13, julio-diciembre 2005, UNAM.
- CORZO SOSA, Edgar: «¿Es la Suprema Corte de Justicia de la Nación un tribunal constitucional?», en Carlos F. Natarén Nandayapa y Diana Castañeda Ponce (coords.), *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado*, SCJN-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie Estudios Jurídicos, núm. 102, México, 2007.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador: *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4.^a ed., México, Porrúa, 2005.
- GUERRERO RODRÍGUEZ, Marcelo: *La transferencia de la facultad de investigación de la SCJN a la CNDH. Retroceso constitucional*. México, Porrúa, 2015.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: *Elementos de derecho procesal constitucional*, México, SCJN, 2006.
- TESIS P. XLVII/2007: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007.

Marcelo GUERRERO RODRÍGUEZ

Correo Electrónico: Marcelo.Guerrero.Rodríguez@correo.cjf.gob.mx

DIRECCIÓN: Poder Judicial de la Federación, Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimoctavo Circuito. Boulevard del Lago n.º 103, Colonia Villas Deportivas Cuernavaca, Morelos, México, C. P. 62370.

**CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO:
POPULISMO PENAL Y DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO.**

CASO: TIERRA CALIENTE 2009 - 2016¹

***ENEMY CRIMINAL LAW CONSIDERATIONS: PENAL POPULISM AND HUMAN
RIGHTS IN MEXICO.***

CASE: TIERRA CALIENTE 2009 - 2016

Javier Augusto de Jesús CONTRERAS VÁZQUEZ

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto reflexionar acerca de la aplicación del llamado Derecho Penal del Enemigo en México y de manera particular, sobre la explotación de una de sus características, el populismo penal o punitivo y sus implicaciones en las posibles violaciones a los Derechos Humanos debido a la clara tendencia de excepción contenida en el concepto mismo. Se muestra también un conjunto de datos que buscan respaldar la afirmación de que el populismo punitivo no tiene un efecto contundente en la reducción de la incidencia delictiva del delito de secuestro. Los datos muestran el efecto del populismo penal entre 2009 y la primera mitad del año 2016.

Palabras clave: Derecho Penal del Enemigo, Populismo penal o punitivo, Derechos Humanos, Secuestro, Crimen Organizado, Tierra Caliente.

Abstract: *This paper aims to reflect on the application of so-called Criminal Law of the Enemy in Mexico and particularly on the exploitation of one of its characteristics, the penal or punitive populism and its implications for possible violations of Human Rights due the clear trend of exception in the concept itself.*

A data set looking to support the claim that the punitive populism does not have a strong effect in reducing the crime rate of kidnapping is also shown.

The data shows the effect of criminal populism between 2009 and the first half of 2016.

Keywords: *Enemy's Criminal Law, criminal or punitive Populism, Human Rights, Kidnapping, Organized Crime, Tierra Caliente.*

¹ Javier Augusto de Jesús Contreras Vázquez, estudiante de Maestría en Derecho del programa de posgrado en derecho de la UNAM, Facultad de Derecho.

Cabaña n.º 16, Fracc. Los Pastores, Naucalpan de Juárez, Estado de México, México.

javiconva@gmail.com

javicont@comunidad.unam.mx

Una visión histórica del Derecho Penal del Enemigo

Hobbes sostendría que el papel del Estado sería el de brindar seguridad a todos aquellos que formamos parte del mismo, como ciudadanos e integrantes de la esfera social, evitando que el estado de guerra se convertirá en la constante, para lo anterior, debíamos ceder una parte de nuestra autonomía y someternos a los mandatos de aquel Estado y así obtendríamos la seguridad deseada.

Desde la visión de Rousseau, como es sabido, lo anterior se alcanzaría gracias a un acuerdo general de voluntades que cristalizarían en el llamado contrato social, documento que sustentaría las bases de la construcción de una república y a su vez, del gobierno que le dirigiría para salvaguardar la paz y la estabilidad de la sociedad. ¿Por qué es necesario retomar estas ideas?

Es menester recordar que los autores deben ser visualizados y entendidos desde el contexto del cual nos hablan; si bien es importante la contribución de los pensadores ya mencionados, requerimos recordar que su circunstancia era otra y todos ellos se encontraban en una tribuna ubicada temporalmente anterior al Estado Constitucional de Derecho así como del reconocimiento y validez universal de los Derechos Humanos, por lo que sería inconcebible que se hiciera referencia al respeto pleno de garantías procesales y a la interpretación que garantizara el cuidado de cualquier ciudadano sin distingo alguno, en términos generales.²

Más cercanos a nuestra época, podemos hallar también la contribución de Carl Schmitt,³ donde podemos comenzar a visualizar las pulsiones autoritarias que llegarían a controvertir los Estados democráticos y sus respectivos parlamentos; en su obra, podemos notar una visión actualizada del papel del enemigo como una potencial amenaza a los Estados.

En la visión Schmittiana de amigo-enemigo, aquellos que se opusieran al régimen social imperante podrían ser separados del resto de la sociedad y serían considerados como sujetos indeseables, no por los hechos que estos llegaran a realizar, sino por la potencial

² Muñoz Conde, Francisco, «Los orígenes ideológicos del Derecho Penal del enemigo», *Colección Debates de Derecho Penal, UBIJUS*, núm. 6, 2010, pp. 48 y 49.

³ Schmitt, Carl, *El Concepto de lo político*, España, Alianza Editorial, 2005.

conducta de los mismos, es decir, comenzó a criminalizarse una conducta que ni siquiera había tenido lugar, describiendo así grupos poblacionales con base en la percepción de inseguridad y miedo, fortaleciendo así los discursos demagógicos empleados a partir de la segunda mitad del siglo XX, lo que causaría una oleada de Estados de excepción y la popularización del Derecho penal del enemigo, elementos clave de los regímenes autoritarios.

Conviene preguntarnos ¿Es compatible la idea de Derecho penal del enemigo con los principios que sustentan a los Estados Constitucionales de Derecho?⁴ México, entraría en esta definición de Estado, por lo que podremos derivar la siguiente pregunta ¿El Derecho penal del enemigo es aplicable en el Estado Mexicano? Toda vez que el mismo ha ratificado convenciones internacionales de Derechos Humanos y ha realizado una reforma de profundo cambio en el orden jurídico imperante en 2011, todo esto en materia de Derechos Humanos.

Distinguir a los ciudadanos de *los otros*, de los enemigos se encuentra presente en diversos momentos históricos así como en nuestra época, podemos apreciar esto en conceptos tales como *fascismo*, *nazismo*, *terrorismo* u hoy en día, *narcotráfico*.

Los enemigos del Estado, desde esta visión, deben ser abatidos, lo cual muestra una clara separación de toda visión garantista con enfoque de Derechos Humanos, lo que, al día de hoy, significaría un debilitamiento *grossa* a los Estados de Derecho Constitucionales contemporáneos, esta situación se vive en pleno 2016 en el Estado mexicano, después de que, a partir de 2009, el Congreso de la Unión aumentara las penas en delitos graves, fomentando el populismo penal y a principios de este año, posibilitara, mediante reglamentación, el establecimiento de un Estado de excepción, esto con el objetivo de poder combatir de manera eficaz, desde su visión, al crimen organizado.

Conviene revisar entonces qué es lo que plantea Günther Jakobs acerca de este controvertido concepto que ha acuñado, así como las características de relevancia del mismo. Es importante definir entonces que para Jakobs no todos debían ser visualizados como personas, por lo que, en consecuencia, se les podría dar un tratamiento diferente en tanto sus crímenes o incluso, posibles conductas o elementos cognitivos del

⁴ Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, pp. 49.

comportamiento,⁵ esto derivado de la idea de que el Derecho penal del enemigo, acorde con él mismo, no buscaba crear normas o postulados políticos concretos, sino constatar y prolongar la descripción de lo que acontecía en la sociedad de manera histórica y hacia el futuro en materia de derecho penal.⁶

Populismo punitivo como característica del Derecho Penal del Enemigo aplicado en México

Desde la interpretación de Gerardo Armando Urosa,⁷ podemos identificar, de manera clara, tres elementos fundamentales del llamado Derecho Penal del Enemigo, a continuación enlisto dichas características:

- a) El adelantamiento del momento en que el Derecho penal de intervenir.
- b) El aumento irracional de penas.
- c) La reducción de garantías procesales.

Para efectos de nuestro estudio, haremos hincapié en el segundo elemento, El aumento irracional de penas, el cual, sin mayor hondura, empata cómodamente con la idea que hemos presentado desde el comienzo del presente trabajo, el populismo punitivo o penal.

Una de las principales banderas de los partidos políticos en México, a partir de 2009, fue el aumento de penas para delitos graves, tales como extorsión, secuestro y homicidio; la penalidad de dichos tipos penales aumentó de manera desproporcionada, esto con el objetivo de desincentivar la comisión de estos mismos delitos y así poder proceder con el combate frontal al crimen organizado en el país y, de manera particular en las regiones más violentas del mismo, regiones tales como la que nos ocupa, la llamada *Tierra caliente*.

Es importante remarcar la región pues es donde podemos recuperar algunos de los elementos claves del entendimiento del Derecho penal del enemigo, puesto que se produce

⁵ Jakobs, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003. pp. 21-56.

⁶ Montealegre Lunett, Eduardo (coord.), *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, Tomo II, Tercera parte: Derecho Penal del Enemigo, ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad, Jakobs Günther, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 100-101.

⁷ Urosa Ramírez, Gerardo Armando, «Algunas reflexiones en relación con el 'Derecho Penal del Enemigo' dentro del contexto nacional», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, D. F., Tomo LXI, vol. 61, n.º 255, enero-julio de 2011, pp. 71- 93.

el fenómeno de adelantamiento donde pueda intervenir el derecho y por medio de la elevación a rango constitucional de medidas cautelares y preventivas como el arraigo, se pudo proceder a declarar de facto un Estado de excepción en la región de *Tierra caliente*, es decir, se redujeron las garantías procesales, se discriminó y se procedió a normalizar la excepción en la región y esto tiene sus últimas consecuencias en el aumento desproporcionado de las penas imputables a los sujetos aprendidos por las autoridades del Estado mexicano.

Parte del régimen de excepción se cristalizó en la intervención del entonces comisionado federal de seguridad en Michoacán, entidad federativa donde se registraron los fenómenos más violentos junto con Guerrero y algunas zonas del Estado de México, esto condujo a elementos positivos, tales como la cooperación entre las llamadas autodefensas y los elementos de seguridad pública de los Estados y del gobierno federal, pero también provocó la normalización de la violencia y de la excepción misma, derivando en la propuesta presidencial de reglamentar el artículo 29 constitucional que permite declarar, de manera legal, el estado de excepción cuando existe una amenaza a la seguridad pública de tales dimensiones que se vuelva necesario, a consideración del ejecutivo federal, con aprobación del Congreso de la Unión, proceder a dicha declaración.

Desde 2014, el delito de secuestro, por citar el ejemplo más representativo en México, alcanzó una penalidad de hasta 150 años de prisión, esto deriva de una propuesta de campaña que presentó el Partido Verde Ecologista de México en su plataforma electoral para las elecciones legislativas intermedias de 2009 y que volvió a reposicionar en 2012 ¿No encontramos en esta alza de penas un principio de populismo penal?

Uno de los rasgos más importantes para la preservación del Estado de Derecho consiste en una eficaz ejecución de lo establecido en la norma, si no existe este elemento trascendental o el aparato de procuración e impartición de justicia no funciona adecuadamente, nos encontraremos con que los ciudadanos identificaran al Estado como un ente incapaz de llevar a cabo lo que su propia norma establece, derivando así en un irrespeto a las leyes aprobadas, falta de observancia de las mismas y, en consecuencia, a la posible alza de delitos graves.

No basta con aumentar la penalidad sino que se vuelve necesario reforzar el aparato burocrático mediante la profesionalización de los operadores del derecho en México así

como del fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho mediante el respeto irrestricto a los Derechos Humanos así como a las garantías procesales en materia penal.

Para esto, es trascendental rescatar el enfoque garantista de Ferrajoli, quien nos muestra que «El principio de legalidad, ante todo señala que se pueden punir solamente los hechos que se han convenido de considerar delitos».⁸ A lo cual es necesario aclarar que el enfoque legalista ha sido sustituido, al menos desde el principio de convencionalidad y recordando la reforma en materia de Derechos Humanos de 2011, por un principio de constitucionalidad.

Por otra parte Ferrajoli deja en claro que «Otra garantía límite a esta violencia de la lesión punitiva es el principio de ofensividad, que no se refiere a cualquier mal, significa que solamente los actos ofensivos justifican la punición».⁹ Con base en lo anterior, debemos tener en cuenta que el Derecho penal del enemigo no puede ser aplicable en un Estado Constitucional de Derecho, toda vez que, conforme las características enunciadas más arriba, se opone abiertamente a cualquier tipo de Estado garantista, legitimando así la aplicación de penas irracionales en delitos considerados como graves por el Estado mismo, identificando así enemigos que aún no han procedido con una conducta, sino que son castigados por el contexto social donde se encuentran, sean o no culpables, violentando las garantías básicas del debido proceso.

¿Ha funcionado el populismo punitivo en México?

Como mencionamos anteriormente, este populismo punitivo, característico del Derecho Penal del Enemigo, ha sido puesto finalmente en práctica en México a partir de la última reforma practicada a la Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 17 de junio de 2016 en el *Diario Oficial de la Federación*,¹⁰ donde se establecen penas integradas de hasta 140 años de prisión, esto, sin lugar a dudas, calificaría como una desproporcionada aplicación de sanciones punitivas, lo que nos devuelve con facilidad a la visión punitiva del Derecho Penal del Enemigo. Con

⁸ Ferrajoli, Luigi «Garantismo y Derecho Penal, Un diálogo con Ferrajoli», *Colección Debates de Derecho Penal*, UBIJUS, núm. 5, 2010, p. 26.

⁹ *Ibidem* p. 27.

¹⁰ Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5441763&fecha=17/06/2016.

base en lo anterior, sugiero las preguntas ¿Esto ha sido útil para combatir la percepción del delito o reducir los índices de delictividad, en específico, del secuestro? ¿Tiene lugar una visión como esta en un Estado Constitucional de Derecho? En palabras del Senador de la República, Alejandro Encinas, «Esta reforma contraviene además lo dispuesto en nuestra Constitución y los tratados internacionales suscritos por el gobierno mexicano, pues la pena privativa de la libertad debe tener como finalidad la reinserción social del individuo».¹¹ Vemos así que existe una mención sutil sobre garantismo, el cual, de manera evidente, no podría permitir una visión punitiva de esta naturaleza.

Para dar muestra de lo mencionado y conocer el impacto de este populismo penal, partiremos del documento «Cifras de homicidio doloso, secuestro, extorsión y robo de vehículos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública».¹² He retomado los datos del delito de secuestro, referido ampliamente en el presente trabajo, en los Estados de Guerrero, México y Michoacán, integrantes de la región denominada *Tierra caliente*, con ello podemos observar lo siguiente:

Cifras absolutas sobre datos abiertos de incidencia del delito de secuestro

Año/Estado	Guerrero	México	Michoacán
2009	51	127	98
2010	43	171	136
2011	137	103	130
2012	165	130	135
2013	207	191	194
2014	110	176	83
2015	81	163	31
2016*	48	159	13

*Datos disponibles hasta el mes de julio

Fuente: elaboración propia con datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

¹¹ Encinas Rodríguez, Alejandro, «Populismo penal», *El Universal*, 22 de abril de 2014, Disponible en: <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2014/04/69881.php>.

¹² Disponible en: http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/cifras%20de%20homicidio%20doloso%20secuestro%20etc/HDSECEXTRV_072016.pdf.

Es notable la reducción del delito de secuestro, en términos absolutos, a partir del año 2014, cuando menos en los Estados de Guerrero y Michoacán. Sin embargo, esto no es atribuible al aumento en las penas puesto que estamos en presencia de dos entidades federativas donde se ha intensificado la presencia de elementos del ejército así como de la policía federal, estableciendo operativos conjuntos y generando fuerzas de proximidad mediante la colaboración con las llamadas autodefensas pero este es un fenómeno del cual no nos ocuparemos en este trabajo. En contrapartida, podemos observar que en el Estado de México no ha tenido un gran impacto el aumento de las sanciones, es menester mencionar que en esta entidad federativa no se ha ejecutado una estrategia de alto impacto como en Guerrero y Michoacán; si bien la tendencia va a la baja de 2013 en adelante, en el año 2016 nos podemos percatar de un pico nuevo en la comisión de este delito debido a los datos disponibles hasta el momento, la cifra final, la cual estará disponible a principios del año 2017, probablemente nos mostrará un alza en la comisión del delito de secuestro.

Conclusiones

La presentación de estas líneas no indica un orden de prelación de las mismas.

- Podemos afirmar que en México existe una clara tendencia a normalizar la visión del llamado Derecho Penal del Enemigo;
- Los datos muestran un efecto limitado del populismo punitivo en la comisión del delito de secuestro;
- La baja reducción en la incidencia del delito de secuestro nos permite determinar que la estrategia del Estado mexicano es limitada por lo que se requiere de un acompañamiento de políticas que aumenten la confianza de los ciudadanos en las instituciones de procuración e impartición de justicia, de tal suerte que sea efectiva la aplicación de las penas correspondientes;
- Lo anterior, bajo ninguna circunstancia, debe vulnerar las garantías procesales como sugiere, de manera velada, la Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro;
- Es necesario replantear la estrategia general de combate al secuestro sin la necesidad de elevar de manera desproporcionada las penas, debido al efecto limitado de estas en la incidencia del delito de secuestro.

- **Referencias**

- ENCINAS RODRÍGUEZ, Alejandro: «Populismo penal», *El Universal*, 22 de abril de 2014, Disponible en:<http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2014/04/69881.php>.
- FERRAJOLI, Luigi: «Garantismo y Derecho Penal, Un diálogo con Ferrajoli», *Colección Debates de Derecho Penal*, UBIJUS, núm. 5, 2010, p. 26.
- HOBBS, Thomas: *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2.ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- JAKOBS, Günther: *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003. pp. 21-56.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.): *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, Tomo II, Tercera parte: Derecho Penal del Enemigo, ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad, Jakobs Günther, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 100-101.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: «Los orígenes ideológicos del Derecho Penal del enemigo», *Colección Debates de Derecho Penal*, UBIJUS, núm. 6, 2010, pp. 48 y 49.
- PÉREZ CORREA, Catalina: «Ley antisequestro: populismo punitivo», *El Universal*, 21 de febrero de 2010, Disponible en: <http://archivo.eluniversal.com.mx/editoriales/47453.html>.
- ROUSSEAU, Jean Jacques: *El contrato social*, México, Gernika, 1993.
- SCHMITT, Carl: *El Concepto de lo político*, España, Alianza Editorial, 2005.
- U ROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando: «Algunas reflexiones en relación con el ‘Derecho Penal del Enemigo’ dentro del contexto nacional», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, D. F., Tomo LXI, vol. 61, n.º 255, enero-julio de 2011, pp. 71-93.

Javier Augusto de Jesús Contreras Vázquez, estudiante de Maestría en Derecho del programa de posgrado en derecho de la UNAM, Facultad de Derecho.
Cabaña n.º 16, Fracc. Los Pastores, Naucalpan de Juárez, C. P.: 53340 Estado de México, México.
javiconva@gmail.com
javicont@comunidad.unam.mx

Referencias

- ENCINAS RODRÍGUEZ, Alejandro: «Populismo penal», *El Universal*, 22 de abril de 2014, Disponible en:<http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2014/04/69881.php>.
- FERRAJOLI, Luigi: «Garantismo y Derecho Penal, Un diálogo con Ferrajoli», *Colección Debates de Derecho Penal*, UBIJUS, núm. 5, 2010, p. 26.
- HOBBS, Thomas: *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2.ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- JAKOBS, Günther: *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003. pp. 21-56.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.): *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, Tomo II, Tercera parte: Derecho Penal del Enemigo, *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, Jakobs Günther, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 100-101.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: «Los orígenes ideológicos del Derecho Penal del enemigo», *Colección Debates de Derecho Penal*, UBIJUS, núm. 6, 2010, pp. 48 y 49.
- PÉREZ CORREA, Catalina: «Ley antisequestro: populismo punitivo», *El Universal*, 21 de febrero de 2010, Disponible en: <http://archivo.eluniversal.com.mx/editoriales/47453.html>.
- ROUSSEAU, Jean Jacques: *El contrato social*, México, Gernika, 1993.
- SCHMITT, Carl: *El Concepto de lo político*, España, Alianza Editorial, 2005.
- U ROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando: «Algunas reflexiones en relación con el ‘Derecho Penal del Enemigo’ dentro del contexto nacional», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, D. F., Tomo LXI, vol. 61, n.º 255, enero-julio de 2011, pp. 71-93.

Javier Augusto de Jesús Contreras Vázquez, estudiante de Maestría en Derecho del programa de posgrado en derecho de la UNAM, Facultad de Derecho.
Cabaña n.º 16, Fracc. Los Pastores, Naucalpan de Juárez, C. P.: 53340 Estado de México, México.
javiconva@gmail.com
javicont@comunidad.unam.mx

La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana en México

Execution of judgements of the Interamerican Court in Mexico

Salvador GUERRERO NAVARRO¹

Palabras claves: Ejecución de sentencias, Corte Interamericana, reparaciones, supervisión de sentencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Keywords: Execution of judgements, Interamerican Court, reparations, supervision of judgements, Supreme Court of Justice of the Nation.

Resumen: La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un tribunal internacional regional y especializado, el cual emite sentencias que representan obligaciones para los Estados. Después de emitir una sentencia internacional, existe la posibilidad de regresar a un tribunal interno para exigir su cumplimiento a las autoridades internas. El presente trabajo aborda la problemática derivada de este regreso al fuero interno. Para ello se describirá la forma en que la Corte Interamericana dicta reparaciones y posteriormente se hará referencia a un caso que regresó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación con la finalidad de analizar los problemas relacionados con la solicitud de ejecutar una sentencia interamericana.

Abstract: The Interamerican Court of Human Rights it is a specialized, regional, international Court, it emits judgements that represent obligations to the States. After the issuing of an international judgement, there is the possibility of returning to the domestic court to demand the fulfillment of this judgement to the local authorities. These decisions have resulted on a great impact in the American continent but also have represented considerable problems in different countries. The present paper addresses the problems that derive from the action of returning to the domestic court to execute the judgements issued by the Interamerican Court. To fulfill the mentioned objective, this paper will describe the manner in which the Interamerican Court of Human Rights emits reparations

¹ Estudiante del programa de Maestría en Derecho, de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho. Contacto: gnasalvador@gmail.com.

and, after, a specific case resolved by the Supreme Court of Justice of the Nation will be analyzed to witness the problems that derive from the request of the execution of an Interamerican judgement.

I. Introducción

A partir de la instalación de la Corte Europea de Derechos Humanos, en la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional público tuvo enormes cambios que repercutieron en su manera de relacionarse con el derecho interno, debido a que se permitió que un individuo reclamara el incumplimiento de una obligación internacional ante un tribunal permanente. A esto le siguió la instalación del sistema interamericano de protección de derechos humanos con la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. A casi medio siglo de su creación, se sigue en la construcción de sus instituciones y procedimientos, ya que varios Estados aceptaron la competencia contenciosa de la Corte Interamericana a finales del siglo XX, como México. Todavía son pocas las sentencias que el tribunal interamericano ha dictado respecto a México y la manera en que las autoridades han recibido estos fallos para su cumplimiento ha sido diversa. Ante los distintos enfoques, este trabajo pretende revisar cómo cumplir las sentencias internacionales de ese tribunal en el fuero judicial.

II. Preguntas sobre reparaciones

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana o Corte IDH) en ejercicio de su competencia contenciosa está facultada de acuerdo al artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) a dictar una restitución e indemnización a favor de aquella persona a la que se haya comprobado la violación de algún derecho reconocido en dicho tratado. Este artículo dispone lo siguiente:

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

En armonía por el propio criterio asentado por la Corte Interamericana,² las reparaciones son la consecuencia de la violación de una norma internacional, y en su carácter de disposición de *ius gentium*, no puede ser regida por normas nacionales, sino que constituye una obligación consuetudinaria proveniente del derecho internacional.

Esta determinación, derivada de la amplia jurisprudencia dictada por la Corte Internacional de Justicia,³ parece situar a la Corte Interamericana dentro de la taxonomía de las reparaciones acogida por la Comisión de Derecho Internacional en su ya célebre proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados.

Debido al límite de este trabajo, y sin pretender abordar la correspondencia de las reparaciones decretadas por la Corte Interamericana respecto al sistema utilizado por el derecho internacional general, solo es necesario apuntar que el pretendido *ius commune* latinoamericano⁴ considera que las reparaciones no solo abarcan la restitución y la indemnización, como lo indica la letra del artículo 63 de la Convención Americana, sino que sigue una concepción más amplia de otras formas como la satisfacción, medidas de no repetición, e incluso, la continuación de la obligación (como el deber de investigar violaciones de derechos humanos). De igual manera, el Tribunal Interamericano ha trasladado la teoría de las reparaciones entre Estados a las relaciones entre Estado e individuos.⁵

² Esta regla está reflejada en gran parte de la jurisprudencia interamericana. Véase, por ejemplo, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, n.º 146, párr. 196.

³ En la sentencia de reparaciones del caso Velásquez Rodríguez, la Corte Interamericana citó el caso «Factory at Chorzów» de la Corte Permanente de Justicia Internacional, así como la opinión consultiva «Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations» de ese mismo tribunal internacional. Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, n.º 7, párr. 25.

⁴ Cfr. Bogdandy, Armin von, «Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual», en Bogdandy, Armin von, et. al. (coordinadores), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 12.

⁵ Resulta indispensable comprender que las discusiones en torno a la responsabilidad internacional al interior de la Comisión de Derecho Internacional ha sido respecto a los Estados y los Organismos Internacionales, no

Bajo este panorama, surge la pregunta de cómo hacer cumplir las resoluciones, y la Convención prevé dos respuestas. La primera dada al derecho interno, ya que en su artículo 68.2, la Convención refiere que las indemnizaciones serán ejecutadas conforme al procedimiento de derecho interno que cada Estado prevea para reclamar su responsabilidad patrimonial.

La segunda respuesta está enfocada al derecho internacional, ya que en el artículo 65 se faculta a la Corte Interamericana a presentar su informe anual a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, e incluir a los países que no han dado cumplimiento a sus resoluciones. De esta forma, la OEA se afirma como una autoridad encargada de dar una salida política (o incluso coercitiva) ante el incumplimiento de una sentencia internacional.

III. La etapa de supervisión

El artículo 67 es muy claro al señalar que el fallo de la Corte es definitivo e inapelable, y solo si las partes tienen algún desacuerdo sobre los alcances de la sentencia pueden solicitar su interpretación noventa días después de su notificación. Sin embargo, la interpretación no es un procedimiento para desvirtuar o apelar la decisión.

El artículo 65 de la Convención indica que la Corte está obligada a enviar un informe a la Asamblea General de la OEA, en el que deberá indicar a los Estados que no hayan cumplido con sus decisiones. Por esta razón, y desde sus primeros casos, la Corte Interamericana ha requerido informes a los Estados después de adoptar sus sentencias para conocer el grado de cumplimiento y enviarlo a la OEA. No obstante, este mecanismo no se encuentra en la Convención, y en principio no estaba en su Reglamento.

A partir del caso *Loayza Tamayo vs. Perú* la Corte Interamericana comenzó a dictar sentencias de supervisión. En dicho caso, el Tribunal había decretado la violación a las garantías judiciales en perjuicio de la señora María Elena Loayza Tamayo, en particular por violentar el principio *non bis in idem* al juzgarla por terrorismo en el fuero militar y en el

así del individuo. La pertinencia del traslado de estas conclusiones parecen motivo de otra reflexión, y más aún, conviene analizar esta tipología en los sistemas internos de protección de derechos humanos.

civil. Luego de decretar el incumplimiento de este principio, la Corte Interamericana decidió que como medida de reparación la víctima fuera liberada de prisión.

Cuando sus representantes intentaron ejecutar el fallo, el asunto fue resuelto por la Sala Penal de la Corte Suprema, el cual declaró inejecutable la sentencia debido a que a consideración del tribunal interno no se habían agotado los recursos de jurisdicción interna para acceder al sistema interamericano.⁶ Ante ello, la Corte decidió emitir una sentencia de supervisión de cumplimiento, en el cual se reafirmó la obligación de otorgar las reparaciones que había decretado, debido que la admisibilidad ya había sido resuelta por esta instancia internacional.

Su argumentó se fundó en los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana, relacionados con el cumplimiento de buena fe, así como la prohibición de alegar derecho interno para el incumplimiento de obligaciones internacionales, norma establecida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Luego de ello, en 2005, a través de una resolución la Corte Interamericana aclaró varias cuestiones en torno a sus atribuciones. Ahí indicó que la supervisión del cumplimiento es inherente a sus funciones establecidas en los artículos 65, 67 y 68.1 de la Convención, así como 30 de su Estatuto. También refirió que el propósito era reconocer el grado de cumplimiento para presentarlo en su informe anual hasta que se dieran las medidas de cumplimiento, con independencia que ya estuviera de conocimiento de la Asamblea General de la OEA.⁷

Finalmente, hasta la reforma al Reglamento de la Corte de enero de 2009, se incluyó la supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones. Actualmente el procedimiento de supervisión ante la Corte Interamericana consiste en llamar a las partes del proceso para conocer el grado de avance en el cumplimiento de las reparaciones dictadas. Para ello se solicitan informes escritos al Estado y se comunican a la representación de las víctimas y a la Comisión Interamericana para que realicen sus observaciones. Luego, la Corte puede convocar a una audiencia oral, que por lo general son

⁶ *Cfr.* Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999, pp. 4-9.

⁷ *Cfr.* Corte IDH. (Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de junio de 2005.

privadas, con el objeto de conocer sus puntos de vista, y es común que las partes tomen un acuerdo para la modalidad de ejecución.

Uno de los principales críticos de este sistema ha sido el Juez Vio Grossi, de quien extraigo tres críticas principales.⁸ La primera es el exceso de competencia de la Corte Interamericana, ya que la Convención Americana no prevé la etapa de supervisión. Eso implicaría que la Corte Interamericana realiza una función legislativa que los Estados no le confiaron.

La segunda consiste en la falta de regulación y la carencia de un objetivo concreto. Aún si la Corte estuviera facultada para supervisar su cumplimiento, la justificación que ha soportado la supervisión es contar con elementos para elaborar su informe anual y eventualmente activar el mecanismo previsto en el artículo 65 para avisar a la OEA sobre el incumplimiento de una sentencia. No obstante, en la práctica los casos remitidos a la OEA han sido excepcionales, y solo se ha recurrido cuando existe una voluntad política adversa del gobierno en turno para cumplir.

La tercera consecuencia es el desgaste de las víctimas. Debido a que los Estados regresan frente a la Corte, estos vuelven a litigar el asunto con miras a imponer más trabas en la ejecución. Por lo tanto, en lugar de proteger los derechos humanos de las víctimas, se burocratiza el procedimiento ante la Corte.

IV. Problemáticas de la ejecución en el fuero interno

Del texto del artículo 68.1 de la Convención Americana se advierte que los Estados deben permitir que la vía para ejecutar indemnizaciones en contra del mismo sea utilizado para la reclamación de las reparaciones dictadas por la Corte Interamericana. Sin embargo, dicha previsión no debe ser entendida como la obligación de las víctimas para retornar a un procedimiento jurisdiccional después de obtener una sentencia favorable en el plano internacional, debido a que como todas las obligaciones de fuente internacional, las

⁸ *Cfr.* Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de noviembre de 2011, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia; Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación In Vitro») vs. Costa Rica, Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia, Resolución de 26 de febrero de 2016.

sentencias contienen obligaciones dirigidas al Estado que son de aplicación o ejecución inmediata, sin que para ello deba mediar un procedimiento interno; es decir, las sentencias internacionales son cumplidas de buena fe. Por lo tanto, al igual que cualquier procedimiento en el ámbito interno, el cumplimiento de un mandato jurisdiccional debe darse de forma espontánea.

La forma en que se suelen ejecutar los fallos en contra del Estado es a través de un procedimiento contencioso administrativo.⁹ Sin embargo, la mayoría de estos recursos solo prevén que el Estado disponga de una indemnización por daños, por lo que dejan fuera otro tipo de reparaciones dictadas por la Corte Interamericana.

En México se modificó el artículo 2 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, al establecer que el proceso previsto en dicho ordenamiento también es aplicable «en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», pero solo para el pago de indemnizaciones. Dicho ordenamiento prevé un procedimiento administrativo ante la dependencia que presuntamente haya causado el daño y sobre la resolución procede la vía contenciosa administrativa.

Como se advierte, las reparaciones distintas a las indemnizaciones quedan fuera del alcance de esta ley, de tal manera que en México queda el juicio de amparo como mecanismo para ejecutar las sentencias de la Corte Interamericana. Esta cuestión fue ventilada en la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir del caso Castañeda Gutman.

Luego de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana, en la cual se tuvo comprobada la responsabilidad del Estado mexicano por violar las garantías judiciales del señor Castañeda, puesto que no podía combatir la constitucionalidad de las leyes en materia electoral, la víctima inició un amparo indirecto con la finalidad de ejecutar el fallo.

En la demanda se argumentó que diversas autoridades administrativas habían sido omisas en utilizar sus funciones para cumplir la sentencia de la Corte Interamericana, en específico a la obligación de adecuar el derecho interno para que el juicio de derechos político electorales cumpliera con las características de tutela judicial efectiva. Dicho juicio recayó en un Juzgado de Distrito en materia Administrativa, el cual otorgó el amparo a la parte quejosa y posteriormente fue recurrida.

⁹ Cfr. Pérez López, Miguel, «La responsabilidad patrimonial del Estado bajo la lupa de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 28, 2009, pp. 68-69.

El amparo en revisión 375/2013 fue atraído por la Primera Sala de la Suprema Corte, y el expediente turnado al Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. En su decisión, la Sala argumentó que el Poder Judicial Federal no tenía facultades para decidir si una sentencia de la Corte Interamericana había sido cumplida, ya que esta apreciación era exclusiva de aquel tribunal internacional «por lo que cualquier acto que exija el despliegue de esa facultad, debe entenderse como un acto *no justiciable en sede nacional*».¹⁰

La calificación de hechos por parte de un tribunal interno como satisfactorios, implicaría una sustitución en la jurisdicción internacional. No obstante, la Primera Sala consideró que de existir hechos que no impliquen calificar el grado de cumplimiento de una sentencia, podrían ser examinados por la jurisdicción nacional.

En su parte considerativa la Sala refirió que existen tres condiciones para que el juicio de amparo pueda revisar la actuación estatal para el cumplimiento de una sentencia: 1. No sustitución de competencia, 2. Alegación de obligaciones individualizadas, 3. En contra de autoridades nacionales distintas al poder judicial.¹¹

Respecto al punto 1 es posible advertir que el pronunciamiento de un tribunal mexicano no interfiere en la labor de la Corte Interamericana, ni pretende sustituirse en el control que realiza sobre el actuar de los Estados. En párrafos precedentes fue referido el pronunciamiento del caso Loayza Tamayo, respecto del cual un Tribunal interno calificó como inejecutable una sentencia de la Corte Interamericana.

El punto 2 implica que ante la alegación de obligaciones individualizadas a favor de una víctima podría ser procedente el amparo. Dicho argumento, a *contrario sensu* lleva de forma indudable a negar el amparo con efectos generales debido al principio de relatividad de las sentencias.

El tercer punto, sobre autoridades diferentes al Poder Judicial podemos afirmar que en general, el juicio de amparo es improcedente para combatir resoluciones que provengan de órganos pertenecientes a este, como la misma Suprema Corte, el Consejo de la Judicatura Federal o los Tribunales Colegiados.¹² Debido a que el amparo sería conocido por un Juez de Distrito, este no podría analizar la decisión de un órgano superior. Por lo que se

¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo en Revisión 375/2013, 27 de noviembre de 2013, párr. 43.

¹¹ *Idem*, párr. 48.

¹² *Cfr.* Artículo 61, fracciones II, III y IV de la Ley de Amparo.

comprende la razón en la que un Juicio de Amparo no es idóneo para reclamar el cumplimiento de reparaciones que debe adoptar el Poder Judicial.

No obstante lo anterior, la decisión de la Primera Sala en el Amparo en Revisión 375/2013 no contempla la posibilidad de acudir al amparo en caso que la Corte Interamericana haya decidido que una sentencia del Poder Judicial de la Federación haya violado un derecho humano.

Ahora bien, como parte de una breve conclusión podemos desprender lo siguiente: que el Poder Judicial ya había conocido del caso Castañeda previamente, cuando negó el amparo porque no era procedente en materia electoral. En consecuencia, una vez obtenido una sentencia internacional favorable, el Poder Judicial local volvía a conocer del caso. En este sentido, negar de nueva cuenta el acceso a la justicia resulta una completa paradoja, ya que podría ser una nueva violación a las garantías judiciales.

IV. Conclusiones

Sin duda, las sentencias de la Corte Interamericana han modificado la forma de relacionar el derecho internacional con el derecho interno de los Estados latinoamericanos. En el caso de México, el poder judicial ha sido una de las instancias que han tenido mayor contacto con la Corte Interamericana a través de sus decisiones.

Por otra parte, a través del procedimiento de supervisión de sentencias, la Corte Interamericana ha intentado solventar las deficiencias con que fue creado el sistema regional, aunque la práctica ha hecho que se perfeccione el mecanismo para evitar que se convierta en un obstáculo para la obtención de justicia.

Los retos para los Estados que forman parte del sistema interamericano son bastantes, y en materia de cumplimiento de obligaciones internacionales, resulta indispensable modificar legalmente los procedimientos de ejecución de sentencias, sin que ello dificulte que las víctimas deban litigar de nuevo su caso. Para México, la consolidación del sistema de justicia tiene que estar acompañado del sistema interamericano para que en ese diálogo puedan intercambiar experiencias y buenas prácticas para el cumplimiento de sentencias internacionales.

Bibliografía

BOGDANDY, Armin von, et. al. (coordinadores), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

PÉREZ LÓPEZ, Miguel, «La responsabilidad patrimonial del Estado bajo la lupa de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 28, 2009.

- Decisiones Judiciales

CORTE IDH. (Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de junio de 2005.

CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxá vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, n.º 146.

CORTE IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999.

CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, n.º 7.

SUPREMA Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo en Revisión 375/2013, 27 de noviembre de 2013.

VOTO Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de noviembre De 2011, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

VOTO Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación In Vitro») vs. Costa Rica, Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia, Resolución de 26 de febrero de 2016.

LOS DERECHOS DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Sonia Victoria VILLA SIEIRO

Universidad de Oviedo

RESUMEN: La violencia de género es un problema que, tradicionalmente, se había enfrentado contextualizado dentro de la violencia doméstica. Sin embargo, encierra un fundamento y unas particularidades propias que hacían preciso un tratamiento individualizado que se materializó, básicamente, con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que, como de su propio título se infiere, enfrenta el problema desde una perspectiva integral. En ella se contempla un importante catálogo de derechos para las mujeres víctimas de esta tipología delictiva, si bien no se debe olvidar que, en todo caso, son víctimas y, como tales, tienen acceso a otra serie de derechos incluidos en otras disposiciones de nuestro Ordenamiento Jurídico.

***ABSTRACT:** Gender-based violence is a problem that has traditionally been faced in the context of domestic violence. However, it contains a foundation and peculiarities of its own which required an individualized treatment that basically materialized with the approval of Organic Law 1/2004, of December 28, on Measures of Comprehensive Protection against Gender Violence, which, as its own title infers, confronts the problem from an integral perspective. It contains an important catalog of rights for women victims of this type of crime, although it should not be forgotten that, in any case, they are victims and as such have access to other rights included in other provisions of our legal system.*

ÍNDICE: **I.** Introducción **II.** Los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género. *II.1 Algunos derechos genéricos de las víctimas. II.2 Derechos específicos de las víctimas de violencia de género. II.3. Particularidades relacionadas con la nacionalidad de la víctima.* **III.** Conclusiones **IV.** Bibliografía

I. Introducción

Con carácter previo a referir los concretos derechos que tienen las mujeres víctimas de violencia de género por el hecho de serlo, se hace preciso, aun brevemente, contextualizar esta cuestión aludiendo a qué se entiende en nuestro país por *violencia de género*; cuestión que permitirá entender el motivo por el cual únicamente algunas mujeres pueden ser víctimas de la misma y, por ende, beneficiarias de una serie de derechos orientados, en buena medida, a facilitar la salida de tan difícil situación.

Efectivamente, el problema que entraña la violencia de género es muy antiguo, si bien su denominación no lo es tanto. A nivel internacional la terminología se acuñó en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, para aludir a raíces estructurales e instrumentales del problema: una violencia al servicio del mantenimiento del poder y el control del hombre sobre la mujer y que perpetúa la hegemonía de lo masculino sobre lo femenino; una realidad que no obedece a diferencias biológicas determinadas sino a un componente, el género, fruto de la construcción y el aprendizaje social. En definitiva, «una manifestación de las relaciones de poder históricamente *desiguales* entre hombres y mujeres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos para su pleno desarrollo».

En nuestro ordenamiento, desde la perspectiva penal, la cuestión fue enfrentada, tradicionalmente, dentro de la *violencia doméstica*. Sin embargo, resultaba evidente que entre ambas violencias existían unas diferencias suficientemente importantes como para justificar una escisión entre ellas y un tratamiento con entidad propia de la que nos ocupa. Comenzó así un movimiento de transformación legislativo que culminó con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; una ley específica, en forma de *ley integral*, que enfrenta, por primera vez en nuestra historia legislativa, con esa denominación (discutida, no obstante, por un sector doctrinal) y desde múltiples ángulos este problema.

No es posible ni pertinente analizar todo el texto de la citada ley, pero sí se hace preciso tener particularmente presentes su Exposición de Motivos, su Título Preliminar y su Título II. La Exposición de Motivos y el Título Preliminar porque permitirán concretar qué se entiende por violencia de género en nuestro país y el Título II porque es el que se dedica de modo específico a concretar los derechos de las víctimas de tal violencia. En todo caso, se ha de destacar que la ley se preocupa igualmente, dado su pretendido carácter integral, de tratar: una serie de medidas de sensibilización, prevención y detección, en especial en los ámbitos educativo, sanitario y en el de la publicidad y los medios de comunicación (Título I); la tutela institucional, pudiéndose destacar aquí

la previsión del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer (Título III); la tutela penal, con modificaciones en la parte general y especial del Código Penal previendo particular protección frente a ciertas tipologías delictivas (Título IV) que, posteriormente y en última instancia por la Ley Orgánica 1/2015, se han visto ampliadas; y la tutela judicial destacando aquí la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer así como medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas (Título V). Y todo lo anterior es, en último extremo, sumamente importante ya que cabe afirmar que las víctimas de violencia de género tienen *derecho* a que se cumplan todas y cada una de estas previsiones de la ley pues todas están orientadas a su protección y la lucha contra esta violencia.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2004 cita expresamente una serie de textos legales internacionales en los que se inspira y entre los que se puede destacar la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General (resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993), según la cual este tipo de violencia constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y representa el máximo exponente de una condición de desigualdad que perpetúa el sometimiento de la mujer a la estructura patriarcal. Ofrece, además, el citado texto, la definición de *violencia sobre la mujer* más comúnmente aceptada en el panorama internacional (si bien es cierto que no existe una definición idéntica en nuestro entorno para la violencia que analizamos), esto es: «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la privada». Se incluye, pues, *todo tipo de violencia contra la mujer fruto de la desigualdad*. Sin embargo, a pesar de que nuestra ley, en similares términos a los expuestos, señala en su Exposición de Motivos que la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado pues «se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión» resultando así el símbolo más brutal de la *desigualdad* existente en nuestra sociedad, y a pesar de que en ella se subraya que lo que con la ley se pretende es «atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta *global* a la violencia que se ejerce sobre las mujeres», en el Título Preliminar de la misma, cuando se aborda su objeto, se define la violencia en otros términos. Concretamente en el apartado primero del artículo 1 de la LO 1/2004 se indica: «La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes

estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Y en el apartado tercero del mismo artículo se señala: «La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad».

II. Los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género.

Como se puede concluir del apartado anterior, el catálogo de derechos previstos en la LO 1/2004 es únicamente de aplicación a las mujeres que sufran violencia física o psicológica por parte de hombres con los que medie o haya mediado matrimonio o análoga relación de afectividad, con o sin convivencia. Y al margen de las dificultades que se han derivado del uso de la cláusula relativa a la análoga relación de afectividad, conviene también tener presente que tampoco toda violencia física cometida por un hombre sobre la mujer (que es –o haya sido– su esposa o con quien tenga –o haya tenido– similar relación de afectividad) ha dado lugar a un tipo penal específico ni en la LO 1/2004 ni en las sucesivas reformas del Código Penal. Así, por ejemplo, no hay tipo autónomo para un fenómeno tan alarmante como la muerte de una mujer a manos de quien es o ha sido su pareja (algo que se viene conociendo ya como «feminicidio», aunque la RAE le da a este fenómeno una definición carente de las connotaciones de la ley ya que lo define como «asesinato de una mujer por razón *de su sexo*») sino que en estos supuestos se recurría al tipo común de homicidio o asesinato con aplicación de la agravante mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal pudiendo aplicarse, desde la LO 1/2015, de 30 de marzo, la agravante incluida en el apartado cuarto del artículo 22 del Código Penal cuando se comete el delito por razón de género.

Estas mujeres pueden ser de *cualquier edad y nacionalidad* pues los derechos que refiere la ley son *universales* y se garantizan con independencia del origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de la mujer víctima de violencia de género (art. 17 de la LO 1/2004). En este sentido cabe subrayar que, de hecho, no existe ningún perfil concreto de mujer víctima de violencia de género y que, si bien las estadísticas sitúan a la mujer de mediana edad como la que más padece esta violencia, también pueden sufrirla mujeres de cualquier otra edad, incluso adolescentes, sobre todo una vez superadas las reticencias de cierto sector doctrinal y jurisprudencial a admitir que en esa etapa de la vida fuera posible afirmar la existencia de una relación con «análoga relación de afectividad» a la del matrimonio (Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado). Es más, después de la reciente reforma operada en la LO 1/2004 por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, la redacción del apartado segundo del artículo 1 de la LO 1/2004 incluye, de manera expresa, la referencia como víctimas a los hijos menores y a los menores sujetos a tutela o guarda y custodia.

En consecuencia, resulta indiscutible que las menores de edad pueden ser víctimas tanto directas como indirectas de esta violencia y, como tales, se han de ver protegidas por las medidas de la ley destinadas a prevenir, sancionar, erradicar y prestar asistencia a las víctimas de la misma, por lo que tienen acceso a los derechos del referido Título II entre otros que, específicamente, por razón de su edad, pueden ser destacables pese a su ubicación en otros puntos de la LO 1/2004, como, por ejemplo: la escolarización inmediata (art. 5 y disposición adicional 17.^a), la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores (art. 66) o incluso la suspensión de la patria potestad (art. 65). Y es que, ciertamente, no solo en el Título II de la LO 1/2004 se encuentran recogidos derechos, sino también en otros artículos entre los que, además de los que acabamos de referir, destacan los artículos 7, 14, 61.2, o 62 a 64. Algunos de estos, además, se encuentran igualmente amparados por otras normas de nuestro Ordenamiento Jurídico, en las que también se refieren otra serie de derechos que, si bien no pueden considerarse específicos de las víctimas de violencia de género (en el sentido de exclusivamente recogidos en la ley en cuestión y directamente enfocados a la lucha contra este tipo de violencia), sí le son también de aplicación a estas víctimas, en la medida en que las víctimas de violencia de género son, en última instancia, *víctimas* y como tales tienen acceso a todo el catálogo de derechos de las víctimas de delitos previstos en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Así pues, los derechos de los que gozan todas las mujeres víctimas de violencia de género podrían agruparse en dos grandes bloques: aquellos que están recogidos en la LO 1/2004 (fundamentalmente en el Título II pero también fuera de él) y aquellos que se encuentran regulados en otras normas de nuestro Ordenamiento Jurídico.

II.1 Algunos derechos genéricos de las víctimas

En relación con los derechos que corresponden a toda víctima y, por ende, de los que también son titulares las víctimas de violencia de género cabría referir, al menos, los siguientes: los derechos recogidos en *la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito* (en el que se incluyen derechos básicos como el derecho a la información y a la traducción, derechos vinculados a su participación en el proceso penal o los relacionados con su protección, en ocasiones también amparados por otras leyes, como, por ejemplo, el derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor o a que se proteja su intimidad) así como en el *Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre*, que desarrolla la Ley 4/2015 y por el que se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del delito; el *derecho a percibir*, en su caso, las *ayudas* previstas en la *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual* (compatibles con la LO 1/2004 de acuerdo con lo previsto expresamente en el art. 27.5 de esta última); el *derecho a ser parte en el procedimiento penal*, de acuerdo con los artículos 109 y

siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal (LECrím); el *derecho a formular denuncia*, de conformidad con los artículos 259 y siguientes de la LECrím; el *derecho a solicitar una orden de protección*, previsto, por ejemplo, en el art. 544 *ter* LECrím y en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea en el caso de la orden europea de protección, y el *derecho a la dispensa del deber de declarar*, al que se alude en el art. 416 LECrím. Estos tres últimos derechos que hemos clasificado como «derechos genéricos» enlazan de un modo particularmente significativo con los «derechos específicos» de las víctimas de violencia de género previstos en la LO 1/2004.

Así, cuando se hace uso del *derecho a formular denuncia* se pone en conocimiento de las autoridades el hecho que puede ser constitutivo de un delito –público– y, con ello, se tiene acceso a uno de los derechos específicamente previstos en la LO 1/2004 como es el relativo a la información, ya que en ese momento las autoridades policiales entregan a los denunciantes documentación en la que constan los derechos tanto genéricos como específicos para las víctimas de violencia de género. Entre ellos figura el derecho a *solicitar una orden de protección* que es una resolución judicial que dicta el órgano competente cuando hay indicios de comisión de delito y se aprecia una situación objetiva de riesgo para la víctima, que precisa la adopción de medidas de protección (civiles o penales) durante la tramitación del proceso penal. Tal orden, también prevista en el art. 62 LO 1/2004, es muy importante pues es la que permite activar los mecanismos de protección social establecidos a favor de la víctima por las diferentes administraciones públicas, siendo, en esencia, la única vía para acceder a algunos de los derechos específicamente contemplados en la LO 1/2004.

El derecho a la dispensa del deber de declarar también es un derecho que debería de ser comunicado a la víctima pues suscita grandes problemas. Aunque la existencia de esta dispensa está justificada en nuestro ordenamiento, lo cierto es que en procesos con las características que presentan estos a los que nos enfrentamos, en los que los hechos se producen frecuentemente en el ámbito íntimo del hogar, su empleo, que podría producirse incluso en la fase de juicio oral después de haber prestado declaración en fases anteriores del proceso (art. 707 LECrím), supone, en muchas ocasiones, la falta de medios suficientes para enervar la presunción de inocencia y acreditar lo sucedido, complicándose, así, la lucha contra la violencia de género. Por ello, es ampliamente debatida la posibilidad de reformular dicho precepto restringiendo su uso en estos supuestos (en este sentido, por Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, se entiende que no cabe su empleo cuando la mujer se haya personado como acusación particular) y concretando legalmente también otros extremos problemáticos como cuál es el momento en el que ha de mediar la relación para poder acceder a la dispensa (el de los hechos, como señala el Tribunal Supremo, o el de la toma de declaración, como defiende la Fiscalía General del Estado).

II.2 Derechos específicos de las víctimas de violencia de género

El Título II de la LO 1/2004, con la finalidad de que las mujeres puedan poner fin a la relación violenta y recuperar su proyecto de vida, recoge doce derechos agrupados en cuatro capítulos: en el primero se trata *del derecho a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita* (arts. 17 a 20), en el segundo se abordan los *derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social* (arts. 21 a 23), en el tercero se recogen los *derechos de las funcionarias públicas* (arts. 24 a 26) y en el cuarto se detallan los *derechos económicos* (arts. 27 y 28). Se ha de destacar que para que se reconozcan los derechos de los dos últimos capítulos es necesario acreditar una orden de protección a favor de la víctima (referida anteriormente como un derecho genérico de las víctimas y también prevista en el art. 62 LO 1/2004), y, en su defecto, un informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género.

El *derecho a la información y asesoramiento* se realiza a través de las Administraciones Públicas prestándose especial atención a las necesidades de mujeres con discapacidad o con circunstancias personales o sociales que supongan mayor dificultad para el acceso integral a la misma. Desde la perspectiva de la *asistencia social integral* se procura especialización del personal para una atención multidisciplinar que implica, entre otras ayudas, apoyo a la formación e inserción social o atención psicológica así como una atención urgente y permanente que puede ser organizada por las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales y que, en todo caso, será coordinada con los cuerpos de seguridad y los servicios sanitarios, entre otras instituciones. Para la *asistencia jurídica* se procede, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y será facilitada por letrados especializados designados de modo urgente por el turno de oficio correspondiente, cuya labor es tan relevante en estos procesos que se propone, en la actualidad, que sea establecida su asistencia como una obligación y no solo como un derecho.

En relación con los *derechos laborales y las prestaciones de la seguridad social* a los que se refiere el capítulo segundo, y sin perjuicio de la posibilidad de que las mujeres se inscriban en un programa de acción específico para la búsqueda de empleo por el que se favorezca una nueva actividad por cuenta propia, se ha de distinguir entre trabajadoras por cuenta propia y por cuenta ajena. Y, a ello, se han de unir las previsiones del capítulo tercero sobre *los derechos de las funcionarias*. En el caso de las funcionarias y de las trabajadoras por cuenta ajena, las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo derivadas de su situación física o psicológica por sufrir violencia de género se consideran justificadas, siendo posible para ambas acceder al derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo o a la movilidad geográfica. Además, en el caso de las

funcionarias será posible acceder a la excedencia y en el de las empleadas por cuenta ajena se podrá solicitar el cambio de centro de trabajo, la suspensión del contrato (con una ulterior reincorporación en las condiciones que el mismo tenía previamente) o la extinción del mismo. Y tanto en los supuestos de suspensión como en los de extinción del contrato tendrán acceso a la situación legal de desempleo.

Las trabajadoras por cuenta propia no tendrán que cotizar durante seis meses en los cuales su situación será asimilada a la de alta siendo considerados como meses de cotización efectiva a los efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, siempre y cuando el cese de la actividad sea necesario para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

Finalmente, *los derechos económicos* previstos en el capítulo cuarto implicarán la concesión de una ayuda de pago único equivalente a seis meses de subsidio de desempleo cuando la víctima carezca de rentas superiores, en cómputo mensual y excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, al 75 % del salario mínimo interprofesional (fijado, para el año 2016, en 655,20 euros). Este subsidio puede ser de doce meses si la mujer tiene reconocida de modo oficial una minusvalía de un grado igual o superior al 33 %. En el caso de que la mujer tenga responsabilidades familiares el importe del subsidio de desempleo puede alcanzar los dieciocho meses o incluso los veinticuatro meses si ella, o alguno de los familiares con los que conviva, tiene reconocida oficialmente una minusvalía igual o superior al 33 %. Además, las víctimas de violencia de género se consideran colectivo prioritario en el acceso a viviendas de protección y residencias públicas para mayores.

II.3. Particularidades relacionadas con la nacionalidad de la víctima

Si una mujer sufre violencia de género en un país en el que es extranjera su situación de vulnerabilidad puede ser mayor por la falta de redes sociales de apoyo, dificultades lingüísticas o culturales o desconocimiento de los recursos del lugar. En atención a ello, cuando se trata de una mujer española que sufre esta violencia en otro país, el estado español ha de unir a sus obligaciones en materia de información, asistencia y protección, la obligación general de proteger a los ciudadanos españoles en el exterior y a tal efecto existe un Protocolo firmado por los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Empleo y Seguridad Social, y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Cuando la mujer que sufre violencia es una extranjera en España, y sin perjuicio de que tendrá acceso a todos los derechos reconocidos en la LO 1/2004 de acuerdo con lo establecido el art. 31 bis de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, será preciso concretar si se encuentra en una situación de residencia o en una situación irregular. En el primer caso, también cabría hacer matizaciones en función de que

fuera comunitaria o no comunitaria, siendo destacable el hecho de que ante una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena esta se renovará a su expiración en los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de ser víctima de violencia de género (art. 38.6 d. de la LO 4/2000). En el segundo supuesto, esto es, cuando se encontrara en una situación irregular, lo más destacable es que, con la formulación de la denuncia por violencia de género, no se incoará procedimiento administrativo sancionador o se suspenderá el mismo si ya hubiere sido incoado (o incluso se suspenderá la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución acordadas). Ahora bien, la situación de la mujer variará una vez concluido el procedimiento penal en función de si hubo o no sentencia condenatoria o una resolución de la que se deduzca que ha sido víctima de violencia de género, lo que ha suscitado críticas. Además, en relación con las mujeres extranjeras víctimas de esta violencia en nuestro país, se ha de tener presente el *derecho a la protección internacional* que brinda la ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

III. Conclusiones

En nuestro ordenamiento se describió la violencia de género de un modo diferente a los textos internacionales en los que, en principio, se inspiró la LO 1/2004, otorgándose así una cobertura más restringida que la prevista en tales textos internacionales ya que ni abarca toda violencia posible sobre la mujer ni la violencia a la que da cobertura puede ser realizada por cualquier varón. De hecho, únicamente se incluye cierta violencia de índole física o psicológica (quedando, así, por ejemplo, excluida la económica) realizada por el varón con el que exista o haya existido matrimonio o «análoga relación de afectividad».

En todo caso, y aunque no se proteja todo tipo de violencia contra toda mujer, se ha de concluir que la LO 1/2004, al igual que otras normas que incluyen derechos para la protección de las víctimas, entre las que destaca el Estatuto de la Víctima, ha sido muy positiva pues ha proporcionado una mejora sustancial de la difícil situación en la que se encontraban demasiadas mujeres en nuestro país. Con ella se ha favorecido la denuncia y el descenso de la cifra negra que presentaban estos delitos, así como el acceso a mecanismos para evitar dicha violencia y facilitar, una vez sufrida, la salida de la misma. Sin duda, todos los derechos en ella recogidos son positivos e importantes. No obstante, tampoco se puede olvidar que, como se ha visto, aún existen cuestiones sin resolver, como, por ejemplo, las relativas a la dispensa del art. 416 LECrim o la problemática derivada de la denuncia de las extranjeras en situación irregular. A ello se ha de añadir que existen también otros extremos controvertidos como, por ejemplo, los relativos a si la especialización de ciertos operadores jurídicos es la adecuada o si el nuevo protocolo para la valoración policial del

nivel de riesgo de violencia de género y de gestión de seguridad de las víctimas de violencia machista (cuyas herramientas se incorporan al Sistema de Seguimiento Integral de los Casos de Violencia de Género –VioGén–) resulta realmente efectivo. En consecuencia, si bien se está en un buen camino, no se puede olvidar que se trata de una problemática contra la que se debe continuar luchando desde múltiples ángulos, comenzando por la educación en igualdad, y teniendo presente, que, como señaló Ban Ki-Mon, «el logro de la igualdad de género requiere participación de mujeres y hombres, niñas y niños. Es responsabilidad de todos».

IV. Bibliografía

ANTÓN GARCÍA, L.: «Barrera idiomática y derecho a la información de las víctimas de violencia de género. El servicio de interpretación en el sistema penal de Cataluña», *InDret*, n.º 2, 2014.

FREIXES, T. y ROMÁN, L. (Dirs.): *La orden europea de protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Tecnos, Madrid, 2015.

GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *La víctima en el Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GISBERT GRIFO, S. y MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *Género y violencia. Análisis del fenómeno de la violencia de género tras 10 años de aplicación de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MARTÍNEZ GARCÍA, E. (dir.): *La prevención y la erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012

ROMERO BURILLO, A. M.^a (dir.): *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

SAN SEGUNDO MANUEL, T.: *A vueltas con la violencia. Una aproximación multidisciplinar a la violencia de género*, Tecnos, Madrid, 2016.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Violencia contra la mujer: manual de derecho penal y proceso penal: adaptado a la Ley 1/2015, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

<https://www.msssi.gob.es/ciudadanos/violencia/violenciaGenero/home.htm> <consulta: 10-12-16>

<http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/accesibilidad/home.htm> <consulta: 10-12-16>

Contacto: villasonia@uniovi.es

LA TRANSPARENCIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Patricia GARCÍA MAJADO

Doctoranda en Derecho Constitucional (FPU)

Universidad de Oviedo.

RESUMEN

La transparencia es esencial para la vida democrática, al permitir que el pueblo gobernado pueda controlar la gestión que de los asuntos públicos hacen aquellos que actúan en su nombre. Sin embargo, no fue hasta 35 años después de la aprobación de la Constitución Española que nuestro país decidió adoptar legislación específica en esta materia. Aun así, este retraso no es sinónimo de vanguardismo. Aquella presenta notables déficits democráticos que no permiten entender cumplidas las pretensiones de transparencia que exige un sistema democrático.

Palabras clave: transparencia, Estado democrático de Derecho

ABSTRACT

Transparency is essential for the democratic project, since it allows the public control over the management of public affairs done by the representatives. However, it was not until 35 years after the Spanish Constitution making and approval that our country decided to adopt specific legislation in this field. Nonetheless, this delay is not synonym of avant-garde. The transparency legislation presents so many democratic deficits that the transparency conditions that a democratic system requires cannot be considered to be met.

Keywords: transparency, democracy under the Rule of Law.

1. INTRODUCCIÓN.

El juez Brandeis, del Tribunal Supremo de EE. UU., fue el artífice de una de las frases que, desde la primera vez que fuera pronunciada, pasaría a vertebrar cualquier discurso relativo a rendición de cuentas públicas: «la luz del sol es el mejor de los desinfectantes».¹ Y es que la exposición pública de la actuación gubernamental es uno de los remedios más eficaces para preservar la salud de las instituciones públicas y fortalecer la confianza ciudadana en ellas, no solamente porque actúa como «el poder de la vergüenza»² –en relación a los efectos disuasorios sobre la posible comisión de ilícitos– sino por las posibilidades de vigilancia ciudadana que ofrece.

En efecto, Kelsen ya se había encargado de poner de manifiesto que «la tendencia a la claridad era específicamente democrática» mientras que en lugar de esta, en la autocracia «imperaba la tendencia a ocultar: ausencia de medidas de control y nada de publicidad, sino el empeño de mantener la obediencia de los súbditos en interés de la autoridad del Estado».³ En una democracia en la que los ciudadanos participan en el Gobierno a través de sus representantes (art.23 CE), es necesario que el pueblo pueda controlar si la gestión que estos hacen de los asuntos públicos guarda lealtad al interés general y a la voluntad popular a la que deben el ejercicio de su cargo, haciendo así de «perros guardianes» de la democracia.

Para ello es necesario que el poder político sea accesible, es decir, que se trate de un «poder sin máscaras» o, lo que es lo mismo, de un «poder visible»,⁴ pues resulta imposible ejercer cualquier tipo de control sobre algo que permanece oculto. La opacidad simplemente aleja a representantes y representados. Imposibilita que estos últimos puedan enjuiciar la actuación de aquellos provocando, al mismo tiempo, un inevitable desafecto hacia el funcionamiento de las instituciones públicas, que se aparecen instancias lejanas y ajenas para el ciudadano.

Sin embargo, España en esto también es diferente. No ha sido hasta pasados 35 años desde la aprobación de la Constitución Española que nuestro país decidió aprobar la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LT), erigiéndose en el país n.º 96 del mundo en aprobar una ley en esta materia. Si bien

¹ BRANDEIS, L.: *Other people's money and how the bankers use it*, Bedford Books of St.Martin's Press, Boston, 1995.

² FOX, J.: «Transparencia y rendición de cuentas» en ACKERMAN, J. M. (Coord.): *Más allá del acceso a la información. Transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), Cámara de Diputados, Universidad de Guadalajara (ceta) y Centro Internacional de Estudios sobre la Transparencia y el Acceso a la Información, México, 2008, p.175.

³ KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*. Comares, Granada, 2002, p.120.

⁴ BOBBIO, N.: *El futuro de la democracia*. Fondo de cultura económica, México, 1986, pp. 65-72.

en algún momento se pensó que el retraso podía ser sinónimo de vanguardismo, la promulgación de la ley terminó traicionando dichas esperanzas y demostrando que la demora no era más que otra señal del recelo y la desidia que repetidamente manifiesta el sistema español hacia cualesquiera pretensiones de claridad.

2. BREVE ANÁLISIS SOBRE LOS DÉFICITS DEMOCRÁTICOS DE LA LEY DE TRANSPARENCIA.

Aún con legislación específica en la materia, nuestro país ocupa el puesto 76.º en el Ranking de Transparencia que engloba a 111 países, con 73 puntos sobre 150.⁵ Estamos situados, por tanto, entre aquellos que deben mejorar en las posibilidades de acceso a la información, por no alcanzar siquiera el aprobado. Y es que las deficiencias democráticas que presenta la LT son notables.⁶ En lo referente al régimen de publicidad activa –aquella que de oficio deben otorgar los entes sujetos a la ley– llama la atención que solo se obligue la publicidad de las actividades del Congreso, Senado, TC, CGPJ, Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas, CES, entre otros, que estén sujetas a Derecho Administrativo (art.2f LT) ¿Por qué no también el resto de actividades independientemente de cual sea su régimen jurídico? En la misma línea, la ley resulta aplicable a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación de las entidades públicas sea superior al 50 % (art.2g LT) y a aquellas entidades privadas que perciban durante el periodo de un año ayudas o subvenciones públicas superiores a 100 000€(art.3b LT). ¿Por qué no a todas las que reciban dinero público?

Tampoco resulta comprensible que no se publiquen las agendas de los altos cargos de la Administración pues ello permitiría al ciudadano verificar con quién se codean, a qué dedican su tiempo y a qué intereses sirven los representantes por él elegidos. Asimismo, la ley solo obliga la publicación de las retribuciones anuales de aquellos y las indemnizaciones por cese (art.8.1.f LT), pero ¿por qué no hacer públicas todas las percepciones, económicas o en especie, que reciban con ocasión del desempeño de funciones públicas (beneficios fiscales, dietas, coches oficiales...)? Y, ¿por qué no hacerlo con carácter retroactivo, esto es, comparando el patrimonio personal de ocupante del cargo público antes y después de pasar por este para ver qué rentas

⁵ Consúltese aquí el ranking: <http://www.datosmacro.com/estado/indice-derecho-informacion> (última consulta el día 5 de febrero de 2017).

⁶ Un análisis crítico de la citada ley se encuentra en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y SENDÍN GARCÍA, M. A.: *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Comares, Granada, 2014, pp. 108-188.

(injustificadas) deja la vida política? En la misma línea, la ley prevé que las Administraciones Públicas publiquen la relación de los bienes inmuebles que sean de su propiedad o sobre los que ostenten algún derecho real (art. 8.3 LT) pero, ¿por qué no, mejor, todos los bienes y derechos que conforman dicho patrimonio: dinero, valores mobiliarios, obras de arte, etcétera?

Junto a estas escasas obligaciones de publicidad activa, se configura otro régimen paralelo que otorga el derecho de los ciudadanos de acceder a aquella información que cae fuera del primer ámbito ya mencionado. A primera vista, si algo llama poderosamente la atención, es que este derecho de acceso a la información pública se ancle exclusivamente en el art.105 b) CE en vez de en el art. 20 CE.⁷ Dicha deslocalización no parece demasiado inocente, toda vez que si se hubiera considerado como parte del derecho fundamental a la libertad de información, la ley debería de haber sido orgánica y el derecho se hubiera visto rodeado de una serie de garantías jurisdiccionales, como la posibilidad de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Esta configuración jurídica se ha hecho, además, desatendiendo la tendencia internacional existente hacia la fundamentalización del sonado *right to know* y que se observa, por ejemplo, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 42) o en el art.15 del TFUE. Además, a nivel jurisprudencial, tanto el TJUE, el TEDH como también la Corte Interamericana de DD. HH., han venido reconociendo que se ha avanzado hacia una interpretación más amplia del «derecho a recibir información» que ya no se configura solo como un derecho de mera libertad sino también como un «derecho de acceso».⁸

Pues bien, si a esta discrecionalidad para otorgar la información pública –reflejo de esa idea, trasnochada y poco democrática de que la Administración es «dueña» de la misma y que es ella la que debe ponderar si el ciudadano la merece o no—⁹ se suman una larga lista de motivos de limitación de acceso (12), las posibilidades de transparencia

⁷ El análisis de esta cuestión se encuentra, entre otros en GUICHOT REINA, E.: «Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas» en la web de la Fundación Alternativas, concretamente en siguiente enlace: <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/transparencia-y-acceso-a-la-informacion-publica-en-espana-analisis-y-propuestas-legislativas> (última consulta el 5 de febrero de 2017).

⁸ Véanse, entre otras, la STJUE, de 14 de abril de 2009, Társaság a Szabadságjogokért c. Hungary; la STJUE de 25 de junio de 2013, Youth Initiative for Human Rights v. Serbia, el TJUE; o el caso Claude Reyes y otros contra Chile, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹ BOIX PALOP, A.: «La organización de los contrapoderes: sobre las (limitadas) posibilidades de participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos en el modelo constitucional español» en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Tensiones entre voluntad popular y representación política*. Comares, Granada, 2014, p. 113.

descienden vertiginosamente. Estos, además de ser cuestionables en términos cuantitativos, también lo son en términos cualitativos, pues comprenden categorías tan sumamente laxas e imprecisas que prácticamente cualquier pretensión de opacidad puede encontrar cobijo en ellas: seguridad pública, defensa, política económica y monetaria, protección del medio ambiente... (art. 14 LT). Es más, lo mismo resulta predicable de las causas de inadmisión de las solicitudes referidas, tan vacuas y ambiguas que pueden ser interpretadas de forma acomodaticia para evitar el suministro de información: el art.18 LT se refiere a la denegación de aquellas que fueren repetitivas o tuvieran un carácter abusivo no justificado con la finalidad de la ley, o que se refiriesen a informaciones auxiliares o en proceso de elaboración –cuando este tipo de información es increíblemente relevante para saber el porqué de las decisiones adoptadas– etcétera.

A toda esta lista de despropósitos institucionales, debe añadirse también que los efectos del silencio administrativo sean siempre negativos (art. 20.4 LT), lo que propicia que ante la duda, la opción de la Administración sea clara: no resolver; con lo que el ciudadano, además no de recibir la información solicitada, tampoco recibe una motivación explícita y razonada sobre su denegación. Por último, estas posibilidades evasoras se completan con la falta de un régimen propio de infracciones y sanciones para aquellos supuestos en los que resulten vulneradas obligaciones de suministro de información recogidas en la ley, precisamente para reforzar el deber de publicidad y desalentar la inactividad administrativa.

Toda esta carrera de obstáculos en que se ha convertido el acceso a la información pública, ha permitido, entre otras cosas, que aun existiendo LT no se pueda publicar la lista de aquellos que en 2012 se acogieron a la amnistía fiscal, las ayudas estatales a clínicas abortivas, los sueldos de la Real Casa de la Moneda, datos en materia de inmigración, como peticiones y denegaciones de asilo y protocolos de deportación, desglosarse los balances de criminalidad, etcétera.

3. CONCLUSIONES.

Si bien es cierto que el intento normativo por regular el acceso a la información pública resulta loable, máxime después de 35 años de pasividad, parece que el mismo solo satisface las expectativas lampedusianas de que todo cambie para que todo siga igual. La configuración de un régimen jurídico de acceso a la información excesivamente restrictivo y discrecional, que deja fuera muchas cuestiones que deberían

ser objeto de control ciudadano, que contempla una relación considerablemente amplia de causas de limitación de acceso, que no considera a este un derecho fundamental y que no prevé un régimen sancionador para aquellos casos en los que no se cumpla con las obligaciones informativas, entre otras cosas, no parece que permita hacer efectivas las pretensiones de transparencia que cabe esperar de un régimen democrático. De hecho, solamente aleja al ciudadano de una esfera política que, por ilegible y ajena, incrementa la sensación de distancia e incautación del pueblo, el cual se siente súbdito en vez de soberano.

En este sentido, no parece descabellado exigirle al legislador más ambición, pues las carencias democráticas de un sistema se suplen, precisamente, intensificando sus elementos democráticos.¹⁰ Forma parte fundamental de nuestro proyecto constitucional el que la vida política esté presidida por la transparencia, y no por la opacidad. No solo porque ello ayuda a renovar la confianza popular en las instituciones públicas, máxime en un momento en el que la desafección ciudadana se ha apoderado de aquellas, sino porque es imprescindible para que el pueblo gobernado pueda erigirse en pueblo gobernante. Y es que un Gobierno es representativo, como sostuvo Pitkin, «no demostrando el control que tiene sobre sus súbditos, sino justamente al revés, esto es, demostrando que sus súbditos tienen el control sobre lo que hace».¹¹

¹⁰ KELSEN, H.: *La esencia y el valor de la democracia*, ob. cit., p. 51.

¹¹ FENICHEL PITKIN, H.: *El concepto de representación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 257-258.

**¿ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES?
Una concepción coherentista de las normas de derecho fundamental.**

**¿CONSTITUTIONAL ANTINOMIES?
A Coherentist Theory of Fundamental Rights Norms**

José Manuel CABRA APALATEGUI
Facultad de Derecho, Universidad de Málaga
Bulevar Louis Pasteur, 26
29071 Málaga
jcabra@uma.es

Proyecto de investigación: «Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones» (der2016-74898-c2-1-r) del Ministerio de Economía y Competitividad / AEI y FEDER.

Resumen: La teoría del derecho post-positivista sostiene tres tesis complementarias: (i) las normas de derecho fundamental no son reglas, son principios; (ii) los principios son normas que tienden al conflicto; y (iii) el razonamiento con normas de derecho fundamental no opera en términos subsuntivos, sino mediante ponderación. En este trabajo se cuestiona esta concepción conflictivista de los derechos. En primer lugar, se analiza la estructura de los conflictos de normas de derecho fundamental para mostrar que las explicaciones disponibles de dicha estructura ignoran las relaciones sistemáticas y teleológicas de los derechos fundamentales entre sí y entre estos y otros valores constitucionales. Finalmente, se propone una teoría coherentista de los derechos, conforme a la cual la aplicación de las normas de derecho fundamental tiene carácter subsuntivo.

Palabras clave: Razonamiento jurídico, derechos, principios, ponderación, especificacionismo, conflictivismo, coherentismo.

Abstract: *Post-positivist legal theory holds three complementary thesis: (i) fundamental rights norms are not rules, but principles; (ii) principles are norms that tend to conflict; and (iii) reasoning with fundamental rights norms does not work by subsumption, but by balancing. In this paper the conflictivist conception of rights is brought into question. First, the structure of conflicts between fundamental rights norms are analyzed in order to show that available explanations of this structure ignore the systemic and teleological relations between fundamental rights and between these and other constitutional values. Last, a coherentist theory of rights is put forward, according to which fundamental rights norms adjudication has a subsumptive character.*

Key words: *Legal reasoning, rights, principles, balancing, specificationism, conflictivism, coherentism.*

1. Introducción

La teoría del Derecho post-positivista o neoconstitucionalista se caracteriza por mantener tres tesis complementarias entre sí. La primera de ellas afirma que las normas de derecho fundamental son *estructural* (tesis fuerte) y/o *funcionalmente* (tesis débil) distintas al resto de normas del ordenamiento, esto es, son y/o funcionan en el razonamiento jurídico como principios, no como reglas. La segunda tesis afirma que la identificación de su contenido está condicionada por la tendencia al conflicto –a la «colisión», en términos neoconstitucionalistas– de este tipo de normas; de manera que

tal identificación es el resultado de resolver el conflicto entre dos normas de derecho fundamental o entre un derecho fundamental y otra norma constitucional. La tercera tesis afirma que, en la medida en que esto es así, la aplicación de las normas de derecho fundamental no procede según un razonamiento subsuntivo, sino mediante ponderación; o más precisamente, que la identificación de la premisa normativa de este razonamiento se obtiene a partir de una ponderación de dos normas de derecho fundamental o entre un derecho fundamental y otra norma constitucional.

Esta concepción del Derecho y de los derechos no solo puede ser peligrosa (aunque no necesariamente ha de serlo) en lo que tiene de relativización de derechos y garantías, sino que, además, no constituye una explicación adecuada de las normas de derecho fundamental.¹

En este trabajo voy a defender una concepción de los derechos fundamentales que no asume ninguna de las tesis anteriores. Dado el orden lógico de la secuencia – teoría principialista de las normas de derecho fundamental, concepción conflictivista del sistema de los derechos fundamentales² y ponderación como teoría del razonamiento jurídico– parece razonable pensar que cuestionando la primera, el colapso de las demás tesis va de suyo. Mi argumento, sin embargo, va a seguir otros derroteros. No voy a cuestionar la distinción entre reglas y principios, aunque ninguno de los criterios propuestos me parece concluyente.³ Tampoco está claro cuáles sean las propiedades de uno u otro tipo de norma, confundiendo en muchos casos cuestiones relativas a la estructura lógica de las normas y su funcionamiento en el razonamiento.⁴ En cualquier caso, la calificación de una norma como regla o como principio no responde a un problema teórico o estructural, sino práctico o ideológico: cuanto más importante desde el punto de vista de una concepción del bien o de una teoría de la justicia consideremos el derecho o el bien jurídico protegido por una norma, más inclinados estaremos a atribuirle la condición de «razón perentoria» o «norma inderrotable», por muy abierta o indeterminada que sea su condición de aplicación, y, por tanto, a razonar como si fuera una regla; por el contrario, cuanto menos importancia relativa le concedamos a un derecho o bien jurídico, esto es, en comparación con otros derechos o bienes jurídicos, más inclinados estaremos a calificar esa norma como «razón *prima facie*» o «norma derrotable», por muy cerrada e inequívoca que sea su condición de aplicación, razonando como si fuera un principio.

Pues bien, como he dicho, no voy a ocuparme aquí de este debate; no voy a cuestionar la teoría del derecho constitucionalista por la vía de discutir su teoría de la norma jurídica, sino a partir de la segunda tesis, esto es, la concepción conflictivista del sistema de derechos fundamentales. En primer lugar, analizaré la estructura de los conflictos entre normas de derecho fundamental (apartados 2), en especial las llamadas «antinomias contextuales» (apartado 3), para mostrar que las explicaciones disponibles de dicha estructura presuponen un tipo de relación entre las normas de derecho fundamental que ignora las relaciones conceptuales y sistemáticas de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales. En el último apartado, defenderé una concepción coherentista de los derechos (apartado 4).

¹ En lo que respecta a este trabajo, quedan excluidos de esta categoría las directrices o principios rectores de la política social y económica.

² Y, potencialmente, de todo el ordenamiento jurídico por el «efecto irradiación» de las normas de derecho fundamental.

³ *Vid.* para una completa exposición de esta cuestión Martínez Zorrilla (2007: 71 y ss.).

⁴ *Cfr.* Moreso (2003: 107 y ss.), donde se muestra que el carácter derrotable o inderrotable de las normas es independiente de su estructura condicional o incondicional.

2. Los conflictos de normas de derecho fundamental como antinomias en concreto

Los conflictos entre normas de derecho fundamental se suelen calificar como antinomias *en concreto*, también denominadas *contingentes* o *externas*, por contraposición a concepción clásica de las antinomias entre reglas o antinomias *en abstracto*.

2.1. Las antinomias en abstracto.

Estamos ante una antinomia *en abstracto* cuando dos normas califican deónticamente de forma incompatible o conectan consecuencias jurídicas incompatibles a la misma clase de casos. Por ejemplo:

N_1 : «Los menores de edad emancipados pueden contraer matrimonio»

N_2 : «Únicamente los mayores de edad pueden contraer matrimonio»

Estas dos normas califican una misma clase de casos de forma incompatible, reconociendo en un caso y negando en el otro, la capacidad para contraer matrimonio a los menores de edad emancipados.

Nos encontramos igualmente ante una antinomia en abstracto cuando dos normas califican deónticamente de forma incompatible o conectan consecuencias jurídicas incompatibles a clases de casos que se superponen conceptualmente.

N_3 : «Prohibido fumar en la Universidad de Oviedo».

N_4 : «Los profesores de la Facultad de Derecho de Oviedo pueden fumar en su despacho».

Dado que la acción de fumar en el despacho de la facultad es una subclase de la acción más general de fumar en la Universidad de Oviedo, ambos casos se superponen conceptualmente.

Las antinomias en abstracto son antinomias necesarias o *a priori*, identificables con la mera interpretación de los textos jurídicos.⁵ Una antinomia en abstracto pone de manifiesto una inconsistencia del ordenamiento jurídico.

La aplicación del principio de consistencia lógica a los sistemas normativos no es una cuestión pacífica en la doctrina. Algunos autores –paradigmáticamente, Kelsen⁶ han cuestionado que la noción de conflicto normativo pueda explicarse a partir del principio de contradicción lógica.⁷ Que dos normas establezcan consecuencias contradictorias para un mismo supuesto de hecho y que, por tanto, el sujeto obligado no pueda dar satisfacción a ambas, no significa que entre ellas exista una contradicción lógica, sino, más bien, una imposibilidad pragmática (cuando un mismo agente está obligado a realizar deberes incompatibles) o una incoherencia teleológica del sistema normativo (cuando dos agentes pueden realizar conductas contrarias amparados por normas pertenecientes al mismo sistema normativo, por ejemplo, cuando dos jueces pueden, bien castigar como delito, bien dejar impune, una misma acción).

⁵ Guastini (2014: 118-9).

⁶ Kelsen (1973).

⁷ Sobre los problemas de un concepto de conflicto normativo dependiente del de contradicción o inconsistencia lógica del sistema normativo, *vid.* Iturralde Sesma (2003: 162 y ss.).

La lógica deóntica,⁸ en cambio, ofrece una explicación de los conflictos de normas a partir del principio de contradicción. Dos normas son contradictorias cuando son contradictorios sus contenidos normativos, es decir, dos normas son contradictorias cuando asocian consecuencias jurídicas contradictorias a una misma clase de casos (como ocurre en los ejemplos formulados más arriba). La contradicción normativa no opera en términos de verdad, sino de satisfacción. Un sistema normativo es incoherente o inconsistente cuando contiene alguna contradicción normativa, de manera que resulta imposible, por razones lógicas, obedecer todas sus normas. Así, estamos ante un conflicto normativo cuando un agente no puede adecuar su comportamiento al conjunto de normas pertenecientes a un mismo sistema normativo que resultan aplicables al caso.

Sea o no el principio de contradicción lógica el fundamento de nuestro concepto de conflicto normativo, no puede descartarse la posibilidad de conflictos en abstracto entre normas constitucionales. Este tipo de conflictos resulta ciertamente anómalo entre las normas que regulan las instituciones del Estado,⁹ la organización territorial, la atribución de competencias, etcétera, aunque cabe imaginarlo en relación a normas que reconocen valores y bienes constitucionales o derechos fundamentales. Es lo que sucede, aparentemente, con el art. 9.2 CE, que promueve la igualdad material, y el art. 14 CE, que consagra la libertad formal o libertad ante la ley.¹⁰ Ambas normas parecen excluirse mutuamente, de manera que *siempre* que se adopte una medida para favorecer la igualdad material de una determinada clase de individuos se estará vulnerando el principio de igualdad formal. No obstante, ni es frecuente, ni es este el tipo de antinomia que tiene en mente el neoconstitucionalismo para explicar los conflictos entre normas de derecho fundamental.

2.2. Las antinomias en concreto.

En una primera aproximación, podemos definir las antinomias en concreto como aquellas inconsistencias normativas que no se pueden identificar en abstracto con la mera confrontación de dos normas (textos jurídicos interpretados), sino en el momento de la aplicación de las normas a casos concretos. Suele ilustrarse este tipo de conflictos con el siguiente ejemplo:¹¹ un sistema normativo que contiene dos normas, una que establece el deber de cumplir las promesas y otra el deber de ayudar al prójimo. Este sistema normativo es perfectamente coherente, dado que de la interpretación de ambos preceptos no se puede inferir contradicción alguna, sin embargo, resultan imaginables multitud de situaciones en las que el cumplimiento de una de las obligaciones hace imposible el cumplimiento de la otra.

Pero, lo que esta primera aproximación pretende mostrar no es la estructura lógica de los conflictos entre normas jurídicas o morales, sino más bien la necesidad de distinguir, por un lado, la validez de las normas y, por otro, su aplicación a un caso particular,¹² que puede verse comprometida por la concurrencia de otras normas igualmente válidas. Cuál de ellas debe ser satisfecha es algo que el agente o el juez deben decidir a la luz de las circunstancias del caso.

⁸ Ver por todos, Alchourrón / Bulygin (1991).

⁹ No obstante, recordemos el ejemplo referido por Alf Ross sobre la Constitución danesa de 1920, en cuyo párrafo 36, primer apartado, establece que los miembros de la Primera Cámara no pueden exceder de 68 y, en su segundo apartado, al establecer las normas para la elección de los miembros de la Cámara, resultan un total de 69 miembros (Ross, 1997: 165).

¹⁰ Prieto Sanchís (2003: 185).

¹¹ Günther (1995), Prieto Sanchís (2003: 178).

¹² O dicho de otro modo, la necesidad de distinguir entre dos planos de discurso, el de fundamentación y el de aplicación.

Es posible una aproximación más aguda a la noción de antinomia en concreto. Según Guastini, se produce un antinomia en concreto cuando un *caso individual* es subsumible o es una instancia de dos *clases de casos conceptualmente independientes* a las que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles.¹³ Pensemos en las siguientes dos normas:

*N*₅: «Los ciudadanos deben pagar impuestos»

*N*₆: «Los desempleados no tienen la obligación de pagar impuestos».

Las clases de casos que regulan esas dos normas, «ostentar la ciudadanía» y «estar desempleado», son conceptualmente independientes. Siempre que podamos proporcionar una descripción del caso individual que permita identificarlo como una instancia de ambas clases de casos se dará un conflicto de este tipo; basta con constatar que una persona que ostenta la ciudadanía se encuentra desempleado para que se produzca la antinomia.

A diferencia de las antinomias en abstracto, el conflicto en las antinomias en concreto no responden a una inconsistencia del sistema jurídico, es decir, una contradicción entre normas jurídicas válidas, sino que dependen de «aquello que sucede en el mundo, es decir, de las circunstancias de hecho».¹⁴

Esta caracterización de las antinomias en concreto precisa todavía una aclaración. Que dos clases de casos sean conceptualmente independientes no significa únicamente que estas no se superpongan, sino también que la pertenencia a una de las clases no excluya la pertenencia a la otra, esto es, que ambas clases de casos no se *excluyan mutuamente*. Si la pertenencia a una de las clases excluye la pertenencia a la otra, ambas clases no son independientes. En un sistema normativo, esta relación de exclusión puede ser establecida *normativamente*. Siguiendo con el ejemplo anterior, si en virtud de una tercera norma la pérdida del empleo llevara aparejada automáticamente la pérdida de la ciudadanía, o si se garantizara un empleo a todo ciudadano sin excepción (supuestos ambos en los que la ostentación de la ciudadanía y la condición de desempleado se excluirían mutuamente), no habría lugar a la antinomia entre las normas *N*₅ y *N*₆ porque ningún caso individual podría ser subsumido simultáneamente en ambos supuestos de hecho.

Según una idea muy extendida, los conflictos entre normas de derecho fundamental responderían al tipo de las antinomias en concreto, esto es, surgen en el momento aplicativo y se producen entre normas que regulan clases de casos conceptualmente independientes, aunque, como pone de manifiesto el anterior ejemplo, también son posibles este tipo de antinomias entre reglas, por lo que no cabría afirmar que esta estructura lógica es específica de los conflictos entre principios.

3. Los conflictos de normas de derecho fundamental como «antinomias contextuales»

Como acabamos de ver en la caracterización anterior, las antinomias en concreto no responden a una inconsistencia del sistema jurídico; que se produzcan o no depende de cuáles sean las circunstancias empíricas del caso. David Martínez Zorrilla ha cuestionado que la estructura de los conflictos entre principios constitucionales y, en

¹³ Guastini (2014: 119). Sobre este tipo de antinomias, *vid.* también Guastini (1999: 167 y ss.).

¹⁴ Guastini (2014: 120).

particular, las normas de derecho fundamental, responda a esta tipo de antinomias. En su lugar ha propuesto un tipo distinto de antinomia que denomina «antinomia contextual».¹⁵ Al igual que las antinomias en concreto, las antinomias contextuales no responden a inconsistencias del sistema jurídico, pero, a diferencias de estas, no son dependientes de las circunstancias empíricas. Así, los conflictos entre normas de derecho fundamental son definidos como conflictos en abstracto no derivables de inconsistencias del sistema jurídico.

3.1. Una nueva tipología de los conflictos normativos.

Para construir su tipología de conflictos normativos, Martínez Zorrilla parte de la distinción entre acciones *genéricas* y acciones *individuales*.¹⁶ Las normas regulan acciones genéricas calificándolas deónticamente como prohibidas, permitidas u obligatorias; por ejemplo, la norma que obliga al comprador a pagar el precio o al vendedor a entregar la cosa. Las acciones individuales son las instancias de esas acciones genéricas; por ejemplo, la obligación de un sujeto A de pagar a un sujeto B el precio acordado y la obligación del sujeto B de entregar al sujeto A la cosa objeto de la compraventa. También las normas de derecho fundamental regulan acciones genéricas; así, la libertad de expresión califica como permitida la acción genérica de manifestar públicamente una opinión acerca de cualquier asunto, el derecho a la educación establece la obligación de los poderes públicos de garantizar un periodo mínimo de escolarización, etcétera.

Ahora bien, una acción individual *a* puede ser, simultáneamente, una instancia de dos o más acciones genéricas $A_1, A_2 \dots A_n$, que son calificadas deónticamente de manera incompatible por dos o más normas $N_1, N_2, \dots N_n$, una de las cuales permite la acción genérica A_1 , mientras que otra prohíbe la acción genérica A_2 . En estos casos la acción *a* está, simultáneamente, permitida, en tanto que instancia de A_1 , y prohibida, en tanto que instancia de A_2 . Esta incompatibilidad –sostiene Martínez Zorrilla– no supone la inconsistencia del sistema normativo, pero, al mismo tiempo, tampoco depende de las circunstancias empíricas o de qué sea el caso, sino que se produce por razones lógicas, lo que los calificaría como conflictos *in abstracto*.¹⁷

Al separar conceptualmente la consistencia del sistema normativo y los conflictos por razones lógicas (algo que no ocurre en la dupla antinomias en abstracto / antinomias en concreto), la tipología de los conflictos normativos se ve ampliada a tres categorías:¹⁸

1. Antinomias *genéricas*. Se trata de inconsistencias entre las normas del sistema. Se producen por razones lógicas y, por tanto, son conflictos en abstracto. Este tipo de antinomia se da cuando dos normas del sistema jurídico califican deónticamente de forma incompatible una misma acción genérica *A*, esto es cuando una norma permite *A* y otra norma prohíbe hacer *A*.

Se produce igualmente una antinomia de este tipo cuando dos normas del sistema jurídico califican deónticamente de forma incompatible dos acciones genéricas A_1 y A_2 que se implican lógicamente. Martínez Zorrilla pone el siguiente ejemplo (sobre el que habremos de volver):¹⁹

¹⁵ Martínez Zorrilla (2007: 124 y ss.; 2011: 737).

¹⁶ Sobre esta distinción, *vid.* Alchourrón (2000: 17).

¹⁷ Martínez Zorrilla (2011: 738).

¹⁸ Martínez Zorrilla (2007: 135 y s.) y (2011: 741).

¹⁹ Martínez Zorrilla (2007: 125).

N_7 : Se reconoce el derecho a manifestar, verbalmente o de cualquier otra forma, opiniones, ideas y creencias [A_1].

N_8 : No se podrá menoscabar el honor de terceros [A_2].

Dado que todo menoscabo del honor se produce mediante la expresión de una opinión, idea o creencia, todas las acciones individuales que instancian A_2 implican lógicamente la acción genérica A_1 , es decir, son también instancias de A_1 . No ocurre así a la inversa, no todo ejercicio de la libertad de expresión supone un menoscabo al honor, es decir, no todas las acciones individuales que instancian A_1 implican lógicamente y son instancias de la acción genérica A_2 .

2. *Antinomias contextuales*. Se trata de inconsistencias que se producen cuando una acción individual es subsumible en dos o más acciones genéricas que son calificadas deónticamente de forma incompatible por dos o más normas del sistema, lo que significa que la incompatibilidad se produce por razones lógicas. Por este motivo, y aunque no puede concebirse como una inconsistencia del sistema normativo, se trataría de un conflicto en abstracto.

3. *Conflictos de instanciación*. Son conflictos de este tipo todas aquellas situaciones en las que el cumplimiento de las normas aplicables resulta imposible, no por razones lógicas, sino por las circunstancias empíricas del caso concreto. Estos conflictos se producen: (i) Cuando dos normas correlacionan sendas acciones genéricas con soluciones compatibles lógicamente, pero cuyo cumplimiento conjunto resulta imposible dadas las circunstancias (por ejemplo, cuando un agente no puede hacer frente a dos obligaciones dinerarias derivadas de dos normas distintas, la obligación de pagar impuestos, por un lado, y la obligación de pagar una pensión de alimentos, por otro); (ii) cuando todas las acciones individuales empíricamente posibles suponen el incumplimiento de alguna de las normas aplicables al caso, como ocurre en la mayoría de los *dilemas morales* (por ejemplo cuando, dadas las obligaciones de cumplir las promesas y de ayudar al prójimo, en determinadas circunstancias el cumplimiento de una de ellas excluye el cumplimiento de la otra, de manera que el agente solo puede cumplir una de ellas o ninguna, pero no ambas); y (iii) cuando una misma norma genera obligaciones imposibles de satisfacer conjuntamente por un agente que es incapaz de realizar dos o más acciones individuales instancias de una misma acción genérica (por ejemplo, un comprador que no puede satisfacer todas sus obligaciones derivadas de dos o más contratos de compraventa).

Las antinomias *genéricas*, en cualquiera de sus formas vienen a coincidir con las antinomias en abstracto. El problema surge no con la caracterización de esta categoría, sino con su ejemplificación. Martínez Zorrilla ilustra este tipo de antinomias con el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión, afirmando que no parece posible violar el derecho al honor de una persona o un colectivo sin ejercer la libertad de expresión. No es que el ejemplo sea inadecuado; todo lo contrario. De hecho, creo que ilustra con bastante claridad la tesis que voy a sostener en este trabajo, a saber: que los conflictos entre derechos fundamentales o entre estos y otros valores o principios constitucionales responde a este tipo de antinomia, cuya solución puede obtenerse por aplicación de la regla de *lex specialis*; o más bien, que la relación entre ambas normas

no constituye una inconsistencia normativa, sino que se configura como la relación entre una regla general y una excepción o limitación de la misma.

El caso es que este mismo conflicto es utilizado reiteradamente por Martínez Zorrilla como ejemplo de antinomia *contextual*.²⁰ El que un mismo conflicto haya sido encuadrado en dos categorías distintas no es necesariamente una objeción contra la tipología de los conflictos normativos: puede ser que su inclusión en alguna de las dos categorías obedezca a un error. Así las cosas, hay dos posibles salidas a este problema: o bien el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión no es una antinomia genérica, sino una antinomia contextual, en cuyo caso habría que preguntarse qué significa que dos acciones genéricas se «implican lógicamente» (dado que resulta difícil concebir una vulneración del derecho al honor si no es mediante la manifestación de ideas, opiniones, etcétera, a través de cualquier medio de expresión); o bien la tipología propuesta no es excluyente, de manera que un mismo conflicto puede ser clasificado como antinomia *genérica* y como antinomia *contextual* simultáneamente, lo cual pondría en cuestión la utilidad de introducir una nueva categoría.

3.2. Antinomias contextuales como antinomias en abstracto.

La diferencia específica de las antinomias contextuales es que, sin derivar de una inconsistencia del sistema normativo como las antinomias genéricas, son antinomias en abstracto, puesto que el conflicto normativo se produce por razones lógicas, independientemente de las condiciones empíricas del caso particular.

Como hemos visto, las antinomias contextuales se producen cuando una acción individual *a* es subsumible en dos acciones genéricas conceptualmente independientes, A_1 y A_2 , que son calificadas deónticamente de forma incompatible por dos normas del sistema (por ejemplo, en tanto que instancia de A_1 la acción *a* está permitida y como instancia de A_2 la acción *a* está prohibida). El conflicto normativo no deriva de una inconsistencia lógica del sistema, pero se produce por razones lógicas, identificables en abstracto, al margen de las circunstancias empíricas:

[L]a razón por la que la inconsistencia, y por tanto, el conflicto se produce es que ciertos casos reúnen ciertas *propiedades*, de modo que puede afirmarse que todo supuesto o caso individual que comparta tales propiedades dará lugar a un conflicto, aunque las condiciones empíricas concretas del caso resulten obviamente indeterminadas.²¹

En definitiva, *siempre* que se dé una acción individual *a* que presente, entre otras, ciertas propiedades *x*, *y*, *z* se dará un conflicto entre aquellas normas que conectan acciones genéricas cuya descripción incorpora alguna de las propiedades *x*, *y*, *z* a consecuencias jurídicas incompatibles; no es preciso que se produzca *de hecho* un caso de ese tipo para poder afirmar «que se producirá un conflicto».²²

Hay un sentido trivial en el que todos los conflictos normativos que no son antinomias genéricas, lo que incluye también a las antinomias contextuales, dependen de las condiciones empíricas del caso: en tanto que, al margen de otras circunstancias, para que la acción individual *a* sea subsumible en las acciones genéricas A_1 y A_2 debe presentar unas determinadas propiedades naturales *x*, *y*, *z*. Evidentemente, esto no

²⁰ Martínez Zorrilla (2007: 131, 139 y ss.).

²¹ Martínez Zorrilla (2007: 133).

²² *Ibidem*.

constituye una objeción contra la caracterización de las antinomias contextuales como conflictos en abstracto.

Por otro lado, si lo que se quiere decir al caracterizar las antinomias contextuales como antinomias en abstracto es que un conflicto de este tipo puede anticiparse mentalmente aunque no haya tenido lugar *de facto* una determinada situación particular, esto es, que puede concebirse como hipótesis, la afirmación es verdadera: en este sentido, el conflicto es independiente de condiciones empíricas. Sin embargo, esto no justificaría la incorporación de la categoría específica de las antinomias contextuales como una categoría específica, pues los problemas de instanciación (antinomias en concreto) son igualmente previsibles, aunque no se produzcan. Tampoco es esto lo que se pretende mostrar al calificar como conflictos en abstracto las antinomias contextuales.

La calificación de las antinomias contextuales como conflictos en abstracto se entiende mejor si se compara esta categoría con los conflictos de instanciación. En estos últimos, son las circunstancias particulares del agente y/o la concurrencia en el tiempo de las normas las que le impiden la satisfacción de ambas normas simultáneamente. Así ocurre cuando un agente no puede hacer frente al pago de dos obligaciones dinerarias derivadas de dos normas lógicamente independientes o al pago de dos obligaciones dinerarias derivadas de una misma norma. Otro agente solvente económicamente (o él mismo, si las obligaciones no hubieran surgido simultáneamente en el tiempo), sí estaría en condiciones de satisfacer todas sus obligaciones, desapareciendo el conflicto normativo en ambos casos. Que este se dé o no se dé depende exclusivamente de circunstancias empíricas; pero no de aquellas circunstancias que reproducen las propiedades naturales con que se define la acción genérica regulada por la norma, sino de circunstancias contingentes e independientes de esas propiedades, como son la situación del agente y sus capacidades individuales para adecuar su comportamiento a un conjunto de normas simultáneamente. O dicho de otro modo, ese conjunto de normas no conforma un sistema normativo inconsistente para cualquier agente.

Previamente a cualquier otra consideración, surgen serias dudas acerca de la calificación como conflictos normativos²³ de estos conflictos de instanciación, en los que la imposibilidad de satisfacción de dos normas depende exclusivamente de las circunstancias particulares del agente y no de las propiedades del caso y su relación lógica con las normas. ¿Estaríamos igualmente ante un conflicto de normas si un agente no pudiera satisfacer ninguna de esas obligaciones? Y, sobre todo, ¿cuál es la relación entre ambas normas en este tipo de conflictos normativos? No está clara cuál sea esa relación. Y es que hay algo de paradójico en el concepto de contradicción normativa cuando este se construye a partir de la noción de satisfacción. Tanto en las antinomias genéricas, mediante la interpretación de las disposiciones legales, como en las antinomias contextuales, mediante una descripción del caso que contenga propiedades definitorias de dos o más acciones genéricas, el conflicto expresa una contradicción o incompatibilidad de los contenidos normativos, es decir, una inconsistencia entre ambas normas, pero ¿se puede hablar de inconsistencia en los conflictos de instanciación? Las antinomias en abstracto (genéricas y contextuales) plantean la imposibilidad para el agente –¡para cualquier agente!– de adecuar su comportamiento a ambas normas

²³ Esta misma idea me parece que puede encontrarse ya en Alchourrón (1991) cuando sostiene que el único tipo de inconsistencia que da lugar a conflictos normativos es la «inconsistencia condicional» (que viene a coincidir en lo sustancial con la antinomia contextual). Una cuestión distinta es que se tomen en consideración las circunstancias empíricas para dilucidar cuál de las dos obligaciones, cuya satisfacción simultánea no es posible, debe atender el agente (si es que está en condiciones de atender al menos una de ellas), por ejemplo, dar prioridad al pago de alimentos frente al pago de impuestos.

simultáneamente, en cambio, los conflictos de instanciación no obedecen a una contradicción o inconsistencia normativa, sino a las circunstancias personales del agente, titular de varias obligaciones que no puede satisfacer. El hecho de que otros agentes en circunstancias personales distintas estuvieran en condiciones de satisfacer las obligaciones establecidas por esas mismas normas impiden que podamos hablar aquí de conflicto normativo propiamente dicho. Se trata más bien de un problema de eficacia. A diferencia de los conflictos de instanciación, las antinomias contextuales se producen con independencia de cuáles sean las circunstancias personales de los agentes en relación con el contenido normativo y, en este sentido, no dependen de las circunstancias concretas del caso.

La situación es algo distinta cuando todas las acciones posibles están calificadas como prohibidas a la luz de un sistema normativo. A diferencia de lo que ocurre en los supuestos anteriores, la imposibilidad de cumplimiento de las normas en una situación de este tipo no depende de las circunstancias personales de cada agente, sino de la concurrencia temporal de ambas obligaciones: ningún agente en esta misma situación está en condiciones de satisfacer el contenido de ambas normas. Ahora bien, la imposibilidad de satisfacer el contenido de ambas normas no es de carácter lógico. En las antinomias contextuales, la satisfacción de una de las normas supone *necesariamente* el incumplimiento de la otra porque los contenidos de ambas normas son contradictorios (podemos decir que se excluyen mutuamente): una norma prohíbe lo que la otra permite, etcétera. Por el contrario, en el supuesto que estamos considerando se trata de una imposibilidad empírica. La satisfacción de una de las normas supone *únicamente en esas circunstancias* el incumplimiento de la otra norma. Debido a su concurrencia en el tiempo, dos obligaciones, cuyos contenidos son lógicamente independientes, no pueden ser satisfechas. Entre los contenidos de ambas normas no existe contradicción alguna y el hecho de que no puedan satisfacerse ambas responde a circunstancias contingentes que nada tienen que ver con dichos contenidos. Basta con que esas obligaciones se presentasen diferidas en el tiempo para que desapareciera la imposibilidad de satisfacción y, con ello, el conflicto normativo.

La distinción entre antinomias contextuales y conflictos de instanciación propuesta por Martínez Zorrilla tiene la incuestionable virtud de mostrar que no todos los conflictos normativos que no derivan de inconsistencias del sistema normativo son iguales y que es preciso diferenciar entre aquellos que se producen por razones lógicas (relaciones lógicas entre contenidos normativos) y aquellos que obedecen a circunstancias contingentes (circunstancias personales del agente y/o concurrencia temporal de varias obligaciones) respecto de los cuales ni siquiera puede hablarse propiamente de un conflicto normativo.

Por otra parte, mientras son evidentes las diferencias entre las antinomias contextuales y las antinomias en concreto tal y como son concebidas por algunos autores, como Günther o Prieto Sanchís, que se limitan a señalar la posibilidad de que los conflictos normativos surjan en el momento aplicativo en lugar de en el momento interpretativo, no creo que existan tales diferencias con la caracterización de Guastini que hemos visto con anterioridad, en la que ya están presentes los elementos de las antinomias contextuales; que se las califique como «antinomias en concreto» o «antinomias en abstracto» depende de dónde se ponga el foco, en el *caso* individual que da lugar a la antinomia o en la *relación lógica* de los contenidos normativos, respectivamente.

3.3. Antinomias contextuales y consistencia del sistema normativo.

Las antinomias contextuales, como las antinomias en concreto, no derivan de una inconsistencia lógica del sistema normativo. Esto supone la aceptación de dos enunciados aparentemente contradictorios:

- (1) *No existe contradicción normativa* entre las normas N_7 y N_8 que califican deónticamente de manera incompatible las acciones genéricas A_1 y A_2 .
- (2) *Existe contradicción normativa* entre las normas N_7 y N_8 que califican deónticamente de manera incompatible la acción individual c .

Una explicación para admitir la validez de ambos enunciados podría consistir en afirmar que estamos ante dos sistemas normativos distintos, uno más general o indeterminado y otro más específico,²⁴ de manera que N_7 y N_8 no tienen el mismo contenido normativo en (1) y en (2), pero esta no resulta una explicación convincente. No hay más que recordar el ejemplo anterior, en el que un sistema normativo contempla la exención de pagar impuestos para los desempleados y la obligación de pagarlos para quienes ostentan la condición de ciudadanos, para ver que en ambos casos el sistema normativo es el mismo.

La razón por la que no hay problema en admitir la validez de ambos enunciados es –como se ha visto reiteradamente– que a partir de una determinada descripción de la acción individual c , esta es considerada una instancia de los supuestos de hecho o acciones genéricas regulados por N_7 y N_8 con consecuencias jurídicas incompatibles.

Ahora bien, para que la acción individual c pueda ser subsumida en ambas acciones genéricas A_1 y A_2 , estas han de ser conceptualmente independientes. Dos acciones genéricas son independientes cuando no es el caso que (i) una de ellas es una subclase de la otra y está incluida en ella, y/o (ii) la pertenencia a una de ellas excluye la pertenencia a la otra. Y aquí es donde me parece que las antinomias contextuales no proporcionan una explicación plausible de las relaciones entre las normas de derecho fundamental, porque, precisamente, las acciones genéricas que regulan las normas de derecho fundamental *no son conceptualmente independientes* de las acciones genéricas que regulan otras normas de derecho fundamental u otras normas que protegen bienes constitucionales. Las acciones individuales que vulneran el honor de una persona o su presunción de inocencia son una subclase de las acciones individuales consistentes en manifestar expresiones, ideas o creencias. Si una acción individual a consistente en manifestar expresiones, ideas o creencias vulnera el derecho al honor o la presunción de inocencia de un tercero, entonces no es, simultáneamente una instancia de las acciones permitidas por la libertad de expresión y una instancia de las acciones prohibidas por el derecho al honor o la presunción de inocencia, sino que dicha acción es, simplemente, una vulneración de alguno de esos dos derechos y, por tanto, no está amparada por la libertad de expresión. El enunciado (2) –«*Existe contradicción normativa* entre las normas N_7 y N_8 que califican deónticamente de manera incompatible la acción individual c »– no es válido porque no hay tal conflicto de normas entre N_7 y N_8 . En el momento en que una acción individual c es subsumida en el supuesto de hecho de una de las normas, queda excluida como instancia de la otra porque las acciones genéricas reguladas por ambas normas no son conceptualmente independientes.

²⁴ No hay una conexión necesaria entre la generalidad de las normas y la consistencia abstracta de los sistemas normativos. La aparición de inconsistencias entre normas es algo que depende de las características de los casos particulares. Además, la especificación de las normas de un sistema puede servir tanto para resolver conflictos normativos, como para sacar a la luz conflictos latentes, ocultos en la indeterminación de las normas.

4. Una concepción coherentista de los derechos.

El interés por explicar la estructura de los conflictos entre las normas de derecho fundamental, ya sea como antinomias en concreto o como antinomias contextuales, parte de asumir una de las tesis centrales de la teoría del derecho post-positivista: el carácter conflictivo de los derechos. Esta tesis no solo asume la tendencia expansionista de las normas de derecho fundamental (lo que no quiere decir, por cierto, que su contenido normativo o sus garantías sean más extensos que el proporcionado por explicaciones alternativas de los derechos), sino también, como hemos visto, la independencia conceptual de las acciones genéricas y bienes constitucionales reguladas por las normas de derecho fundamental y por otras normas constitucionales. Ciertamente, el alto nivel de generalidad o indeterminación de las normas constitucionales parece abonar esta tesis, difuminando las relaciones *teleológicas* y *sistemáticas* existentes entre las acciones reguladas por las normas de derecho fundamental. Sin embargo, es posible –y necesaria– una teoría de los derechos fundamentales capaz de mostrar estas relaciones, no como conflictos normativos, sino como un sistema teleológica y sistemáticamente coherente.

Una teoría de este tipo es la propuesta por García Amado, que clasifica los derechos fundamentales en cuatro categorías:²⁵

1. Derechos *inclusivos* (o *derechos-regla*). El objeto de este derecho es una actividad natural o realidad prenormativa: expresar ideas u opiniones, desplazarse, realizar actos de culto, etcétera. Lo que el derecho hace no es determinar en qué consisten estas actividades o conductas, sino definir los límites al ejercicio espontáneo de las mismas. Pertenecen a este tipo la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), el derecho de libertad (art. 17.1 CE), el derecho a circular por el territorio nacional (art. 19 CE), la libertad de expresión (art. 20.1 CE), el derecho de reunión (art. 21.1 CE) o el derecho de asociación (art. 22.1 CE).

2. Derechos *de exclusión* (o *derechos-excepción*). El objeto de protección de estos derechos es delimitado normativamente. Las normas que reconocen este tipo de derechos definen su contenido positivo estableciendo un ámbito de protección frente a cualquier intromisión, que se considerará vulneración del derecho. Pertenecen a este tipo el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18.1 CE), el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) o el derecho de participación en los asuntos públicos (art. 23.1), entre otros.

3. Derechos *a un hacer positivo del Estado*. El objeto de estos derechos es una acción o prestación por parte del Estado, o más bien, el resultado de esa actividad, sin el cual no pueden ser satisfechos. Son derechos de este tipo el derecho a ser informado de los derechos del detenido y de las razones de la detención (art. 17.3 CE), el derecho de *habeas corpus* (art. 17.4 CE), el derecho al debido proceso o tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE), el derecho al juez predeterminado por la ley y el resto de derechos del art. 24.2 CE o el derecho a que las penas privativas de libertad estén orientadas a la reinserción social (art. 25.2 CE).

²⁵ García Amado (2016: 39 y ss.).

4. Derechos *a una omisión del Estado*. Estos derechos imponen al Estado una obligación de abstenerse de llevar a cabo determinadas acciones. Estos derechos suelen ser concreciones de un derecho más general cuya protección queda reforzada frente a determinados riesgos específicos. Por ejemplo, el derecho no ser detenido ilegalmente (art. 17.4 CE) es una concreción del derecho general de libertad (art. 17. 1 CE), el derecho a no sufrir pena de muerte es una concreción del derecho a la vida (art. 15 CE) o el derecho a no ser torturado lo es del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Pertenecen igualmente a esta clase de derechos los siguientes: el derecho a no sufrir penas y tratos degradantes e inhumanos (art. 15 CE), el derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (art. 25.1 CE), el derecho a no ser condenado a trabajos forzados (art. 25.2 CE), el derecho a no declarar sobre la ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE) o el derecho a no declarar (art. 17 CE).

Por la configuración de su objeto, los derechos inclusivos o derechos-regla son limitados por los derechos de exclusión o derechos-excepción, pero no a la inversa. Los primeros amparan la realización de su contenido, que, recordemos, es una actividad natural, salvo en aquellos casos en que se afecte a los derechos de exclusión. De este modo, la relación entre ambos derechos se configura según el esquema de «regla-excepción». La libertad de expresión estará limitada por el derecho al honor o la presunción de inocencia, pero no puede decirse que el derecho al honor o a la presunción de inocencia estén limitados por la libertad de expresión; el honor o la presunción de inocencia no tienen un contenido *prima facie* que se vea limitado por la libertad de expresión, sino que su contenido es propiamente aquello que se declara protegido frente al ejercicio de la libertad de expresión,²⁶ esto es, el resultado de un proceso de *especificación* de las condiciones de aplicación de las normas que protegen dichos derechos de exclusión (y, correlativamente, de las condiciones de aplicación de los derechos inclusivos que se ven limitados por esos derechos).

Este esquema de «regla-excepción» refleja una superposición conceptual o implicación lógica entre los derechos inclusivos y los derechos de exclusión. No todo ejercicio de un derecho inclusivo significa vulneración de un derecho de exclusión, pero toda vulneración de un derecho de exclusión constituye *conceptualmente* un ejercicio ilegítimo de un derecho de inclusión. Ambas normas operan de manera excluyente: una vez podamos subsumir una acción individual *a* en la acción genérica regulada por norma de derecho de exclusión, esto es, una vez podamos determinar que se trata de una excepción a la regla general, no puede hablarse propiamente de conflicto normativo. Y lo mismo cabe decir de la relación entre los derechos de excepción y otros bienes constitucionales.

En cuanto a las otras dos categorías, los derechos que imponen deberes y los derechos que imponen omisiones por parte del Estado, los conflictos normativos no se producen por lo general con otros derechos cuyo contenido delimiten, sino con otros valores o bienes constitucionales que el Estado tiene la obligación de garantizar, como el orden público, la justicia, la seguridad o la paz social. Si se consideran estos derechos en su sentido originario, esto es, como garantías del ciudadano frente al Estado y los poderes públicos –en definitiva, como límites al poder político– veremos que funcionan respecto de estos valores y bienes constitucionales²⁷ como excepciones o ámbitos de protección al modo en que lo hacen los derechos de excepción respecto de los derechos de inclusión. Una vez que una acción individual *a* es una instancia de la acción genérica

²⁶ García Amado (2016: 40).

²⁷ O para evitar cualquier tipo de abuso.

regulada por alguno de estos derechos –pongamos por caso, una detención ilegal del art. 17.4 CE–, queda excluida la posibilidad del conflicto normativo; esa acción no puede ser subsumida en la clase de acciones genéricas de las detenciones amparadas por el derecho realizadas en garantía de la seguridad pública, la eficacia policial o cualquier otro valor constitucional. En otras palabras, no puede calificarse de otro modo que como contraria a derecho.

Recapitulando, la teoría del derecho post-positivista parece ignorar las relaciones teleológicas y sistemáticas de las normas de derecho fundamental entre sí y entre estas y las otras normas constitucionales que garantizan bienes y valores constitucionales. Como he intentado mostrar, las clase de acciones o acciones genéricas que regulan estas normas no son conceptualmente independientes y, por tanto, su relación no es antinómica. Plantear las relaciones de las normas de derecho fundamental en términos conflictivistas, ya sea como antinomias en concreto o como antinomias contextuales, tiene como consecuencia directa la necesidad de desarrollar métodos o procedimientos aptos para resolver conflictos entre normas constitucionales.²⁸ Para una teoría coherentista como la esbozada aquí, la identificación de los derechos es esencialmente interpretativa y su aplicación, una operación subsuntiva.

Dos observaciones finales acerca de esta última tesis. Primera: que la identificación de los derechos se caracterice como esencialmente interpretativa no significa incurrir en ningún tipo de esencialismo apriorístico respecto de sus contenidos, ni, obviamente, que la interpretación esté exenta de dificultades o que en la determinación del contenido y los límites de los derechos no sea necesario, en ocasiones, introducir estimaciones justificadas sobre la base del criterio de proporcionalidad.

Segunda: se trata de una tesis analítica, no normativa. Afirmar que la aplicación de las normas de derecho fundamental es de carácter subsuntivo no condiciona la extensión o contenido de los derechos y es compatible con cualquier teoría normativa de los derechos.²⁹ La interpretación, más o menos amplia, que del concepto de honor, el

²⁸ Según la concepción conflictivista, los conflictos entre normas constitucionales no pueden resolverse mediante las reglas clásicas de *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*, por lo que hay que acudir a la ponderación (Alexy 2003: 434). En primer lugar, los criterios de *lex superior* y *lex posterior* no son aplicables a los conflictos entre normas constitucionales porque entre ellas no puede establecerse una relación jerárquica, salvo que el propio texto constitucional disponga algo en este sentido, ni una relación temporal, dado que, obviamente, ambas son coetáneas. Solo en algunas ocasiones, y cuando ente ambas normas pueda establecerse una relación de género a especie, como ocurre con los artículos 14 y 57 de la Constitución Española, podrían las antinomias entre normas constitucionales resolverse mediante la regla de *lex specialis*. En segundo lugar, la aplicación de estas reglas para la resolución de antinomias significa o bien la expulsión del ordenamiento jurídico de una de las reglas en conflicto (pérdida de *validez* de la norma cuando se aplica la regla de *lex superior* o pérdida de *vigencia* de la norma cuando se aplica la regla de *lex posterior*), o bien la incorporación de una excepción definitiva y permanente a la regla más general. Por razones obvias, la resolución de los conflictos entre normas de derecho fundamental no puede producirse mediante la pérdida de validez o de vigencia de uno de ellos o en la incorporación de una excepción general y permanente a favor de uno de los principios en detrimento del otro. La ponderación permitiría determinar –y, al mismo tiempo, justificar– *en cada caso* cuál de los principios resulta aplicable sin comprometer la validez o la vigencia de ninguno de ellos y sin incorporar excepciones definitivas que supongan la preferencia de uno de los principios sobre el otro en todos los casos en que concurren ambos.

²⁹ Podría, no obstante, afirmarse que una teoría coherentista ofrece más garantías para los derechos fundamentales que su alternativa conflictivista (si es que puede atribuírsele a una teoría del derecho este tipo de consecuencias prácticas). La concepción conflictivista de los derechos supone necesariamente una relativización de los mismos hasta el punto de que forma parte del propio concepto de derecho fundamental la posibilidad de su sacrificio en favor de otro derecho o de otro bien constitucional con los que, supuestamente, entra en conflicto, aunque resulta evidente

grado de veracidad que se exija a la información que cuestione la presunción de inocencia, o las prácticas que se consideren degradantes o inhumanas no están predeterminadas por la naturaleza subsuntiva o ponderativa de la aplicación de las normas de derecho fundamental.

Bibliografía

ALCHOURRÓN, C. (1991): «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 291-301.
– (2000): «Sobre Derecho y Lógica», *Isonomía* 13, pp. 11-33.

— y Bulygin, E. (1991): «La concepción expresiva de las normas», en Alchourrón, C. / Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp.121-153.

ALEXY, R. (2003): «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Iuris* 16 (4), pp. 433-49.

GARCÍA AMADO, J. A. (2016): «Conflictos de derechos: qué son y cómo se resuelven», en García Amado, J. A. (coord.) *Razonar sobre derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 15-50.

GUASTINI, R. (1999): «Los principios en el derecho positivo», en Id. *Distinguiendo*, trad. Jordi Ferrer Beltrán. Barcelona: Gedisa, pp. 142-178.

– (2014): *Interpretar y argumentar*, trad. Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GÜNTHER, K. (1995): «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», *Doxa* 17-18, pp. 271-302.

ITURRALDE SESMA, V. (2003): *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2007): *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, Marcial Pons.

– (2011): «The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights», *Law and Philosophy* 30, pp. 729-749.

MORESO, J. J. (2003): «Conflictos entre principios constitucionales», en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 99-121.

PRIETO SANCHÍS, L. (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta.

ROSS, A. (1997): *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Eudeba.

que ninguna concepción de los derechos puede evitar que el razonamiento jurídico quede sometido a consideraciones de oportunidad o utilidad.

Falsos dilemas ponderativos del Estado social de Derecho¹

Leonor SUÁREZ LLANOS

Resumen: En esta conferencia comienzo apuntando los problemas argumentativos y ponderativos que se derivan de las colisiones de derechos. A partir de ahí, destaco que es un paso previo fundamental al proceso solutivo de tales colisiones realizar un análisis acerca de la existencia real del enfrentamiento o dilema en cuestión. En este sentido, apunto las situaciones fundamentales en las que la lógica recomienda considerar que estamos ante falsos dilemas, y las razones de tal falsedad. El paso siguiente es poner en juego tal planteamiento en el contexto del Estado social de Derecho y en relación con algunos de los que considero falsos dilemas constitucionales, en concreto, eutanasia, prostitución, gestación por sustitución, uso del burka y limitación de la libertad por causa de seguridad.

Palabras clave: argumentación, ponderación, falsos dilemas, derechos, libertad, Estado de Derecho.

Abstract: *In this conference, I start by pointing out the argumentative and pondering problems that arise from the collision of rights. From there, I emphasize that is a fundamental preliminary step to the solution process of such collisions to make a previous analysis about the real existence of the confrontation or dilemma in question. In this sense, I point out the fundamental situations in which logic recommends considering that we are facing false dilemmas, and the reasons for such falsehood. The next step is to put this approach in the context of the social rule of Law and in relation to some of those that I consider false constitutional dilemmas, namely, euthanasia, prostitution, gestation by substitution, use of the burka, and limitation of freedom for security reasons.*

Keywords: *Argumentation, ponderation, false dilemmas, rights, freedom, rule of law.*

En ciertas ocasiones muy relevantes, por su intensidad y repercusiones prácticas y especulativas, los derechos fundamentales se enfrentan de forma trágica, pues la satisfacción de uno implica la limitación o supresión del otro derecho en conflicto –p. ej., libertad de información vs derecho a la intimidad y la propia imagen–, lo que supone una vulneración de un elemento esencial de un valor fundamental.

Sabemos bien que las distintas teorías interpretativas, argumentativas y ponderativas tratan de ofrecer los mejores argumentos para justificar la prevalencia de un derecho frente a otro. Incluso algunos, y se suele acusar de ello a los ponderativos, tratan de justificar que la suya es la única solución o respuesta correcta y/o verdadera.

¹ La conferencia ofrecida en su día, así como el acta publicada se enmarcan en el Proyecto SV_15_GRUPUO_FILARJU del Grupo de Investigación Filosofía y Argumentación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo.

En estas actas publico el texto básico sustentado en el Congreso, remitiendo al respecto a una versión más completa y referenciada del mismo de próxima publicación y a los distintos trabajos en los que ha ido tratando la materia y sustentando los análisis que aquí sintéticamente se apuntan.

Este es un campo interesantísimo. Aunque aquí solo lo trataré incidentalmente, ya que voy a sostener la siguiente tesis, que adelanto para aliviar incertidumbres y facilitar la comprensión de lo que sigue: muchos de esos conflictos trágicos no tienen por qué ser resueltos argumentativa o ponderativamente porque no existen, son falsos.

Sin duda, el Estado social de Derecho tiene una tendencia creciente a construir controversias y pugnas de derechos fundamentales, en amplia medida, por la sustantivización y objetivización que siguen a la introducción normativa de principios, valores y derechos constitucionales en el más alto nivel jerárquico del ordenamiento normativo. Esto anima la aparición de muchos dilemas jurídicos. Y, por tanto, también impulsa el gran desarrollo de aquellas teorías argumentativas y ponderativas.

Ahora bien, esta «progresiva tendencia», a veces, excede la extensión que le puede corresponder y cree encontrar pugnas de gigantes donde no hay enfrentamiento si atendemos a una lectura positiva (iuspositivista) del sistema de normas (reglas y principios) jurídicas.

Adelantada la tesis, trataré ahora de encuadrar la argumentación al respecto.

En el Estado de Derecho hay muchas controversias sobre los valores del bien, de lo justo y de los derechos fundamentales y su recíproca confrontación.

La primera pregunta es qué debe hacer la Teoría del Derecho frente a tales disputas relevantes, es decir, qué posición o perspectiva ha de adoptar.

Y aquí es donde los planteamientos se enquistan, y en esta época en los Estados de Derecho constitucionales aún más.

Explico el porqué muy brevemente.

Desde la distinción sofista entre *physis* y *nomos*, pasando por la condena de Sócrates, luego alzando clamorosamente la voz con la Teoría General del Derecho y, en cierto modo, replegando unas velas para seguir avanzando la barcaza a remo, la disciplina de la Teoría del Derecho, como, dentro, fuera... de la iusfilosofía, debate con vehemencia, exhibiendo así su naturaleza crítica total, qué finalidad tiene esta disciplina.

Y es en este debate se producen importantes atropellos. Porque:

Si para unos, primer grupo, la Teoría del Derecho debe describir el Derecho tal y como es y no como debe ser, metodología descriptiva aséptica no valorativa ni crítica, ni normativa.

Para otros, segundo grupo, la consistencia y finalidad de la Teoría es describir las condiciones materiales, de contenido, que deben cumplir las leyes y sentencias para ser válidas.

En esto consiste básicamente la distinción inicial entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

Ahora bien, el problema no es solo la diferencia de planteamientos, sino que esta misma configuración de la dialéctica no es correcta para un conjunto de teóricos a los que se «acusa» de estar en el segundo grupo, iusnaturalista, pero que insisten en que su perspectiva o metodología es descriptiva, neutral y positiva. Esto es, que se pretenden pura y genuinamente positivistas por lo que a la perspectiva o metodología se refiere. Aunque también propongan una Teoría del Derecho rematerializadora de ese Derecho o que incorpora los contenidos de justicia necesarios de las normas jurídicas.

Para entender a los unos y a los otros y ver cuál tiene mejores razones, recordemos cuál es el objeto, la sustancia normativa del Derecho.

Veamos, si el derecho fuera un objeto físico o lógico, todo sería más sencillo.

Tengo un vaso lleno de H₂O, tengo agua. Me bebo todo el vaso de agua. No tengo agua. Tengo un 4, lo divido entre dos y tengo dos de algo que contienen respectivamente dos.

¿Y en el Derecho?

Pues la descripción no funciona así, en términos probables, demostrativos y predecibles. Porque se trata de la descripción de una norma que es un enunciado que, a su vez, describe en el presente conductas que espera normativamente que terceros realicen en el futuro.

Y esto dificulta enormemente la descripción aséptica del Derecho. Pues, quizá, solo con formular la imperatividad válida ya se impone su debida normatividad futura. Es decir, puede que la descripción del ser del Derecho positivo sea una afirmación sobre lo que debe ser, ya que es una descripción del deber ser.

De esta forma, más o menos, cada vez que decimos la ley es la ley, decimos que la ley debe respetarse como tal y aplicarse por los órganos encargados de tal función.

Creo que esto es algo que reconocen los teóricos iuspositivistas.

Pero creo que, entonces, también se puede reconocer que la descripción se acaba de convertir en una teoría acerca de lo que debe ser el Derecho positivo.

Como por arte de magia –y a quien habla, enseguida verán, le importa mucho la magia–, la Teoría del Derecho positivista ha dejado de ser solo una perspectiva de

trabajo, que parte de la neta separación entre el Derecho que es y el que debe ser, para pasar a constituir una teoría de las fuentes y criterios de producción del deber ser del Derecho.

Lo diría de esta forma, la Teoría del Derecho es descriptiva en un primer nivel, pero imperativa y de deber ser en virtud de la normatividad del objeto que describe.

Además, con la finalidad de no permitir que el sistema de Derecho positivo se escape del sí mismo hacia lo iusnatural abocando respuestas arbitrarias, inesperadas por parte de los órganos administrativos y jurisdiccionales, la descripción iuspositivista que se convierte en normativa conduce a afirmar, de principio, la legalidad y jerarquía normativa, la coherencia lógica y la plenitud.

Pues bien, en este punto, con todas las matizaciones que cada cual quiera, llegamos al momento en que queda bien datada y detallada la guerra interna de los teóricos.

Si, para unos, iuspositivistas excluyentes, el principio de legalidad significa legislador en el sentido formal y democrático de la palabra, no Constitución, ni valores, ni interpretaciones.

Para otros, iuspositivistas blandos, el principio de legalidad apela al conjunto normativo, esto es, lo que dice el legislador más las interpretaciones y restricciones que sobre ello establecen el TC y los jueces a la luz de los principios, valores y derechos individuales formulados en la Constitución.

Los primeros acusan a los segundos de poco democráticos, de promover el elitismo de los intérpretes constitucionales, de los profesores que les inspiran y de los jueces que les secundan y todo ello en contra de la decisión del legislador elegido democráticamente.

Los segundos sostendrán:

- que, en un modelo de Estado social de Derecho, como el nuestro, la Constitución es ley, y sus intérpretes y garantes tienen como finalidad tanto controlar al legislador que tantas veces demuestra sus desmanes y moralinas interesadas y/o de grupo, cuanto adecuar la ley al caso concreto conforme a los derechos plasmados en la Constitución, pues los casos presentan características concretas.

- que, y frente a la objeción democrática, los derechos fundamentales no están al margen de la ley y el legislador democrático, sino que, más al contrario, son su base.

- que, de hecho, nuestro modelo constitucional impone normativamente los derechos fundamentales y los protege especialmente.

- que cuando se realiza la aplicación frente al caso, esos derechos fundamentales ofrecen criterios jurídicamente positivos y racionalmente fundados para encauzar la interpretación del ordenamiento del supuesto concreto.

- que el legalista democrático es, en realidad, el que carece de recursos normativos para encauzar la interpretación, y por eso puede ser él en realidad el que actúe, en unos casos, una discrecionalidad irrestricta, y, en otros, que conculque los derechos fundamentales por efecto de aplicación ciega de una literalidad positiva.

- que, metidos ya en gastos políticos, el expediente democrático es fundamental como condición de legitimación, pero que sus debilidades prácticas en macro Estados como los actuales impiden vincular cada ley y su voluntad con la voluntad que el ciudadano tiene respecto de la solución del caso particular.

No voy a continuar por esta línea dialéctica entre iuspositivistas excluyentes y iuspositivistas inclusivos, porque con lo dicho creo que me basta para esgrimir y defender la tesis que antes adelantaba como propuesta.

Con cierta frecuencia y mucha relevancia, las expectativas depositadas en los derechos fundamentales genera dilemas en el Estado de Derecho que, contemplados desde una perspectiva compleja, del Derecho como integración y como práctica dinámica y pragmática son en realidad falsos dilemas. Pues, los rudimentos políticos y de justificación actúan como criterio de selección, exclusión y mejora del Derecho positivo.

Ya lo adelantaba, no me refiero ahora a la elaboración o construcción de recursos argumentativos o ponderativos para resolver los conflictos de los derechos.

Diversamente, me refiero a la reducción y solución por exclusión, por negación del conflicto de derechos.

Ciertamente este recurso no puede emplearse siempre, ni siquiera en la mayor parte de los casos, pero cuando está abierto es un camino directo, sin escapes, sin túneles, puentes levadizos o rotondas imposibles.

Veamos esto más cercanamente. Se produce un dilema cuando surge una disyuntiva entre dos opciones excluyentes. Y este dilema es jurídico cuando refiere dos opciones jurídicas total o parcialmente excluyentes.

En ocasiones, el dilema solo se aparenta, es falso, no existe. Esto sucede:

- cuando sus términos no son exhaustivos, pues la enumeración de posibilidades y consecuencias es incompleta. Y es que hay una alternativa que no se había enumerado y evita el conflicto. P. ej., en el caso de la eutanasia, cuando el conflicto se da entre el

derecho a la libertad del paciente y el derecho del médico a su libertad de conciencia para preservar la vida.

- cuando la disyuntiva no es excluyente porque no refiere una incompatibilidad real, sea total o parcialmente. Los derechos pueden convivir sin recortes o anulaciones. Como sucede, p. ej., en el caso de la gestación por sustitución.

- cuando alguna de las alternativas sea falsa, es decir, no sea en realidad una alternativa. Así, cuando dos derechos se contradicen, pero uno de tales derechos no es en realidad un derecho, falsedad de las premisas, p. ej., prostitución. O cuando un derecho individual es recortado o anulado por una medida legislativa protectora de un derecho que en realidad no existe. Nuevamente falsedad de las premisas. P. ej., derecho a la seguridad pública preventiva.

Pues bien, aunque esta clasificación de alternativas y opciones debe ser completada, porque admite diversas matizaciones, aclaraciones y subdivisiones internas que faciliten la determinación, concreción y valoración del contenido de los derechos individuales a la hora de afirmar resolutivamente que existe falsedad de las premisas o recuento no exhaustivo, es, sin embargo, suficiente para desarrollar mi propuesta.

Pues bien, para analizar si podemos disolver el dilema de derechos fundamentales antes de, y evitando el amplísimo proceso valorativo para su solución de los dilemas de los derechos fundamentales del Estado de Derecho, me parece necesario:

- primero, superar el planteamiento legalista formalista y aparentemente ultra democrático de la legislación, como reclama el iuspositivismo blando, para enfrentar los falsos dilemas a los que el legislador puede someter a los derechos fundamentales deconstruyendo, disolviendo el dilema

- pero, también apartarnos de visiones sustantivas moralizantes, sorprendentes y trascendentales inmanentes a la Constitución y que, con razón, objeta el iuspositivista excluyente o duro.

Y es que, el planteamiento cognoscivista de esa Constitución moralmente inmanente y solutiva exige, ya que sus contenidos están redactados de forma limitada, indagar en sus contenidos extensos y evidentes, aunque ocultos. Solo el TC descubrirá esos contenidos que están dentro de las normas constitucionales, aunque no se ven en sus formas y expresiones.

Algo así como si estas normas constitucionales fueran esferas axiológicas cerradas y opacas, esferas que se diferencian entre sí por su etiqueta de nombre común, pero que ocultan su contenido fundamental hasta ser abierta por el único que posee la

llave maestra, el TC, EL intérprete supremo. La Constitución podría ser vista como algo parecido al Colegio Hogwarts de Magia y Hechicería y el TC como la encarnación colegiada de Albus Dumbledore.

Las ventajas, sin duda estéticas, pero también solutivas de este planteamiento son importantes, ya que todo puede ser inmediatamente resuelto de la única forma correcta, verdadera y justa. Pues no nos olvidemos, se trata de una resolución por pelotas o bolas.

Pero los riesgos de moralismo, arbitrariedad y falta de fundamentación de tal construcción elitista también me parecen obvios.

Ahora bien, tras apartarnos del legalismo y el cognoscivismo constitucional duro, qué nos queda.

Pues, me temo que solo nos queda la opción de centrarnos en los elementos axiológicos ya justificados que estén presentes en el sistema de Derecho positivo para que actúen de presupuestos razonables y fundamentadores para resolver no evitar los importantes conflictos a que conducen los casos difíciles y trágicos.

Esto es, y a diferencia del anterior planteamiento, no se trata de que la Constitución guarde en sí unas esencias y soluciones que salen para deleite e inspiración de los miembros del TC que pueden abrir los herméticos recipientes. Sino que la Constitución se entiende como una manifestación cultural e histórica de un proyecto vivo y dinámico que se encuadra en un marco justificativo bien definido.

Y es que, el Estado de Derecho no es el Derecho que el legislador le quiera dar al Estado, sino el acta de apertura y constitución de un modelo de producción normativa que se justifica en la proclamación constitucional de ciertos valores ético políticos.

El primero es la autonomía racional y responsable y, a partir de él, se van derivando todos los demás en forma de derechos y obligaciones. La entidad de estos derechos es fundamental, y está vinculada a la protección nuclear de la Constitución frente a visiones alternativas rivales, por muy útiles, eficaces, rentables o populistas que sean.

Así, cuando el Derecho positivo se desarrolla en un Estado social y democrático que protege los derechos individuales, el Derecho ya no es neutro. Podrá serlo su descripción, pero no su dinámica, que debe acomodarse a la justificación racional del sistema conforme a las siguientes premisas básicas:

Uno, la autonomía es el referente prioritario de justificación de todos los derechos fundamentales.

Dos, la democracia es una consecuencia de la asunción por el sistema político-jurídico de la autonomía racional y no a la inversa.

Tres, en el Estado de Derecho el legislador, con su mayoritarismo defectuosamente democrático, puede introducir medidas limitadoras para revertir situaciones de desajuste respecto de los ciudadanos y sus derechos. Pero estas deben estar fundamentadas, orientadas a una finalidad concreta y suficientemente valiosa como para justificar la restricción de un derecho fundamental y, en relación con ello, tienen que ser proporcionadas y eficaces. No se olvide que el principio de racionalidad legislativa por fundamentación democrática depende del previo reconocimiento de los derechos individuales, y no a la inversa.

Cuatro, las reglas jurídicas positivas tienen significado autoritativo y aportan garantía de comprensión, funcionamiento y seguridad. Defender los derechos en serio es proteger seriamente el ordenamiento constitucional del Estado de Derecho. Si como juez *inaplico* una ley puedo hacerlo bien porque prevarico o bien porque entiendo que hay una norma jerárquicamente superior que sustenta mi actuación. Pero como teórico no puedo afirmar que la norma inaplicada es inválida, porque no lo es.

Cinco, la labor del legislador es legislar. En un marco democrático, especialmente cuando no gana la opción que a mí me convence más, o cuando soy, p. ej., poco solidaria o egoísta o pertenezco a una clase social especialmente privilegiada o, todo lo contrario, las decisiones legislativas pueden no gustarme, y parecerme injustas. Y pueden tratarme de forma diferente, p. ej., haciéndome pagar más impuestos que a otro, o menos. Pero que no me gusten, o que me traten de forma diferente o que mis características diferentes no sean tratadas de tal forma que yo sea igual que otro respecto del que soy diferente, no significa atentado a la igualdad. Pues para ello ese trato debería ser injustificado, desproporcionado e ineficaz.

En síntesis, el derecho a la igualdad de trato no es absoluto ni mucho menos, y el empeñamiento en conseguirlo a toda costa, además de confundir, termina perjudicando la mejor realización de los derechos individuales.

Seis, cualquier pretensión no es suficiente para articular y esgrimir un derecho.

Finalmente, siete, y continuación de la anterior, los derechos individuales de libertad y posibilidad de plena realización de la integridad física, psíquica y moral deben entenderse protegidos en nuestro marco constitucional liberal con un criterio expansivo y no tolerante de injerencias ni limitaciones relativistas. Por ello, igual que hace un momento afirmaba que cualquier limitación legislativa de un derecho no debe

considerarse *per se* ilegal ni tampoco ilegítima, de la misma forma sostengo ahora que no solo algunas limitaciones legales de los derechos, sino también ciertas omisiones de legislación pueden suponer un recorte injustificable en la definición de los derechos.

A partir de aquí, trataré de clarificar la propuesta poniendo en juego los que para mí son algunos buenos ejemplos de falsos dilemas del Estado de Derecho constitucional actual.

PRIMER FALSO DILEMA, LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL POR PROHIBICIÓN O FALTA DE RECONOCIMIENTO LABORAL Y CONTRIBUTIVO DE LA PROSTITUCIÓN

Tras esa prohibición late un falso dilema, porque, de un lado, parece contraponerse la libertad al derecho de dignidad moral, bien de quien ejerce la prostitución, bien de terceros, esto no queda muy claro.

Aquí el dilema es falso porque no existe el derecho de exigir que los demás no hagan lo que nos parece moralmente indigno y porque no podemos imponer a otros que sean lo que un tercero concibe como moralmente digno si consciente, libre y racionalmente esgrime un concepto de dignidad e integridad física y moral distinto.

Si se prefiere, el valor de la aconfesionalidad y la garantía estatal de la autonomía racional y los derechos individuales supone la conversión de lo moral en categoría personal, no jurídica, de quien ejerce la actividad y de quien la reclama.

Cuestión bien distinta es que pensemos que esa actividad no se presta libremente. Bien porque la persona que realiza la actividad ha sido forzada a hacerlo. En este caso estaríamos ante un acto delictivo de un tercero que fuerza, amenaza, coacciona a quien ejerce la prostitución a hacerlo. Bien porque no sabe lo que hace. Aunque esto es difícil de sostener y universalizar si la persona no tiene algún tipo de condición especial limitadora, y desde luego ser mujer no lo es, que reduzca sus opciones de decisión y responsabilidades en los demás ámbitos.

O, finalmente, bien porque no ha visto garantizados sus derechos educativos y ciertas condiciones materiales básicas de partida que le permitiesen optar por realizar otro tipo de actividad. De tal forma que bien no se da cuenta de lo que hace, bien no quiere hacerlo, pero está obligado por sus circunstancias materiales.

Y en este caso sí que estamos ante una objeción de peso. Que nos advierte de que ciertas personas, y entre ellas fundamentalmente las mujeres, se ven obligadas a realizar esa actividad oprimidas por razones sociales, materiales y económicas.

Pero precisamente por la corrección de la objeción y por congruencia con esa corrección, creo que lo que hay que destacar es que la obligación del Estado social es asistir para remediar las necesidades, y no prohibir ahondando en el déficit que no consiguió solventar.

Al destacar que legalizar y regular la prostitución exige como paso previo fortalecer un Estado garante de las condiciones materiales de realización de los derechos (educación, salud, bienestar...), nos hacemos capaces de evidenciar la inconsistencia argumentativa que late en la objeción a la cosificación de las personas que conlleva tal actividad. Por varias razones. Pero, entre ellas, una fundamental. Porque en un contexto de libertad, cada cual decide qué es ser cosificado y cuándo resulta inaceptable una actividad, siempre, claro, que como exigencia previa se encuentren garantizadas unas condiciones reales de libertad. Una libertad que se opone a considerar a ciertas personas como eternos menores de edad, entre otras cosas, para no negarles el acceso a derechos laborales, sanitarios, económicos, de vivienda, formativos, contributivos, etc., que son los que, al final, dan el contenido más básico al derecho de libertad.

En síntesis. No existe inmoralidad bastante como para frenar la decisión que cualquier hombre o mujer pueda adoptar para ejercer una actividad que no daña a terceros. Las dudas, cierto, son de libertad y de necesidad. Por eso, el deber del Estado social no es generar un falso dilema sobre el derecho individual de cada cual a hacer lo que libremente desee, respetando los derechos, no las morales, de los terceros, sino cómo habilitar las condiciones sociales, económicas y materiales que garanticen que cuando una persona toma esa decisión lo hace libremente. Ahora bien, seamos honestos y rigurosos con esto. Porque cuando aceptamos que una mujer abandone a su familia para encerrarse como interna en casa ajena por, si es por la vía legal, 1000 euros mensuales, exhibimos cierta blandura moral poco sensible a la evidencia de que tal actividad se hace bajo condiciones de absoluta necesidad y falta de libertad.

SEGUNDO FALSO DILEMA, MATERNIDAD O PATERNIDAD POR GESTACIÓN SUBROGADA

Asunto actual y espinoso. Como parece enfrentarse un derecho a la libertad de acción y decisión, en este caso para la constitución de una familia, con otros derechos se generaría un dilema muy relevante que ha hecho que en España el legislador la prohíba y los operadores jurídicos anden oscilantes a la hora de inscribir la filiación de los así concebidos en otros Estados permisivos y que son traídos a España.

Ahora bien, aunque se ve claramente el importante problema jurídico que tenemos sobre la mesa, en amplia medida impulsado por el legislador, no consigo identificar el conflicto de derechos. Por eso sostengo que no hay dilema. Y también que, por tanto, la propuesta a todos los niveles es bastante clara. No solo cara a su reconocimiento, sino para establecer las condiciones garantes de que la práctica se desarrolle de la mejor forma posible para todas las partes.

Me explico. El dilema, así, desaparece en nuestro modelo ético político de Estado de Derecho porque parte de un conjunto de falsas definiciones.

Es falso que sea un derecho fundamental tener descendencia conforme al modo en que cada cual desee. Este cuerno del problema desaparece.

Es falso que solo mujeres apremiadas por su situación acepten ser gestantes. Por lo que lo que se precisa es satisfacer las condiciones que garanticen la libertad y un nivel adecuado de bienestar suficientes para partir de una posición inicial de igual oportunidad de realizar de hecho nuestros derechos. Cumplidas tales condiciones, negarle a la mujer que con plena libertad decida la posibilidad de gestionar su cuerpo, vida y tiempo sin afección de terceros, enseguida voy con esto, solo responde a un planteamiento paternalista difícil de justificar. El problemático cuerno de la incapacidad intelectual y moral de la mujer desaparece también.

Por lo que se refiere a la afección a un tercero, solo se me ocurre pensar razonablemente en el bienestar y los derechos del menor. Sin embargo, tampoco aquí encuentro, satisfechas ciertas condiciones, afección alguna en relación con otros nacidos. Más al contrario desde el momento en que se establecen las condiciones legales que ofrecen más garantías que las gestaciones no subrogadas.

Pruebas pues de la falsedad del dilema que creo deben servir para orientar tanto las decisiones sobre inscripción registral, respuestas judiciales y articulación legislativa.

TERCER FALSO DILEMA, el generado por EL CHOQUE ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LIBERTAD E INTIMIDAD DE LAS COMUNICACIONES Y LA SEGURIDAD

Nuevamente falso dilema, me temo. Pues se construyen limitaciones a los derechos sobre presunciones preventivas y previas a la comisión de los delitos.

La falacia de este dilema surge de una incorrecta determinación de las premisas, que no tienen por qué presentarse como opciones excluyentes, sino que pueden integrarse en un sentido apropiado a las condiciones del Estado liberal de Derecho garante de los derechos individuales y también de la seguridad pública para la realización de tales derechos.

Veamos, el dilema parece surgir cuando por un riesgo que refiere potenciales peligros se limita el derecho a la libertad so excusa de proteger la vida de aquel inocente a quien se limita su derecho a la libertad y privacidad.

Es verdad que en muchas ocasiones hay que actuar con ciertas presunciones y no con pruebas fehacientes. Pero en todo caso, los legisladores y jueces deben fundamentar de forma suficiente las decisiones de limitación de un derecho, pues son presunciones de culpabilidad, penas preventivas por culpabilidad presunta de un inocente individual no juzgado.

Por eso hay que justificar en término de eficiencia y proporcionalidad que la medida de seguridad pública que limita la libertad e intimidad de la persona no se justifica por ser preventiva de la antijuridicidad, sino por estar razonablemente bien definida y justificada para identificar a los culpables reales.

Esto es, las limitaciones deben atender a causas objetivas, probadas y concretas, no prejuiciosas, demagógicas o populistas, y respecto de las que se propongan medidas temporales y eficaces. P. ej., no bastaría para limitar el derecho fundamental a la libertad y la privacidad una presunción genérica de peligrosidad por pertenencia étnica u opción religiosa.

CUARTO FALSO DILEMA. EL USO DEL BURKA EN UN ESTADO GARANTE DE LA LIBERTAD

Se trata de un falso dilema porque no hay un derecho rival jurídico a la libertad de la mujer. Y me explico. En un Estado de Derecho cada cual tiene el derecho y la libertad de taparse la cabeza cuando le parece. P. ej. yo me paseo por la piscina con la cabeza envuelta en una toalla a veces por las temidas otitis, otras para evitar un exceso de ondulación del cabello y, en fin, a veces, por hacer la gracia.

Si todo ello no afecta a los derechos de terceros ni a los míos propios, parece difícil justificar un límite a mi derecho a ponerme una toalla en la cabeza. Y extendiendo ahora el argumento, en principio, nada parece justificar la limitación al uso del burka en el contexto de un Estado protector de la igualdad y los derechos individuales, porque en tal modelo de Estado, en principio, quien se cubre no actúa conforme a una agresión o amenaza física.

Otra cosa es que exista riesgo cierto frente a terceros o daño sobre quien lleva el burka. Y que se pueda probar respecto del individuo y su derecho, para ofrecer una razón adecuada, conforme a propósitos justificados y proporcional y eficaz. Pienso ahora en dos vías destacadas.

La primera se orienta a probar que existe un riesgo cierto para terceros en ese acto de ocultar el rostro; me remito aquí a lo señalado en el anterior dilema entre la libertad y la seguridad. Así, p. ej., por razones de seguridad general, a todas las personas se les obliga a descubrirse antes del *chek-in* en un vuelo. Razones de seguridad que no pueden asentarse sobre prejuicios, sino sobre criterios generales, efectivos y claramente orientados a una finalidad.

La segunda destaca que la mujer que lleva el rostro tapado no se lo cubre libremente, bien porque la obligan materialmente por coacción presente, bien porque su educación no liberal y desatenta al valor de la autonomía de la voluntad la ha conducido a la práctica en cuestión.

Como me acucia el tiempo me limito a señalar lo siguiente al respecto.

Si, insisto, en nuestros Estados liberales la mujer señala que su decisión es libre y no tenemos prueba concreta de coacción, la autonomía de la voluntad vale para todos por igual.

Pero si el argumento se «sofistica» para señalar que el problema es la limitación de sus derechos fundamentales al no habersele respetado previamente sus derechos a ser educada y tratada en un marco de respeto integral y libertad, la cosa se complica.

Porque la libertad y la dotación de medios materiales y garantías para favorecer el desarrollo y la integración social es el mejor instrumento de liberación racional. Y el deber del sistema político-jurídico es promover el conjunto de condiciones materiales y educativas universales y obligatorias que sitúen a cada individuo en una posición de partida conforme a la que todos tengan una igual opción de acceder al ejercicio pleno de sus derechos si, cuando estén capacitados para tomar esa decisión así lo deciden.

El problema se encuentra ahora situado en el contexto de las políticas educativas. Y en este ámbito, si estrictos somos para educar a unos menores de forma integral y en libertad, y creo que debemos serlo, igual de estrictos debemos ser para todo lo que se relacione con las políticas educativas y todos los menores en general. Lo que exige terminar con nuestra permisividad a la educación segregada, enseñanza de religiones discriminatorias, condiciones materiales y profesionales insuficientes en los centros educativos, desatención a las necesidades materiales, educativas, físicas de todos y cada uno de los alumnos, etc.

Y, a partir de aquí, y ahora ya volviendo a la mujer concreta que lleva el burka, habrá que probar individualmente que su enajenación es tal que justifica anular su libertad y su dignidad en favor de su misma libertad y dignidad conforme a la idea de

que no se han dado las condiciones educativas correctas para que defina libremente su identidad. No se olvide en este sentido que aquí no se tratan cuestiones globales o de alcance transnacional, sino de derechos individuales a un particular modelo de Estado social de Derecho.

Por eso, cualquier medida que limite su libertad a costa de sí misma, la libertad, debe discutirse individualmente para caracterizarla como una medida concreta de limitación de derechos y diferencia de trato justificada, proporcional y efectiva. En este sentido, me parece que no se puede justificar una medida que consista en violar la dignidad y libertad de una mujer en concreto obligándola a descubrirse en una playa delante de los espectadores costeros.

Finalmente, apuntaré como QUINTO FALSO DILEMA CONSTITUCIONAL O FALACIA AXIOLÓGICA CONSTITUCIONAL, LA EUTANASIA

Tampoco en este caso hay dilema, porque en unos casos no hay enfrentamiento de derechos. Y cuando parece haberlo aparece una tercera vía de compatibilización que hace que desaparezca el dilema.

En muchos Estados de Derecho de nuestro entorno, en España y en México, la eutanasia activa y directa está prohibida, o lo que es lo mismo perseguida penalmente.

Entiendo aquí por eutanasia la administración por personal sanitario cualificado de sustancias directamente encaminadas a ocasionar la muerte a aquel que lo pide de forma autónoma y consciente por padecer una enfermedad terminal y/o insoportable.

Aunque las dudas que suscita su definición y aceptación son muchas; qué significa el derecho a la vida, si implica el deber de vivir, si el deber de los médicos es salvar la vida a toda costa, si hay enfermedades que justifican no ser vividas, si tenemos un derecho a la muerte, si es lo mismo querer adelantar el fin de la vida que adelantar la muerte a sabiendas por paliar el dolor aunque no se busque esa muerte, qué tipo de prueba de voluntad y racionalidad debe superar aquel que pretenda la eutanasia, si la depresión justificaría la práctica eutanásica, si vale igual hacer para causar la muerte al que padece que causarla dejando de hacer, etc.

El aparente dilema de derechos con la eutanasia se produce porque no es posible aceptar la petición de morir y a la par salvaguardar el derecho y el deber de proteger la vida. Son soluciones antagónicas, contradictorias y excluyentes, se sostiene desde distintos frentes, y esto explica y justifica las políticas prohibitivas de la misma y su persecución penal.

Ahora bien, si el dilema trata de esto, me temo que no existe.

Veamos. El primero de los derechos en pugna es el del enfermo. El derecho a la vida, a su libre disposición por el individuo autónomo y racional y el derecho a la dignidad. En particular me centro en los derechos constitucionales 1, 10, 15, 16. Derechos fundamentales que no se pueden limitar en función de convicciones morales de terceros ni, por supuesto, por las convicciones de ninguna concepción religiosa particular.

El segundo de los derechos en pugna sería el derecho a proteger la vida que tiene el médico o bien el derecho que tiene el paciente a ser protegido en su derecho (¿deber?) a la vida.

Vayamos con el derecho a ser protegido en su vida que tiene la persona, ahora paciente.

El enfrentamiento se da entre su derecho a decidir escribir dignamente el último capítulo de su vida, y el derecho que tendríamos los demás a decidir por él cómo escribirlo.

Sin embargo, los derechos fundamentales no se pueden limitar en función de convicciones morales de terceros ni, por supuesto, por las de una concepción religiosa particular.

Nada hay en lo colectivo que pueda servir para caracterizar como inmoralmente relevante las decisiones que cada cual adopte en su vida conforme al derecho que le asiste al libre ejercicio de su voluntad, siempre claro que su voluntad sea eso, libre, se refiera a su vida y no cause riesgo ni lesión de derechos a terceros. Si se prefiere, un tercero no tiene frente a mí un derecho fundamental a limitar mis derechos si no hay afección a terceros.

Aunque, es verdad, aceptar legalmente la eutanasia activa en teoría conlleva problemas prácticos serios y se enfrente a obstáculos importantes que no podemos perder de vista.

Estoy pensando destacadamente en los siguientes:

La fundamentalidad del derecho a la vida se deriva de la santidad y trascendencia de la vida humana y por eso no es disponible. Correcto. Pero en un Estado de Derecho cada cual tiene derecho a pensar que esa trascendencia viene directamente proyectada por el dedo de Dios, en un Estado de Derecho el que está a su lado tiene toda la legitimidad para entender que esa trascendencia procede de la evolución de las especies o incluso de sí mismo o de lo que cada cual quiera. Porque los derechos individuales son límites de protección frente a terceros y el Estado y marcos de

actuación positiva que el ámbito público debe incentivar para favorecer el más amplio margen de elección de actuación individual.

El derecho fundamental a la vida no incorpora el derecho a la muerte. Algo que también afirma el TC español. Correcto también, y no solo por la carga metafísica que exigiría tal fundamentación, cuanto por los riesgos en bruto que generaría tal afirmación general dado el carácter bilateral del derecho.

Ahora bien, recuérdese que quien solicita la eutanasia no quiere o pide morir como deseo, eso es otra cosa. Lo que solicita es que, si no hay medios para sanar o paliar una enfermedad terminal/insoportable, no se le obligue a padecer el sufrimiento de una vida indigna y previamente condenada.

Como sabemos bien, hay errores de diagnóstico y de pronóstico y puede descubrirse una cura o un medio paliativo eficaz para anular el dolor insoportable. Correcto. Pero si el derecho en cuestión se regula, se regula, a diferencia de lo que ocurre cuando se anula y prohíbe, se limita y condiciona y pueden establecerse las garantías de control de todo el proceso. P. ej., contar con informes de equipos médicos distintos e independientes. Y sobre la posibilidad de que se descubra la cura, e incluso que se produzcan milagros, lo razonable es diferenciar aquí casos fáciles de difíciles. Uno fácil, desgraciadamente, es el que cuenta con un pronóstico contrastado de días como consecuencia de un proceso oncológico no tratable.

Más. Hay demasiadas circunstancias que afectan a la voluntad, depresión, falta de medios económicos para enfrentarse digna y adecuadamente a la enfermedad, interés de la familia por heredar y su presión sobre el paciente, o el afán de ese paciente de no molestar a sus familiares y cuidadores, etc. También correcto. Y es imposible saber qué se convierte en insoportable para cada persona. Y esto excluye una respuesta global. Es preciso analizar caso por caso. Porque aceptar el derecho a la eutanasia exige condicionar y regular su práctica. Y porque entre padecer ELA en fase terminal y tener una deformación en el meñique hay diferencias objetivas que sirven para caracterizar estos casos como fáciles. Entre ambos hay un amplísimo rango de situaciones, y en todas ellas tiene gran influencia la estabilidad psicológica y el bienestar del paciente. Baste aquí con insistir en que la labor legislativa y jurisprudencial debería ahondar en estas condiciones, pero no pretender borrar el sufrimiento insoportable que algunas enfermedades generan porque, desgraciadamente, esto no es posible.

En relación ya con todas las circunstancias materiales, personales, de voluntad que pueden afectar a quien solicita la eutanasia y que tratan de justificar su prohibición.

LA REINSERCIÓN SOCIAL
A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL

María Marta GONZÁLEZ TASCÓN
Universidad de Oviedo

Sumario: I. Introducción. II. Significado constitucional de la reinserción social. III. Líneas de la intervención penal en el periodo de 1995-2015: 1. Enfoque de reinserción social. 2. Hacia la retribución y la prevención general. IV. La pena de prisión: obstáculos legales a la reinserción social. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

Resumen: Las presentes líneas tienen como objetivo llamar la atención sobre el cambio de rumbo que ha tomado la política criminal española en materia de sanciones penales a partir del comienzo del siglo XXI. Se analiza en particular la finalidad de reinserción social de los penados a la luz de las reformas que el Código penal español ha experimentado tras su aprobación en 1995.

Abstract: These lines are aimed to focus our attention on the change of direction that the spanish criminal policy in the matter of criminal sanctions has taken from the beginning of the 21st century. In particular, the objective of rehabilitation of criminal offenders through the penal system is analysed taking into account the wide range of penal reforms that have been operated after the Penal Code was passed in 1995.

I. Introducción

Mi intervención en este III Coloquio Binacional México-España está enfocada principalmente a llamar la atención y suscitar el debate sobre el cambio de rumbo que ha tomado la política criminal española en materia de sanciones penales a partir del comienzo del siglo XXI desde el prisma de la reinserción social de las personas condenadas por la comisión de un delito, y en particularmente de aquellas que cumplen una pena de prisión, que, como es sabido, sigue siendo hoy en día una amarga necesidad muy problemática desde múltiples perspectivas. Al hilo de ello trataré de dar a conocer, en cierta medida, entre nuestros compañeros de México, algunas de las diferentes clases de respuesta penal que se contemplan en nuestro sistema legal.

Considerando el formato del coloquio, mi exposición será muy sucinta, y básicamente se limitará a dirigir su mirada sobre los puntos claves de las cuestiones que abordaremos, posponiendo para el turno de preguntas un mayor detalle de aquello que haya podido suscitar su interés o preocupación.

A este fin he estructurado mi ponencia en 4 partes. En un primer momento, nos centraremos muy brevemente en el significado de la reinserción social, su anclaje en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Española de 1978, y los resultados de algunos estudios criminológicos en materia de reincidencia. Seguidamente descenderemos a nuestro Código penal para identificar las líneas que claramente responden a una estrategia de reinserción social y aquellas que, sin discusión posible, han sido motivadas por una finalidad de retribución del hecho y de prevención general. Una orientación esta última que ha estado muy condicionada por la influencia que en nuestro legislador ha tenido la propuesta de endurecimiento de la respuesta penal procedente de determinados grupos de presión, que finalmente ha conducido a la adopción de medidas muy populistas, fuertemente privativas o restrictivas de derechos fundamentales, cuya mejor disposición para prevenir el delito en aras de la protección de los bienes jurídicos fundamentales en nuestra sociedad es francamente dudosa. Nos adentraremos, en tercer lugar, en el caso particular de la pena de prisión. No nos detendremos, sin embargo, al existir una ponencia específica en este coloquio sobre la cuestión, en la pena de prisión permanente revisable, que se introdujo en la última gran reforma del Código penal en 2015 –LO 1/2015, de 30 de marzo– como si de una nueva modalidad de prisión se tratase, no obstante ser, por su contenido, una pena cualitativamente diferente a esta al ocultarse bajo esa confusa denominación en realidad una modalidad de la pena de prisión o reclusión a perpetuidad o de por vida, y que, por consiguiente, sería el paradigma de lo que podríamos denominar la «antireinserción social». Finalizaremos con las conclusiones principales a las que nos conduce el camino que vamos a recorrer a continuación para auditar el estado a nivel normativo de la reinserción social de los penados en nuestro país en la actualidad. Aunque no será una cuestión que yo aborde aquí, téngase presente igualmente que la aparición de nuevas figuras delictivas y el incremento de las penas previstas en algunos delitos desde la aprobación del Código penal en 1995 han afectado evidentemente a la reinserción social.

II. Significado constitucional de la reinserción social

Nuestro sistema de penas responde en sus fines a una teoría de la pena de naturaleza mixta, lo que básicamente significa que la pena está llamada a cumplir fines diversos (retribución, prevención general, y prevención especial), recibiendo unos y otros mayor o menor importancia en atención al momento del proceso punitivo (conminación legal, aplicación judicial y cumplimiento). De entre todos ellos, el único fin de las penas al que

expresamente alude la Constitución Española es la reeducación y reinserción social. Este binomio «reeducación y reinserción social de los penados» alude a dos realidades autónomas que interesa distinguir, aunque frecuentemente ambas aparezcan ligadas. La idea reeducadora se centraría en la necesidad de incidir sobre aquellos factores de naturaleza más personal y dinámica que han influido en la comisión de delitos en orden a que el penado durante el cumplimiento de su pena adquiriera la capacitación necesaria para afrontar las causas de su delincuencia y evitar, en consecuencia, la reincidencia en el delito. Así las cosas, la reeducación se encauzaría mediante la articulación en el marco de la ejecución penal de mecanismos como la educación, el trabajo o el tratamiento psicológico. La idea de reinserción social, por su parte, evocaría el retorno del penado a la sociedad, así como el mantenimiento del contacto con el exterior, implementándose a tal fin una serie de instrumentos como, por ejemplo, los permisos penitenciarios de salida, las salidas de fin de semana, los regímenes de cumplimiento semiabierto o abierto o la suspensión de la ejecución del resto de la pena y el consiguiente sometimiento a la libertad condicional.

Estamos hablando, por tanto, de una concreta manifestación de la finalidad preventiva especial de la pena que, desde un planteamiento respetuoso con las premisas básicas de un modelo de Estado social, democrático y de derecho (art. 1.1 CE), debería responder a las teorías de la resocialización para la legalidad o programas resocializadores mínimos. Conforme a estas teorías se trataría, siempre desde el respeto de la dignidad humana, de trabajar con el penado, que voluntariamente quiera, para ampliar sus posibilidades de elección y de disposición de alternativas a la realización de un comportamiento criminal, de forma que una vez que haya cumplido su pena sea capaz de vivir en sociedad respetando la ley penal, y nunca de la imposición de un determinado sistema de valores.

Concretamente a ella se refiere la Constitución Española, aprobada en plena crisis del ideal resocializador a nivel supranacional, en su artículo 25.2 inciso primero, en el que se establece que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados...». Aunque, como vemos, la reinserción se conecta aquí con un determinado tipo de penas y con las medidas de seguridad, no existe, en realidad, ningún obstáculo que impida proyectarla sobre otras penas.

Esta disposición ha suscitado diversos problemas interpretativos, de entre los cuales, sin lugar a dudas, el más importante, por su trascendencia práctica, es el relativo a la naturaleza jurídica de la reinserción social. Téngase presente que el debate básicamente

enfrentaría a aquellos que atribuyen a la reinserción social la condición de un derecho fundamental del penado y a aquellos que se la niegan. Los argumentos principales de los primeros serían dos: uno de naturaleza formal, que hace referencia a la ubicación sistemática del precepto dentro de la CE, concretamente en la Sección 1.ª, «De los derechos fundamentales y libertad públicas», del capítulo II, «Derechos y Libertades», del Título I «De los derechos y deberes fundamentales»; y otro material, que incide sobre la consideración de la reinserción social como un elemento que modula el derecho fundamental a la libertad del artículo 17 CE, a través del cual se protege a esta frente a posibles excesos del poder punitivo. De esta tesis se derivaría que la reinserción social del penado sería un derecho de aplicación directa (art. 9.1 y 53.1 CE), su regulación quedaría sujeta al principio de reserva de ley orgánica, que en todo caso habría de respetar su contenido esencial, (art. 81.1 y 53.1) y dispondría de una especial protección judicial a través de tres vías diferentes: la interposición del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 161.1.a CE), la tutela de los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53.2 CE) y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 y 161.1.b CE), recibiendo así la máxima protección contemplada en nuestro sistema judicial nacional.

La realidad aplicativa del derecho muestra, sin embargo, una concepción de la reinserción social en términos muy diferentes como ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Constitucional, quien de forma reiterada ha negado a la reinserción social el atributo de derecho fundamental. Considera esta alta instancia judicial en referencia con esta cuestión que el artículo 25.2 inciso primero contiene una declaración constitucional sobre los fines de las penas privativas de libertad, precisándose en relación con ella que de la misma no se sigue que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación de libertad o que haya de considerarse contraria a la Constitución Española la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a ese punto de vista (STC n.º 19/1988, 16 de febrero, FJ. 9.º). Entiende en definitiva el Tribunal Constitucional que el artículo 25.2 «no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la C. E. ni, desde luego, de entre los posibles –prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.– ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal» (STC, n.º 150/1991, de 4 de julio, FJ. 4.º; n.º 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 9.º). No obstante, sí se reconoce que al ser la reinserción uno de los fines de las penas privativas de libertad, estarían proscritas aquellas

penas privativas de libertad que, por su naturaleza, duración o forma de ejecución o cumplimiento, obstaculicen o excluyan la reinserción social. Ahora bien, matiza el Tribunal Constitucional que «la reeducación y la resocialización... han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que estas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos...» (STC, n.º 19/1988, 16 de febrero, FJ. 9.º), llegando incluso a reconocer que incluso las tan cuestionadas penas cortas privativas de libertad, en relación con las cuales observa que se prestan con dificultad mayor a la consecución de tal fin (STC, n.º 19/1988, 16 de febrero, FJ. 9), pueden llegar a producir un efecto resocializador. En este sentido, con motivo del cuestionamiento de la constitucionalidad de la desaparecida pena de arresto menor susceptible de ser cumplida en el domicilio del penado afirmaría que «no cabe negar toda posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de tan corta duración pueda cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social, dado que la intimidación específica e individual que se opera con el sometimiento efectivo del sujeto al proceso penal y con la declaración de culpabilidad y correlativa imposición de la pena, puede ser, por sí misma, idónea para alcanzar un efecto resocializador» o que su forma de ejecución en el domicilio del penado «...se integra sin fisuras en un modelo de ejecución orientado a la resocialización en la medida en que tiene como objetivo prioritario evitar el desarraigo social, familiar y cultural que toda ejecución de la pena en establecimiento penitenciario conlleva», (STC, n.º 120/2000, de 10 de mayo, FJ. 4.º).

Asimismo, observa el Tribunal Constitucional que en el mencionado artículo se contempla un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (STC, n.º 19/1988, 16 de febrero, FJ. 9); un mandato que «opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran. De manera que no se trata tanto de la valoración aislada de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión», (STC, n.º 120/2000, 10 de mayo, FJ. 4.º). Desde este enfoque, la presencia en nuestra constitución de semejante mandato sirve al fin de cuestionar la constitucionalidad de las normas penales y penitenciarias en las que se aprecia un obstáculo a la consecución de la reinserción social a través de la iniciación del procedimiento judicial correspondiente. Así las cosas, niega el Tribunal Constitucional que el artículo 25.2.

inciso 1.º sea «fuente en sí mismo de derechos subjetivos en favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos aún de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional», (STC, n.º 204/1999, de 8 de noviembre, FJ. 3.º), aunque reconoce que la reinserción social es un principio constitucional que no puede desconocerse en la aplicación de las leyes «y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos a garantizar dicha orientación resocializadora o al menos no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena. (STC, n.º 112/1996, de 24 de junio, FJ. 4.º).

En este marco de interpretación constitucional, cabría observar que este mandato o principio de reinserción social establecido en la Constitución Española operaría en los tres momentos del estadio punitivo. En la fase de la conminación legal, impediría, a nuestro juicio, por ejemplo, las penas privativas de libertad que directamente impidan la reinserción social (podría ser el caso de la pena de prisión permanente revisable a tenor de su concreta configuración en nuestro sistema legal), así como aquellas otras penas privativas de libertad que no pudieran afectar de forma positiva a la reinserción social, aunque fuera desde un enfoque exclusivamente no desocializador, lo que acontecería en las tradicionales penas cortas privativas de libertad de cumplimiento continuado en prisión que no permitan el desarrollo de actividades reeducativas. En el momento de la aplicación judicial, el mencionado principio abogaría por el favorecimiento de las penas alternativas a la prisión de naturaleza más resocializadoras o, al menos, menos desocializadoras (pena de trabajos en beneficio de la comunidad, pena de localización permanente o pena de días multa) y por la promoción de las instituciones penológicas en medio libre como la suspensión condicional de la ejecución de la pena. En la etapa de la ejecución y cumplimiento el órgano judicial y la administración quedarían obligados a modular la pena de la forma más favorable a la consecución de la reinserción social, debiéndose destacar, por ejemplo, en el marco de la pena de prisión la importancia de las instituciones que permiten al penado mantener o recuperar el contacto con la sociedad (permisos de salida, salidas programadas, actividades con participación de la ciudadanía en general, el régimen abierto, la suspensión condicional del resto de la pena).

En relación con la reinserción social de los condenados es muy interesante poner también sobre la mesa al menos una cuestión criminológica como es la relativa a las aportaciones de la investigación de base empírica que se ha realizado sobre la reincidencia

delictiva. Una cuestión en la que rara vez repara nuestro Legislador, no obstante, proclamar como objetivo del sistema de justicia penal la eficiencia y la eficacia. Ciertamente los estudios de esta naturaleza no son especialmente abundantes en nuestro país, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en países como el Reino Unido donde se trabaja de forma continuada en este ámbito. Además, como es sabido, estos estudios no siempre son capaces de superar el reto de resolver problemas técnicos importantes en aras de satisfacer los requisitos mínimos metodológicos que permiten dar validez a sus resultados y extraer conclusiones generales (tamaño de la muestra, existencia de un grupo de control equivalente, control de los sesgos, existencia de un periodo de seguimiento, capacidad discriminatoria de la variable dependiente, impedir que las personas de la muestra puedan adaptar sus respuestas a lo que creen se espera de ellas...). De cualquier forma, el conocimiento que arrojan, aunque sea siempre aproximativo, estimativo y contenga un nivel de error no rechazable, al igual que ocurre con cualquier otro fenómeno social complejo, es indudablemente mejor que las intuiciones, las anécdotas, las especulaciones, la venganza o el dolor en las que en muchas ocasiones las reformas penales se amparan.

Centrando la cuestión en el campo de la reincidencia delictiva, y más concretamente en la reincidencia penitenciaria, esto es, un nuevo ingreso en un centro penitenciario, bien en calidad de preventivo o de penado, de personas que ya habían sido sometidas con anterioridad (como mínimo una vez) a una pena de prisión, estos estudios, de metodologías diversas, suelen constatar niveles de reincidencia de un 30%. Así, por citar los más recientes, a nivel nacional el estudio de Graña Gómez, Andreu Rodríguez y Silva Rosario, «Evaluación del riesgo de reincidencia» (2012), halló un porcentaje de reincidencia penitenciaria general del 31,6%. O, en el marco oficial de la Comunidad Autónoma de Cataluña, donde se han realizado varios estudios de esta naturaleza, el trabajo coordinado por Capdevilla Capdevilla, bajo el título «Tasa de reincidencia en Cataluña 2014» (2015), en el que se recoge una tasa de reincidencia penitenciaria general del 30,2%. Semejantes resultados contradicen una creencia, que parece estar muy extendida en nuestra sociedad y ser muy influyente en nuestro legislador penal, como es la relativa a que la persona que comete un delito tiene una alta probabilidad de volver a prisión por cometer un nuevo delito tras el cumplimiento de la pena de prisión.

La cifra de reincidencia es incluso menor en tipos de delincuencia especialmente generadora de una fuerte repulsa social, como es el caso, por ejemplo, de la delincuencia sexual. En el estudio de Soler Iglesias y García Díez, «Delincuencia sexual y reincidencia. Un estudio en las prisiones de Cataluña» (2009), se señala que la reincidencia total, esto es, el

regreso a prisión independientemente de la naturaleza del nuevo delito es del 19% (total 59); la reincidencia sexual (nuevo delito sexual) es de 5,8%; la reincidencia violencia (violencia física sin connotación sexual contra otra persona) del 6,2%, la reincidencia violenta total (sexual y violenta –computadas como categorías excluyentes–) del 12,9% y la reincidencia general (sin componente sexual o violento) del 6,2%. La reincidencia violenta total representa el 68% de la reincidencia total (40 personas). En el análisis de Pérez Ramírez, Martínez García y Redondo Illescas, «Delincuencia sexual y reincidencia. Evaluación y predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales» (2009), se concluye que el 78,5% (128 personas) no vuelven a delinquir –delinquen el 21,5%–; el 14,7% (24) reincidieron sexualmente; y el 6,7% (11) cometieron un nuevo delito no sexual. Las cifras de reincidencia, según los autores, se aproximan a las que revelan los estudios internacionales, aproximadamente un 20% de los agresores volverían a delinquir.

Este tipo de estudios suelen asimismo concluir que la reincidencia aumenta en el caso de personas que han sido sometidas a regímenes de vida en prisión más gravosos, que han experimentado una desadaptación en la prisión y que no han participado en actividades.

III. Líneas de la intervención penal en el periodo de 1995-2015

1. Enfoque de reinserción social

Con la aprobación del Código penal en 1995 se había materializado en nuestro país una política criminal de clara orientación hacia la reinserción social de los condenados como lo ilustra la adopción como uno de los grandes objetivos de la reforma operada en el sistema de penas del relativo a la restricción del uso de las tradicionales penas cortas privativas de libertad debido a la imposibilidad de desarrollar en prisión actividades que pudieran repercutir positivamente en la reinserción social del penado, a sus efectos desocializadores y al importante coste económico de su cumplimiento. En este contexto se limitó la duración mínima de la pena de prisión a los seis meses, estableciéndose su duración máxima en 20 años; se auspició el favorecimiento de alternativas a la misma, ya fuesen revestidas de la naturaleza de pena (pena de arresto de fin de semana, pena de días-multa, pena de trabajos en beneficio de la comunidad) o de instituciones probatorias como la suspensión condicional de la pena o la sustitución de una pena por otra; o se articularon diversos modos de cumplimiento o vías de sustitución de la rebautizada como pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (antiguo arresto sustitutorio) distintos a la privación de

libertad continuada en prisión –arresto de fin de semana y trabajos en beneficio de la comunidad–. A partir del año 2003 algunos de estos instrumentos alternativos se van a potenciar, tal fue el caso de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuya aplicación terminará disparándose, y no porque realmente el Legislador hubiese confiado en su potencial de reinserción social –de hecho en 2010 desnaturalizaría en parte esta pena– sino debido a que se vio obligado a contrarrestar los efectos perniciosos de la previsión de penas de prisión de corta duración en conductas que solo en tiempos más reciente han recibido un mayor desmerecimiento; me estoy refiriendo en concreto a cierto tipo de delitos de violencia machista y a delitos contra la seguridad vial. Otro de los instrumentos marcados por la idea resocializadora que se ha visto favorecido con el paso del tiempo es la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en cuya concreta configuración el juez goza de una importante discrecionalidad. Esta institución, que, como regla general, está dirigida a dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años, se limitó originariamente a los delincuentes primarios, no obstante la previsión de un régimen especial para las personas drogodependientes, pero tras la reforma del Código penal en 2015, que ha unificado esta institución con la sustitución de penas, se ha ahondado en la línea que defiende que este tipo de institución debería ser objeto de una regulación más flexible que permitiese enfocarla a un grupo más amplio de delincuentes cuya reinserción social es posible alcanzar dentro de la propia comunidad. Consiguientemente ya solo se excluye de su aplicación desde una perspectiva subjetiva a quienes han sido condenados por un delito doloso grave o menos grave, y siempre que los antecedentes penales vivos por esos delitos, por su naturaleza o circunstancias, tengan relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2. Hacia la retribución y la prevención general

Las reformas del Código penal que se suceden a partir de 2003 están principalmente dirigidas a la adopción de medidas abiertamente reñidas con el ideal resocializador y se pueden poner en muchos casos en conexión con la identificación de determinados grupos de delincuentes en los que la respuesta penal se estima que debe incidir con mayor intensidad sobre la presunción legislativa de que la reinserción social en ellos no es posible. Así en primer lugar, los condenados por delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales, determinados delincuentes patrimoniales o condenados por delitos sexuales.

Ciñéndonos a la cuestión penológica, en concreto en 2003 el tiempo de duración mínima de la pena de prisión se rebaja a los tres meses, en pro de la causación en la ciudadanía de un efecto simbólico. Ese mismo año se endurecerán las condiciones de acceso a regímenes de vida penitenciarios menos restrictivos de libertad como el régimen abierto y la libertad condicional; se modificará significativamente la forma de computar el tiempo de cumplimiento de pena necesario para disfrutar de beneficios penitenciarios, de los permisos de salida, del régimen abierto y de la libertad condicional en el caso de los condenados por concursos reales de delitos; se comenzará a agravar el régimen de suspensión o sustitución de la pena de los condenados por violencia de género –pensando en estos en 1999 se habían ampliado las penas que conocemos doctrinalmente como penas de alejamiento o penas privativas de derechos en interés de las víctimas–; o abiertamente se renuncia a la reinserción social si el condenado no reside legalmente en España otorgando carácter imperativo a su expulsión del territorio español, incluso en este caso con una flagrante violación de las mínimas exigencias de prevención general. La reforma del Código penal en 2010, al tiempo que daba marcha atrás en algunos aspectos de esta regulación, insistía en la prolongación del control estatal tras el cumplimiento de la pena de prisión sobre algunos condenados; concretamente de los responsables penales por delitos de terrorismo y por delitos sexuales. A quienes podría o debería, según los casos, aplicarse una medida de seguridad de libertad vigilada. Este tipo de medida, que puede durar en el caso de esas personas, entre un mínimo de 1 y un máximo de 10 años, se extiende con la reforma de 2015 de forma facultativa a otros delitos, con una duración máxima de 5 años: homicidio (art. 140 bis), lesiones si la víctima fuere alguna de las personas víctima de violencia de género y violencia doméstica o asimilada (art. 156 ter.) y violencia habitual en el ámbito doméstico o asimilado (art. 173.2).

IV. La pena de prisión: obstáculos legales a la reinserción social

Anteriormente les destacaba el hecho de que la duración y el modo de cumplimiento de la pena de prisión eran factores que podía afectar a la reinserción social del condenado si impedía o dificultaban que este pudiera reincorporarse a la sociedad libre. Pues bien, tras la aprobación de la Constitución Española en 1978 vio la luz una nueva Ley penitenciaria, la Ley orgánica 1/1979, de 26 de septiembre (en adelante LOGP), en la que el cumplimiento de las tradicionales penas privativas de libertad se articula sobre la base del denominado sistema de individualización científica (art. 72.1), con el horizonte puesto en la reeducación y

reinserción social de penado. Si bien ello no excluiría el desarrollo de otras funciones como la retención y custodia de las personas internas en los centros penitenciarios, a las que igualmente se refiere su artículo 1. A grandes rasgos, este sistema penitenciario se caracterizaría por disciplinar el cumplimiento de la pena de prisión y, en su caso, de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa a través de distintas fases o grados (en el momento presente tres grados 1.º, 2.º y 3.º), determinantes del régimen de vida del penado (régimen cerrado, ordinario y abierto, respectivamente) y en definitiva también de un proyecto individual de reinserción social que se encauza a través del tratamiento penitenciario. La clasificación de la persona en uno de esos grados, a diferencia de lo que sucedía en los primeros sistemas penitenciarios progresivos del siglo XIX, no estaría pautada por el paso de determinados tiempos, sino que, en atención al objetivo resocializador, se encuentra relacionada con un conjunto de variables conectadas con su capacidad de llevar a cabo una vida sin delitos (personalidad, historial individual, familiar, social y delictivo, duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento –arts. 63 LOGP y 102.2 Reglamento Penitenciario–), sobre las que se traza el tratamiento penitenciario; y además estaría guiada por la idea de limitar la restricción de libertad de la persona (art. 72.3 LOGP «Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en un grado superior..., sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden» y art. 72.4 LOGP «En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión»). El tratamiento penitenciario se convierte así en la pieza maestra de todo el proceso reeducador y reinsertador, al que sirven también otras instituciones penitenciarias nombradas anteriormente (permisos de salida ordinarios, salidas de fin de semana o salidas programadas).

Este modelo penitenciario se ha visto, sin embargo, seriamente afectado como consecuencia de los impactos que en él han tenido las reformas legislativas dirigidas a endurecer el tratamiento penal de determinados penados a través de la incorporación de auténticos mecanismos de exclusión social, que, por su simbolismo y al margen de cualquier mínimo de diligencia normativa, se han orquestado a través del Código penal. Estas reformas que se hallan presididas indudablemente por las ideas de retribución, prevención general e inocuización han incidido tanto en la duración de la pena de prisión como en la forma de

cumplimiento y han tenido claras repercusiones en el elemento vertebrador del sistema penitenciario español: la reeducación y reinserción social de los condenados.

La Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, aprobada con el consenso de los entonces dos Grupos Parlamentarios mayoritarios, con el objetivo declarado de luchar de manera más efectiva contra la criminalidad más grave (terrorismo, crimen organizado y delitos que revisten una gran peligrosidad) y de evitar que sus responsables se aprovechasen fraudulentamente, a lo largo de la ejecución de la pena de prisión, de aquellos mecanismos del sistema de individualización científica que permiten la flexibilización de su cumplimiento (la clasificación en grado, los permisos de salida y los beneficios penitenciarios), afectó a la flexibilidad característica del sistema de individualización científica, marginando el ideal resocializador, a raíz, en primer lugar, del endurecimiento de los requisitos de acceso al régimen de vida abierto y al desaparecido régimen de vida en libertad condicional (arts. 36.2, 90, 91 y 93 CP y art. 72.5 y 6 LOGP). Por lo que se refiere al régimen abierto, caracterizado a groso modo por la confianza en la autoresponsabilidad del penado, la eliminación de los obstáculos físicos contra la evasión y la adquisición de mayor libertad por parte del penado, pudiendo implicar en sus formas menos intromisivas que el penado se limite a pernoctar en el establecimiento penitenciario durante el cumplimiento de su pena e incluso se vea exonerado de esta obligación si acepta un control telemático, esta ley introdujo en el artículo 36 del CP el llamado doctrinalmente periodo de seguridad, esto es, el periodo de tiempo de cumplimiento de la pena de prisión durante el cual el penado necesariamente tiene que desarrollar su vida dentro del establecimiento penitenciario antes de poder ser clasificado en tercer grado penitenciario, siendo su duración la mitad de la duración de la pena impuesta. En ese momento además la aplicación del periodo de seguridad, prevista para todo condenado a una pena de prisión superior a cinco años, se perfiló con carácter imperativo, aunque se admitió la posibilidad de reconducir el cumplimiento de la pena al régimen general (es decir, el dispuesto en la LOGP), si así lo acordaba razonadamente «el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador», «oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes», y siempre que no se tratase de los delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Libro II del CP o cometidos en el seno de organizaciones criminales. En la regulación legal del periodo de seguridad se volvería a incidir unos años más tarde. En concreto, la reforma

del Código penal por LO 5/2010, al tiempo que flexibiliza su aplicación, profundiza en su insoslayable imposición a determinados delincuentes. De forma que, en la actualidad, podemos hablar de un periodo de seguridad facultativo cuya aplicación decide el órgano sentenciador siempre que la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, susceptible de ser revocado a la luz de un pronóstico favorable de reinserción social. Y de un periodo de seguridad imperativo e irrenunciable para el condenado a una pena de prisión superior a cinco años por los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo (cap. v, tít. XXII, L. II, CP); delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; en los delitos de abusos y agresión sexual a menores de dieciséis años; y en los delitos relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores cuando la víctima sea menor de 13 años (art. 36.2, II).

En este orden de cosas el periodo de seguridad responde realmente a la idea retributiva del castigo oculta bajo la pretensión de controlar una peligrosidad criminal, que, en relación con algunos delincuentes, se llega a presumir *iure et de iuris*. Se ignora que precisamente el sistema de individualización científica previsto en la LOGP ya constituye un instrumento que evita que la persona que no tiene capacidad para vivir en un régimen de semilibertad pueda acceder a el mismo durante el cumplimiento de la pena, a partir de la valoración de las circunstancias concretas de la persona, y no solo con pronósticos generales de peligrosidad criminal o basados en meras creencias.

Asimismo se incorporó a la LOGP a través de esta reforma una ulterior exigencia general para poder ser clasificado en tercer grado penitenciario como es la relativa a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito; si bien tal exigencia acaba matizándose en el sentido de que en realidad no implica tanto el haber abonado la misma como la ponderación de la conducta realmente observada por parte del condenado a tal fin, pudiendo ser clasificado en 3.º grado si se aprecia que el penado, en atención a sus circunstancias personales y patrimoniales, ha hecho o hará un esfuerzo serio de satisfacerla. Pero independientemente de ello lo cierto es que nos encontramos a partir de entonces con que el cumplimiento de una obligación civil pasa también a condicionar el proceso de reinserción social del condenado.

En relación con los condenados por delitos de terrorismo y cometidos en el seno de una organización criminal se introdujo una ulterior exigencia, muy cuestionable en un modelo de resocialización social de mínimos, como es la relativa a la existencia de signos inequívocos en el penado de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y de haber colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la

producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. Aspecto que puede acreditarse mediante la declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

La libertad condicional, en aquel entonces el 4.º grado de cumplimiento de la pena de prisión, sobre cuya concesión igualmente se proyectan las exigencias que acabamos de puntualizar, experimentó ulteriores transformaciones que respondían al mismo objetivo retributivo. En el caso de los condenados por terrorismo nos encontrábamos con que si se revocaba la libertad condicional se dejaba de computar como tiempo de cumplimiento de pena el tiempo pasado en ese régimen de cumplimiento. Esta excepción es hoy tras la reforma del Código penal por LO 1/2015, que transformó la libertad condicional en una forma de suspensión condicional de la pena de prisión, una norma general. Siendo ello comprensible en el nuevo contexto, lo cierto es que comparativamente cabría apreciar un incremento punitivo de la pena que responde al ideal de inocuización. Pero además en 2003 se excluye a esos delincuentes, junto con los condenados por delitos cometidos en el seno de una organización criminal, del régimen particular de la libertad condicional debido a la realización continuada de actividades laborales, culturales u ocupacionales durante el cumplimiento de la condena; exclusión que en 2010 se extiende a los condenados por delitos cometidos en el seno de grupo criminal, aunque la misma se anula en 2015. La libertad condicional de los condenados por terrorismo contemplaba una causa de revocación adicional consistente en el hecho de que se acreditase que no subsistían las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Esta se ha generalizado en 2015 al poder revocarse la suspensión condicional de la ejecución del resto de la pena cuando se pone de manifiesto un cambio de las circunstancias que dieron lugar a su concesión que no permitan mantener el pronóstico de falta de peligrosidad.

La reforma de 2015 ha profundizado en la línea de restringir el acceso a la libertad condicional de determinados delincuentes. Así al tiempo que incorporaba una nueva modalidad más favorable para condenados primarios a pena de prisión no superior a tres años, excluía de la misma a los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno

de organizaciones criminales y por delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 90.3 y 90.8).

Otro de los caminos que la mencionada reforma de 2003 recorrió intensamente para posponer la reincorporación social de los penados a prisión lo encontramos en sede de cumplimiento de la pena en los concursos reales de delitos. Por razones de reinserción social, humanidad e incluso para evitar el desprestigio de la justicia, nuestro Código penal prevé desde hace mucho tiempo límites máximos absolutos de cumplimiento de las penas impuestas en el caso de los concursos reales de delito. El Código penal de 1995 los situó en 20 años, en 25 años (cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta veinte años) y en 30 años (cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años), pero en 2003 se añadió el controvertido límite de 40 años (cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años; años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años). Y además en relación con estos condenados se profundizó en la línea abierta en el Código penal de 1995 relativa a la alteración de la forma normal de cómputo del paso del tiempo para poder acceder a instituciones que van a permitir la salida del condenado de prisión (como el beneficio del adelantamiento de la libertad condicional) e incluso un acortamiento del tiempo de la pena (así el indulto parcial). A partir de ese momento nos encontramos con que se concede al órgano sentenciador la facultad discrecional de decidir en los casos en los que al aplicar el límite máximo de cumplimiento la pena a cumplir es inferior a la mitad de la suma de todas las penas impuestas que se tome, en relación con determinados instrumentos resocializadores que entre sus requisitos de aplicación exigen el cumplimiento de una parte de la pena, como referencia del cómputo de este, no el límite máximo de cumplimiento, sino la suma total de las penas impuestas (y además desde 2003 se silencia que tal decisión deba atender a la peligrosidad criminal) Pero también con el imperativo legal de alterar la regla normal de cómputo en los casos de aplicación de los límites absolutos excepcionales; decisión que será rectificada en la LO 1/2015, pero no porque se hubiese vuelto al ideal de resocialización, sino porque mediante esta ley se introducía la tan criticada pena de prisión permanente revisable. Ciertamente está prevista en la ley la posibilidad de que el Juez de vigilancia penitenciaria acuerde en atención a la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social que se

regrese al régimen normal de cumplimiento. Pero esta posibilidad solo es parcial en el caso de los condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales que en la hipótesis más favorable podrán acceder al tercer grado penitenciario cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena –necesidad de haber cumplido en prisión 32 años– y a la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena –necesidad de haber cumplido en prisión 35 años–.

Obsérvese que, salvo por los dos concretos grupos de delincuencia mencionados, este precepto no cumple en realidad más papel, dado que se proyecta sobre instituciones que de por sí ya se adoptan restrictivamente y además sobre la base de un pronóstico de reinserción social, lo que significa que, si tal pronóstico se da, el Juez de vigilancia penitenciaria tiene que acordar la vuelta al régimen general de cómputo.

V. Conclusión

A la luz de lo dicho cabría concluir que desde la aprobación de nuestro Código penal en 1995 hasta el momento presente se ha producido una clara bifurcación del sentido de la respuesta penal frente al comportamiento delictivo en función principalmente de dos datos: la gravedad del delito y el tipo de delito cometido (principalmente delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización criminal y delitos sexuales). Ello ha provocado que en nuestro sistema penológico convivan hoy dos modelos diferentes de concebir la respuesta penal, un modelo resocializador (delitos de pequeña o mediana gravedad e incluso graves pero que no generan una fuerte contestación por parte de grupos de presión), basado en la aplicación del conocimiento de las ciencias sociales, y un modelo de control o de gestión de riesgos, orientado a satisfacer las demandas de grupos de víctimas o la pacificación del sentimiento, subjetivo, de alarma social. Un modelo este último que ha provocado el refuerzo, de forma paulatinamente y en cierto modo de forma subrepticia, de los muros de la prisión, conduciendo también a la introducción de una medida de seguridad postpenitenciaria, que solo puede implicar más control. Y todo ello, en nuestro país, a partir de la creación de un riesgo ficticio de peligrosidad criminal para determinados grupos de delincuentes sobre la base del sentimiento de repulsa social exteriorizado públicamente por grupos de presión y el dolor de las víctimas. Se hace, por tanto, cada vez más necesario recurrir a la pedagogía sobre cuestiones penales y penitenciarias que impidan que las falsas creencias sociales y los sentimientos muevan reformas penales incapaces de alcanzar más objetivo que la exclusión social.

VI. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, M.: *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Ed. Iustel, Madrid, 2016; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: «La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación», en QUINTANO OLIVARES, G. y MORAL PRATS, F., (coords.): *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001; BUENO ARÚS, F.: «A propósito de la reinserción social del delincuente. (Artículo 25.2 de la Constitución española)», en *CPC*, 1985, n.º 59; CAPDEVILA, M., (coord.): *Tasa de reincidencia penitenciaria 2014*, Ed. CEJFE, 2015, en http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public1_6/publicac_pdf/publicac_antonio_pdf/tasa_reincidencia_2014_cast.pdf (consulta 7-02-2017); CEREZO MIR, J.: «Los fines de las penas en el código penal después de las reformas del año 2003», en *RDPCrUNED*, 2004, n.º extraordinario 2; del mismo autor «Consideraciones político criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995», en *RJL*, 1996-3; CID MOLINÉ, J.: «Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal del 2003», en AA. VV., *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2004; del mismo autor «Derecho a la reinserción social. (Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)», en *JPD*, 1998, n.º 32; del mismo autor, *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1994; CUERDA RIEZU, A.: *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011; DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: *Ejecución de penas en España: la reinserción social en retirada*, Ed. Comares, Granada, 2016; del mismo autor, «La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español», en *RDPCrUNED*, 2013, n.º 10; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «La nueva política criminal española», en AA. VV., *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2004; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de derecho penitenciario*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo», en *ADPCP*, 1979; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M.: «Regulación legal de la pena de prisión permanente revisable», en *RDPP*, n.º 41, 2016; de la misma autora, «La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado penalmente», en *EPC*, 2015, n.º 36; de la misma autora *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 2014 -<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/>

sites/default/datos/descargables/publicaciones/Estudio_textrico_y_prxctico_de_la_pena_de_TB_acc.pdf (consulta 7-02-2017); GRAÑA GÓMEZ, J. L., ANDREU RODRÍGUEZ, J. M. y SILVA ROSARIO, T.: *Evaluación del riesgo de reincidencia*, 2012, en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Evaluacion_del_Riesgo_de_reincidencia_delictiva_acc.pdf (consulta 7-02-2017); MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «El cumplimiento íntegro de las penas», en *AP*, 2003, n.º 7; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983; MORILLAS CUEVA, L. y BARQUÍN SANZ, J.: *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*; Ed. Defensor del Pueblo, Madrid, 2013; MORILLAS CUEVAS, L.: «Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código penal español», en *Derecho penitenciario II. CDJ*, Ed. CGPJ, Madrid, 2004; MUÑOZ CONDE, F.: «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito», en *La reforma del derecho penal*, Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, 1980; PÉREZ RAMÍREZ, M., MARTÍNEZ GARCÍA, M. y REDONDO ILLESCAS, S.: *Delincuencia sexual y reincidencia. Evaluación y predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales*, Ed. CEJFE, 2009, en http://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/532/1/Delitos_sexuales_y_reincidencia.pdf (consulta 7-02-2017); SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, M. I.: *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012; RÍOS MARTÍN, J. C.: *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, San Sebastián, 2013; SANZ MORÁN, A. J.: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002; del mismo autor, «Penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales IV*, Madrid, 1997; SOLER IGLESIAS, C. y GARCÍA DÍEZ, C.: *Delincuencia sexual y reincidencia. Un estudio en las prisiones de Cataluña*, Ed. CEJFE, 2009, en http://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/532/1/Delitos_sexuales_y_reincidencia.pdf (consulta 7-02-2017); TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Sistema de sanciones y política criminal», en *RECPC*, 2007, n.º 09-06; TÉLLEZ AGUILERA, A.: «La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», en *RJL*, 2003, n.º 5837; VARONA GÓMEZ, D.: «La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?», en *REIC*, 2004, n.º 2.

Correo electrónico: gonzalezmarta@uniovi.es

de organizaciones criminales y por delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 90.3 y 90.8).

Otro de los caminos que la mencionada reforma de 2003 recorrió intensamente para posponer la reincorporación social de los penados a prisión lo encontramos en sede de cumplimiento de la pena en los concursos reales de delitos. Por razones de reinserción social, humanidad e incluso para evitar el desprestigio de la justicia, nuestro Código penal prevé desde hace mucho tiempo límites máximos absolutos de cumplimiento de las penas impuestas en el caso de los concursos reales de delito. El Código penal de 1995 los situó en 20 años, en 25 años (cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta veinte años) y en 30 años (cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años), pero en 2003 se añadió el controvertido límite de 40 años (cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años; años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años). Y además en relación con estos condenados se profundizó en la línea abierta en el Código penal de 1995 relativa a la alteración de la forma normal de cómputo del paso del tiempo para poder acceder a instituciones que van a permitir la salida del condenado de prisión (como el beneficio del adelantamiento de la libertad condicional) e incluso un acortamiento del tiempo de la pena (así el indulto parcial). A partir de ese momento nos encontramos con que se concede al órgano sentenciador la facultad discrecional de decidir en los casos en los que al aplicar el límite máximo de cumplimiento la pena a cumplir es inferior a la mitad de la suma de todas las penas impuestas que se tome, en relación con determinados instrumentos resocializadores que entre sus requisitos de aplicación exigen el cumplimiento de una parte de la pena, como referencia del cómputo de este, no el límite máximo de cumplimiento, sino la suma total de las penas impuestas (y además desde 2003 se silencia que tal decisión deba atender a la peligrosidad criminal) Pero también con el imperativo legal de alterar la regla normal de cómputo en los casos de aplicación de los límites absolutos excepcionales; decisión que será rectificadas en la LO 1/2015, pero no porque se hubiese vuelto al ideal de resocialización, sino porque mediante esta ley se introducía la tan criticada pena de prisión permanente revisable. Ciertamente está prevista en la ley la posibilidad de que el Juez de vigilancia penitenciaria acuerde en atención a la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social que se

regrese al régimen normal de cumplimiento. Pero esta posibilidad solo es parcial en el caso de los condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales que en la hipótesis más favorable podrán acceder al tercer grado penitenciario cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena –necesidad de haber cumplido en prisión 32 años– y a la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena –necesidad de haber cumplido en prisión 35 años–.

Obsérvese que, salvo por los dos concretos grupos de delincuencia mencionados, este precepto no cumple en realidad más papel, dado que se proyecta sobre instituciones que de por sí ya se adoptan restrictivamente y además sobre la base de un pronóstico de reinserción social, lo que significa que, si tal pronóstico se da, el Juez de vigilancia penitenciaria tiene que acordar la vuelta al régimen general de cómputo.

V. Conclusión

A la luz de lo dicho cabría concluir que desde la aprobación de nuestro Código penal en 1995 hasta el momento presente se ha producido una clara bifurcación del sentido de la respuesta penal frente al comportamiento delictivo en función principalmente de dos datos: la gravedad del delito y el tipo de delito cometido (principalmente delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización criminal y delitos sexuales). Ello ha provocado que en nuestro sistema penológico convivan hoy dos modelos diferentes de concebir la respuesta penal, un modelo resocializador (delitos de pequeña o mediana gravedad e incluso graves pero que no generan una fuerte contestación por parte de grupos de presión), basado en la aplicación del conocimiento de las ciencias sociales, y un modelo de control o de gestión de riesgos, orientado a satisfacer las demandas de grupos de víctimas o la pacificación del sentimiento, subjetivo, de alarma social. Un modelo este último que ha provocado el refuerzo, de forma paulatinamente y en cierto modo de forma subrepticia, de los muros de la prisión, conduciendo también a la introducción de una medida de seguridad postpenitenciaria, que solo puede implicar más control. Y todo ello, en nuestro país, a partir de la creación de un riesgo ficticio de peligrosidad criminal para determinados grupos de delincuentes sobre la base del sentimiento de repulsa social exteriorizado públicamente por grupos de presión y el dolor de las víctimas. Se hace, por tanto, cada vez más necesario recurrir a la pedagogía sobre cuestiones penales y penitenciarias que impidan que las falsas creencias sociales y los sentimientos muevan reformas penales incapaces de alcanzar más objetivo que la exclusión social.

VI. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, M.: *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Ed. Iustel, Madrid, 2016; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: «La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación», en QUINTANO OLIVARES, G. y MORAL PRATS, F., (coords.): *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001; BUENO ARÚS, F.: «A propósito de la reinserción social del delincuente. (Artículo 25.2 de la Constitución española)», en *CPC*, 1985, n.º 59; CAPDEVILA, M., (coord.): *Tasa de reincidencia penitenciaria 2014*, Ed. CEJFE, 2015, en http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public1_6/publicac_pdf/publicac_antonio_pdf/tasa_reincidencia_2014_cast.pdf (consulta 7-02-2017); CEREZO MIR, J.: «Los fines de las penas en el código penal después de las reformas del año 2003», en *RDPCrUNED*, 2004, n.º extraordinario 2; del mismo autor «Consideraciones político criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995», en *RJL*, 1996-3; CID MOLINÉ, J.: «Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal del 2003», en AA. VV., *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2004; del mismo autor «Derecho a la reinserción social. (Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)», en *JPD*, 1998, n.º 32; del mismo autor, *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1994; CUERDA RIEZU, A.: *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011; DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: *Ejecución de penas en España: la reinserción social en retirada*, Ed. Comares, Granada, 2016; del mismo autor, «La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español», en *RDPCrUNED*, 2013, n.º 10; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «La nueva política criminal española», en AA. VV., *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2004; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de derecho penitenciario*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo», en *ADPCP*, 1979; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M.: «Regulación legal de la pena de prisión permanente revisable», en *RDPP*, n.º 41, 2016; de la misma autora, «La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado penalmente», en *EPC*, 2015, n.º 36; de la misma autora *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 2014 -<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/>

sites/default/datos/descargables/publicaciones/Estudio_textrico_y_prxctico_de_la_pena_de_TB_acc.pdf (consulta 7-02-2017); GRAÑA GÓMEZ, J. L., ANDREU RODRÍGUEZ, J. M. y SILVA ROSARIO, T.: *Evaluación del riesgo de reincidencia*, 2012, en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Evaluacion_del_Riesgo_de_reincidencia_delictiva_acc.pdf (consulta 7-02-2017); MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «El cumplimiento íntegro de las penas», en *AP*, 2003, n.º 7; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983; MORILLAS CUEVA, L. y BARQUÍN SANZ, J.: *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*; Ed. Defensor del Pueblo, Madrid, 2013; MORILLAS CUEVAS, L.: «Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código penal español», en *Derecho penitenciario II. CDJ*, Ed. CGPJ, Madrid, 2004; MUÑOZ CONDE, F.: «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito», en *La reforma del derecho penal*, Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, 1980; PÉREZ RAMÍREZ, M., MARTÍNEZ GARCÍA, M. y REDONDO ILLESCAS, S.: *Delincuencia sexual y reincidencia. Evaluación y predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales*, Ed. CEJFE, 2009, en http://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/532/1/Delitos_sexuales_y_reincidencia.pdf (consulta 7-02-2017); SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, M. I.: *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012; RÍOS MARTÍN, J. C.: *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, San Sebastián, 2013; SANZ MORÁN, A. J.: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002; del mismo autor, «Penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales IV*, Madrid, 1997; SOLER IGLESIAS, C. y GARCÍA DÍEZ, C.: *Delincuencia sexual y reincidencia. Un estudio en las prisiones de Cataluña*, Ed. CEJFE, 2009, en http://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/532/1/Delitos_sexuales_y_reincidencia.pdf (consulta 7-02-2017); TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Sistema de sanciones y política criminal», en *RECPC*, 2007, n.º 09-06; TÉLLEZ AGUILERA, A.: «La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», en *RJL*, 2003, n.º 5837; VARONA GÓMEZ, D.: «La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?», en *REIC*, 2004, n.º 2.

Correo electrónico: gonzalezmarta@uniovi.es

LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL *

Prof. Dr. Luis ROCA DE AGAPITO
Universidad de Oviedo

RESUMEN: La ponencia analiza el fundamento y sentido de los derechos de las víctimas en los sistemas penales español y mexicano, haciendo especial énfasis en la necesidad de adoptar un sistema judicial que tenga como referencia tres puntos de vista sobre el derecho a la justicia: que sea una justicia de corte restaurativo, procedimental y terapéutico.

ABSTRACT: *The paper analyzes the basis and meaning of the rights of victims in the Spanish and Mexican penal systems, with special emphasis on the need to adopt a judicial system that has three points of view on the right to justice: Restorative, procedural and therapeutic justice.*

Tanto en España como en México estamos asistiendo en los últimos años a un nuevo enfoque en el sistema de justicia penal, de corte victimológico, en el que la consideración de los derechos humanos y la protección de las víctimas cobran valor por sí mismas, con independencia de la respuesta punitiva frente al delincuente. En este sentido, cabe citar la aprobación en México de la *Ley General de Víctimas* (DOF de 28 de noviembre de 2014), y en España la aprobación del *Estatuto de la Víctima del Delito*, por Ley 4/2015, de 27 de abril (BOE de 28 de abril de 2015).

En la exposición que voy a hacer a continuación más que analizar los derechos de las víctimas en ambos ordenamientos, voy a hablar del fundamento y sentido de estos derechos. Creo que la visión comparada es necesaria y muy útil en toda investigación jurídica, y en este sentido felicito a los organizadores del presente Congreso-Coloquio. Sin embargo, creo que hay que ser prudentes en este terreno, por cuanto que la realidad política, económica y criminológica de ambos países es muy diferente y puede que lo que resulte indicado para un Estado, pueda no serlo para el otro. Así, y por poner solo unos ejemplos extraídos de las estadísticas publicadas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (www.stats.unodc.org), España ocupa el puesto 14 de 195 países en cuanto a la tasa de

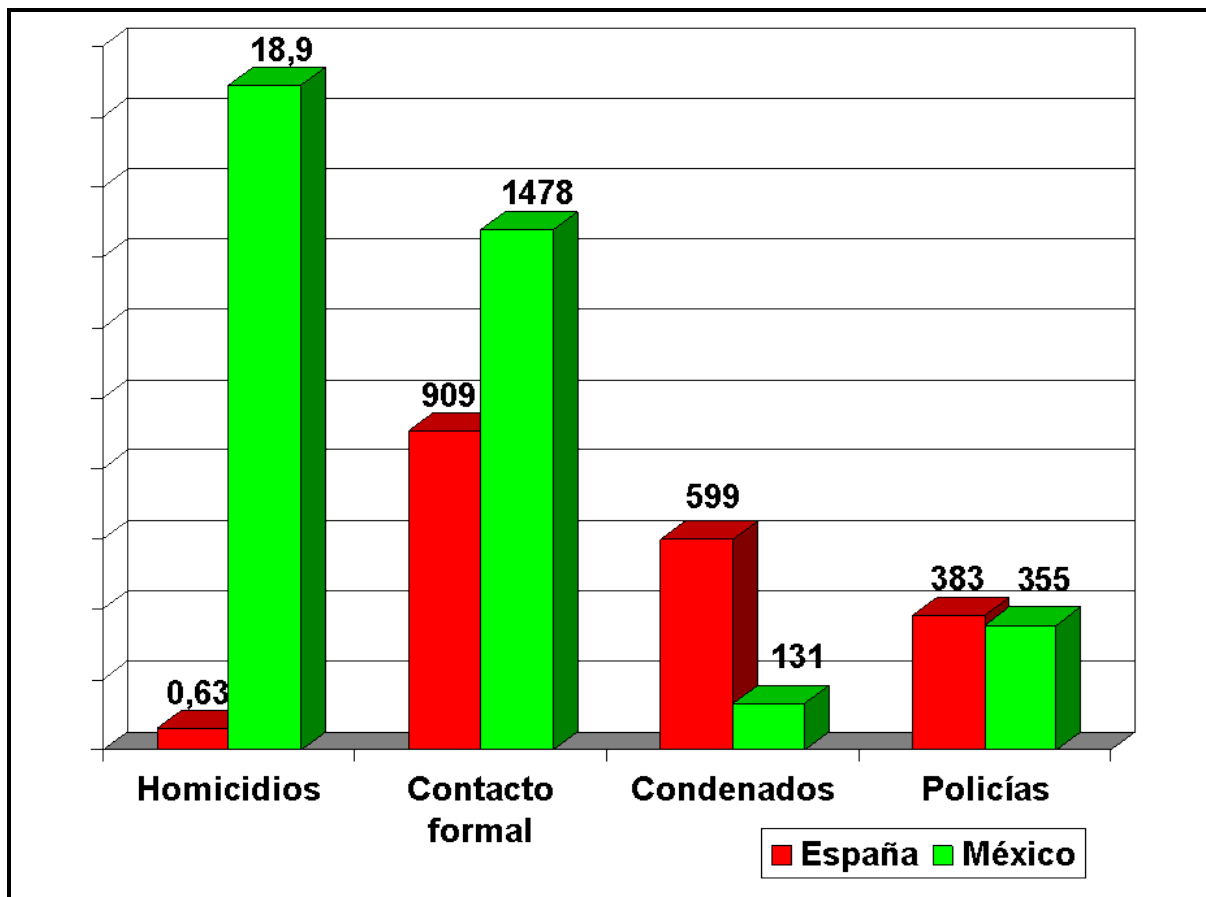
* Este artículo se enmarca dentro del Proyecto de I+D+I RETOS que dirijo, titulado *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI* (DER2015-63669-R), del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación del Ministerio de Economía y Competitividad de España.

Una versión más amplia de esta ponencia se ha publicado con el título «Las víctimas del delito y el sistema de justicia penal en España y en México» en el libro colectivo GÓMEZ GONZÁLEZ, A. (coord.): *Reforma Penal 2008 - 2016: El Sistema Penal Acusatorio en México*, INACIPE, México, 2016, pp. 883-919.

homicidios intencionados, mientras que México ocupa el puesto 175 de 195 países; o si nos fijamos en el contacto formal de los adultos con el sistema de justicia penal, mientras que en México más de un millón de adultos al año tienen algún contacto con el sistema punitivo (tasa de 1478 adultos/100000), en España son alrededor de 350000 (tasa de 909 adultos/100000). Por el contrario, si nos fijamos en el número de condenados, en España el número total duplica al de México, de tal manera que, en España, dos de cada tres adultos que entraron en contacto con el sistema penal resultaron condenados, mientras que en México menos de uno de cada diez. Si este dato lo ponemos en conexión con el número de policías que hay en cada país, resulta que la policía española tiene más éxito que la mexicana, pues con una tasa similar en ambos países (3,6 policías/1000 hab.), los individuos investigados o detenidos por la policía española acaban siendo condenados en una proporción muchísimo más elevada. En mi modesta opinión, y siempre desde el desconocimiento de la situación concreta de México, advierto, creo que todos estos datos pueden evidenciar una sobreactuación o una actuación inadecuada por parte de la policía mexicana, incluyendo la actuación de las fuerzas armadas en labores de seguridad pública (cosa impensable en España), que luego los jueces y tribunales de aquel país acabarían rectificando.

Finalmente, la población reclusa también difiere de un país a otro. En ambos países se aprecia una tendencia continuada a incrementar el número de personas privadas de libertad, pero las condiciones en las cárceles mexicanas son mucho peores que en España (condiciones pobres de salubridad y de alimentación, masificación, escasa asistencia sanitaria, corrupción, motines, criminalidad organizada dentro de la prisión, etc.). Por otra parte, los presos preventivos en México superan el 40% de la población reclusa, mientras que en España es de la mitad (el 20%) la población reclusa. También es importante destacar que en México por cada funcionario de prisiones hay cinco presos, mientras que en España es de 2,5 presos/funcionario.

Por eso decía que hay que ser prudentes en este terreno.



La actual sensibilidad hacia las víctimas y hacia sus derechos viene de la mano del reconocimiento de los derechos humanos después de la II Guerra Mundial, pero obedece también al desarrollo de una nueva ciencia: la Victimología. La Victimología, en efecto, aparte de estudiar los padecimientos que sufren las víctimas como consecuencia de la comisión de un delito y tratar de remediarlos lo mejor posible, ha permitido constatar también la trascendencia que tiene la víctima en la prevención de la delincuencia, sobre todo para aquellas estrategias de prevención basadas en los efectos del enjuiciamiento, sanción y tratamiento de los delincuentes, pues no en vano la víctima, en muchas ocasiones, se convierte en la «llave del sistema penal», y solo la criminalidad que atraviesa el filtro de la denuncia permite poner a prueba la eficacia de los mecanismos represores del Estado.¹ Pero el reconocimiento de derechos a las víctimas de delitos no se trata solo de una cuestión práctica de conseguir una mayor eficacia del sistema de justicia penal, sino que resulta también obligado por razones de justicia; por ser también la trasposición al proceso penal de derechos fundamentales que acompañan a la víctima por el mero hecho de ser un ser humano. Como persona, tal y como establece la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, la víctima

¹ HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Madrid, Edersa, 1996, p. 195.

goza de una dignidad intrínseca y de unos derechos iguales e inalienables a todos los hombres. En este sentido, es evidente que algunos derechos de las víctimas no son más que la manifestación dentro del proceso penal de derechos fundamentales previos al proceso; y el reconocimiento de estos derechos, por tanto, no está condicionado a que se siga o no un procedimiento penal contra el posible victimario. Otros derechos, en cambio, tienen una naturaleza eminentemente procesal, pues solo tienen sentido si previamente se ha abierto un proceso penal.

Siguiendo a TAMARIT SUMALLA, se pueden señalar diversas concepciones respecto al fundamento de estos derechos procesales.² En primer lugar, cabe hablar de una concepción de máximos, que yo creo que es la que correspondería al ordenamiento jurídico español. En segundo lugar, y en contraposición a esta, se puede advertir otra de mínimos, en la que se podrían enmarcar los ordenamientos de corte anglosajón. Y, en tercer lugar, habría también una posición intermedia, en la cual se encontraría, según mi punto de vista, el ordenamiento jurídico mexicano.

Según una concepción de máximos, las víctimas conservarían cierto derecho originario de represalia frente al ofensor. No se trataría de que ellas ostenten el *ius puniendi*, que habría sido cedido al Estado en virtud del contrato social, sino que podrían activarlo mediante el ejercicio de la acción penal.

Art. 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española: «De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causado por el hecho punible».

Art. 101 de la LECr: «La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley».

El Tribunal Constitucional español ha considerado que el derecho de los perjudicados a instar la aplicación del *ius puniendi* forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24 CE, debiendo distinguirse, eso sí, del derecho material a castigar (SSTC 157/1990, de 18 de octubre; 9/2008, de 21 de enero).

Frente a esta concepción maximalista, se puede justificar la existencia de derechos de las víctimas en el proceso penal como forma de compensación frente a los efectos negativos que pueden sufrir por su intervención en el proceso penal, ya sea en el papel de denunciante o en el de testigos. En este modelo la víctima solo ostentaría, como derecho originario, el

² TAMARIT SUMALLA, J. M., en VV. AA., *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 36.

ejercicio de la *acción civil*, es decir, una cuestión de carácter privado entre dos personas, en virtud de la cual se reclama la reparación del daño ocasionado por el crimen, y que solo por economía procesal a veces aparece vinculado al proceso penal. Conforme a este modelo, el reconocimiento de los derechos de las víctimas resulta ser una garantía frente a los males que se puedan derivar del contacto con el sistema de justicia penal, pero que en todo caso deja intacto el proceso penal como una disputa entre el Estado, representado por el Ministerio Público, y el acusado, que serían las dos únicas partes en el mismo. Así, por ejemplo, para un jurista español parece absurdo que se reconozcan a las víctimas algunos derechos tan básicos, como el derecho a comparecer y estar presente en los juicios penales, o el derecho a ser oídas, como se ha tenido que hacer en los Estados Unidos. Pero es que ello resulta comprensible desde esa concepción de mínimos, que solo trata de compensar a la víctima por su colaboración con la administración de justicia y la relega a una posición, digamos, «auxiliar» dentro del proceso penal. No obstante, también conviene advertir que en algunos casos se ha llegado a potenciar tanto el papel de las víctimas en el proceso penal norteamericano que la determinación de la pena o la concesión de la libertad condicional (*parole*) puede depender de la opinión de la víctima, a través de los llamados *victim impact statements (VIS)*.

Finalmente, se puede hablar de una posición intermedia, en la cual la víctima no ejercería la acción penal, pero tendría un papel muy relevante en el proceso, pudiendo llegar a erigirse en parte en el mismo. El proceso penal vendría a ser aquel mecanismo que el Estado pone a disposición de la víctima para poder defender sus intereses.

En México el *art. 105 del Código Nacional de Procedimientos Penales* determina que «los sujetos del procedimiento que tendrán la calidad de parte en los procedimientos previstos en este Código, son el imputado y su Defensor, el Ministerio Público, la víctima u ofendido y su Asesor jurídico».

Por tanto, en el Derecho mexicano la víctima es parte en el proceso penal y en el *art. 109 del CNPP* se establece un amplísimo catálogo de derechos de la víctima u ofendido (así mismo, el *art. 12 de la LGV* también reconoce a las víctimas una amplia variedad de derechos en el proceso penal, que luego desarrolla en los preceptos siguientes). Pero si nos fijamos bien en dichos derechos, estos no llegan a suponer el ejercicio de la acción penal, sino que se trata más bien de garantías que la acompañarán a lo largo del proceso. En ningún momento se dice en estas disposiciones legales que tenga derecho a ejercer la acción penal, pues tal cometido recae sobre el Ministerio Público (arts. 127 y 131.XVI del CNPP).

A pesar de que esto es así por regla general, no obstante, y de modo excepcional, se ha previsto que en algunos supuestos la víctima u ofendido pueda ejercer en exclusiva la acción penal.

Art. 428 del CNPP. Acción penal por particulares. «La víctima u ofendido podrá ejercer la acción penal únicamente en los delitos perseguibles por querrela, cuya penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de libertad o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión».

Sin embargo, yo no creo que esta posibilidad que se reconoce a las víctimas de ejercer la acción penal para delitos menores responda a un enfoque del sistema de justicia penal de corte victimológico, sino que más bien yo lo veo como un mecanismo pensado para solventar un problema de tipo práctico, tratando de descargar al Ministerio Público de trabajo y privatizando de esta manera el ejercicio de la acción penal. Pero hacer recaer el peso del ejercicio en exclusiva de la acción penal sobre las víctimas, aparte de los problemas jurídicos de tipo constitucional que puede acarrear, creo que no es realista desde el punto de vista del aludido propósito, porque las víctimas no van a esforzarse y sacrificarse aún más si cabe.

Esta cuestión nos lleva a plantearnos: ¿cuál es el sentido que tiene para las víctimas el derecho a la justicia? ¿Por qué acuden las víctimas a la justicia? Normalmente las víctimas, más que una justicia retributiva a modo de castigo o venganza respecto del infractor, reclaman sobre todo una justicia de corte restaurativo, procedimental y terapéutico. Es decir, los intereses de las víctimas van más bien en esta triple dirección de pedir que se les reconozca el daño sufrido, que se les repare o por lo menos que se mitiguen las secuelas del delito y que se les otorgue un trato digno y respetuoso con su condición, antes que ensañarse con el victimario.

Por tanto, resulta mucho más justo y efectivo para las víctimas un sistema judicial que tenga como referencia estos tres puntos de vista sobre el derecho a la justicia. La *Therapeutic Justice* centra su atención en el impacto de la ley en el espectro emocional y en el bienestar psicológico de las personas.³ En este sentido, la aportación que puede hacerse en términos de justicia para las víctimas será mejorar su grado de bienestar psíquico, reduciendo el impacto emocional provocado por el delito y evitando que el contacto con el sistema de justicia reproduzca o incremente el daño (lo que se conoce como victimización secundaria). A este

³ Véase, por todos, WEXLER, D. B., Y WINICK, B. J., *Judging in a Therapeutic Key. Therapeutic Jurisprudence and the Courts*, Carolina Academic Press, 2003.

propósito específico se dirige igualmente la *Procedural Justice*,⁴ que pone el acento en el modo y manera en el que se imparte justicia, esto es, frente a una justicia retributiva (como justicia en el castigo de los males) o una justicia distributiva (como justicia en la distribución de derechos o recursos), la justicia procedimental atiende a la justicia y transparencia en los procesos de toma de decisiones. Desde este punto de vista, para las víctimas el derecho a la justicia estriba en establecer garantías jurídicas y buenas prácticas en el seno del proceso penal que les permitan sentir que son tratadas de modo justo y que el sistema de justicia les asegura que pueden estar informadas, ser escuchadas y participar, lo cual evita el sentimiento de desamparo y pérdida de control sobre un asunto que les afecta a ellas personalmente. Y finalmente, la *Restorative Justice* promueve la reparación del daño causado a la víctima mediante canales de respuesta diseñados cooperativamente entre el infractor y la propia víctima. En el ámbito de los procesos de justicia restaurativa la investigación empírica ha revelado que las víctimas muchas veces suelen mostrar mayor satisfacción con el proceso por el hecho de haber sido escuchadas y haber participado en él, que por los resultados obtenidos del mismo.

En España, por ejemplo, esta visión de la justicia, más equitativa que vengativa, ha sido una reclamación constante por las víctimas del terrorismo. Y precisamente estas ideas creo que son las que inspiran los principios básicos que se han plasmado de forma especialmente significativa en la *Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo*.

Esta Ley –dice su Preámbulo– es un signo de reconocimiento y de respeto, pero también de solidaridad debida. El apoyo integral que persigue representa el esfuerzo compartido de reparación que las víctimas y sus familias merecen inspirado por los principios de *memoria, dignidad, justicia y verdad*.

En México, creo que estos valores están igualmente en la base de la *Ley General de Víctimas*. Al regular el «derecho de acceso a la justicia»

Art. 10 LGV: «Las víctimas tienen derecho a un recurso judicial adecuado y efectivo, ante las autoridades independientes, imparciales y competentes, que les garantice el ejercicio de su derecho a conocer la *verdad*, a que se realice con la diligencia debida una investigación inmediata y exhaustiva del delito o de las violaciones de derechos humanos sufridas por ellas; a que los autores de los delitos y de las violaciones de derechos, con el respeto al debido proceso, sean *enjuiciados y sancionados*; y a obtener una *reparación integral* por los daños sufridos».

⁴ Véase, por todos, TYLER, T. R., *Why People Obey the Law*, Yale University Press, 1990. Existe una actualización de 2006.

Como conclusión diré que siempre se ha sido más enérgico en el empeño por ocuparse del delincuente y por ajustar sus cuentas penales, que en el de saldar las cuentas sociales y solidarias con las víctimas. Sin embargo, este panorama está cambiando y creo que lo está haciendo en una línea correcta. Como ha señalado en mi país TAMARIT SUMALLA,

es preciso romper la dinámica competitiva según la cual se tiende a percibir que el reconocimiento de garantías del infractor conlleva la automática reducción de la protección y la consideración debida a la víctima, en lo que se ha calificado como «juego de suma-cero», en pro de otra clase de dinámicas en que se pueda llegar a percibir la reintegración del ofensor y la protección de las víctimas como objetivos compatibles y elementos de una política criminal socialmente constructiva.⁵

Lo que yo pueda aportar desde esta visión orientada hacia las víctimas para mejorar el sistema de justicia penal en México, debo reconocerlo con humildad, es más bien poco. Partiendo de la experiencia europea y española, yo simplemente insistiría en la importancia que tienen tres aspectos de un adecuado sistema de apoyo a las víctimas.

En primer lugar, la *individualización* en la atención de las víctimas se considera hoy en día una exigencia fundamental, y ello basándose en una experiencia de base victimológica. Antes que seguir planteamientos generalizadores que atiendan al grupo al que pertenece la víctima, en la actualidad se parte de que todas las actuaciones han de estar siempre orientadas a la persona concreta, lo que exige una evaluación y un trato individualizado a cada víctima; sin perjuicio, obviamente, del trato especializado que puedan requerir cierto tipo de víctimas (mujeres, niños, ancianos, migrantes...).

En segundo lugar, la *profesionalización* es una consecuencia lógica del principio de individualización enunciado, y ello exige que las personas que atiendan a las víctimas se especialicen y adquieran conocimientos específicos en Victimología, para así poder comprender los procesos de victimización y desvictimización que experimentan las víctimas, así como los riesgos de victimización y su vulnerabilidad y también los derechos que las asisten.

Por último, en este enfoque de ofrecer una atención especializada e individualizada a las víctimas resulta conveniente desarrollar programas de *sensibilización y formación* de los profesionales que tengan contacto con ellas. A este respecto, solo espero que la presente ponencia haya podido contribuir en alguna medida a la formación y sensibilización de todos aquellos de ustedes que deban entrar en contacto con las víctimas.

⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M., en VV. AA, *Manual de victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 49.

TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS EN EL ESTADO DE DERECHO: RIESGOS Y
PARADIGMAS EMERGENTES
REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AND STATE OF LAW: RISKS AND EMERGING
PARADIGMS

Yessica Paloma BÁEZ BENÍTEZ¹

*El vínculo que une a tu auténtica familia no es de
sangre, sino de respeto y alegría mutua.*

Richard Bach

RESUMEN: El exponencial crecimiento en la generación de conocimiento científico y el desarrollo tecnológico genera un conflicto entre el 'ser científico' con el 'deber ser' ético y el 'poder hacer' normativo. El presente ensayo tiene como objetivo identificar los dilemas éticos y legales en torno a las tecnologías para la reproducción humana asistida (TRHA)² en México, utilizando como objeto de estudio la Gestación Subrogada, la discusión se presenta dentro del marco del Estado de Derecho al evidenciar los riesgos que enfrentan los usuarios que acceden a las tecnologías reproductivas colocándolos en un estado de vulnerabilidad e incertidumbre jurídica.

ABSTRACT: *The exponential increase in the generation of scientific knowledge and technological development creates a conflict between 'be a scientist' with 'it must be' ethical and 'can do' normative. The present paper aims to identify and describe the ethical and legal dilemmas surrounding technologies for assisted human reproduction (TAHR) in Mexico, using as an object of study Gestational Surrogacy, the discussion is presented within the framework of the state of law, highlighting the risks that users accessing reproductive technologies, placing them in a vulnerable state and legal uncertainty faced.*

PALABRAS CLAVE: ciencia, Estado de Derecho, tecnologías reproductivas, riesgos.

KEYWORDS: *science, state of law, reproductive technologies, risks.*

SUMARIO: *I. Objetivo II. Ciencia, Estado de Derecho y Tecnologías Reproductivas. III. La reproducción asistida en el derecho mexicano. IV. La gestación subrogada como caso paradigmático. V. Reflexiones. VI. Bibliografía.*

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit, maestrante en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, correspondencia a: ypalomabaez@gmail.com.

² Para los efectos de este ensayo utilizaré los términos técnicas para la reproducción humana asistida y tecnologías reproductivas como sinónimos, aunque epistemológicamente existen diferencias entre ambos conceptos no profundizaré por cuestiones de espacio y al no ser el objeto de estudio en esta ponencia.

I. OBJETIVO

La presente investigación pretende explicar la problemática de la Gestación Subrogada como un fenómeno de las tecnologías reproductivas mediante la descripción de los dilemas éticos que de su uso derivan, de igual manera identificar los instrumentos jurídicos que la regulan permitiendo determinar el *statu quo* de la reproducción asistida en México. El *quid* del debate se centra en la necesidad de replantear nuevos paradigmas en torno a los derechos y obligaciones del Estado de Derecho frente a las tecnologías reproductivas.

II. CIENCIA, ESTADO DE DERECHO Y TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS

En la actualidad, la ciencia y sus aplicaciones técnicas se han consolidado como una de los poderes extramuros del Estado,³ en consecuencia el desarrollo progresivo sigue a paso firme, mientras que las discusiones éticas sobre su implementación han quedado en el olvido. La reflexión filosófica se convierte en obligatoria cuando el uso de las tecnologías reproductivas puede generar discriminación y desigualdad social. La reproducción asistida cuestiona conceptos como la familia y la filiación, en esa tesitura; el derecho se encuentra rebasado por las aportaciones de la ciencia, puesto que esta última avanza a paso acelerado, contrario a la creación normativa, estableciendo una dicotomía entre ciencia y derecho, que no permite un empate entre la realidad social y la norma jurídica generando una serie de riesgos entre los que incluye incertidumbre jurídica y vulnerabilidad de derechos, reflejando la ineficacia por parte del Estado de Derecho frente a las tecnologías reproductivas. Los seres humanos nos hemos reproducido sin la necesidad de que el Estado nos reconozca este derecho, a los poderes públicos únicamente les ha correspondido abstenerse de imponer límites, interferir o controlar este tipo de decisiones que pertenecen a la esfera más íntima de las personas, para la reflexión teórica ¿tiene algún sentido analizar el concepto de Estado Derecho en el marco de las tecnologías reproductivas? Por su puesto que sí, uno de las finalidades de esta figura en su carácter ideológico es otorgar a los gobernados seguridad jurídica⁴ entendida esta como «la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos justos,

³ Pardo, José Esteve y Tejada Palacios, Javier, *Ciencia y Derecho: la nueva división de poderes*, Madrid-México, Fontamara, 2016, p. 10.

⁴ González de Cossío, Francisco, *El estado de derecho. Un enfoque económico*, México, Porrúa, 2007, p. 3.

transparentes, regulares y preestablecidos»,⁵ en un sentido estrictamente formalista, existe un 'Estado de Derecho' cuando «los individuos u órganos que conforman una sociedad se encuentran regidos por, y sometidos al, Derecho»⁶ incluyendo al Estado, su poder y su actividad,⁷ entonces ¿Cuál es el derecho válido que dé sustento a la obligación al Estado Mexicano de permitir el acceso y uso de las tecnologías reproductivas? De acuerdo con la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos del 10 de Junio de 2011, el Estado Mexicano no solo incluiría como derecho válido la legislación interna, sino que amplía el espectro a un marco legal internacional, por tanto, en materia de reproducción asistida, la protección de derechos vinculados con la salud reproductiva no se limita a la legislación mexicana, sino que también tendrían que usarse como marco de referencia los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, en efecto el derecho a fundar una familia como una maximización de derechos derivado del 1.º constitucional⁸ contempla que a través de principios como pro-persona e interpretación conforme los derechos contemplados por la Carta Magna se realice una interpretación extensiva mediante mecanismos jurídicos (garantías individuales) que se vincula directamente con los derechos sexuales y reproductivos de sus ciudadanos, en consecuencia tener hijos es una decisión que pertenece a la vida privada, además se encuentra estrechamente relacionada con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer y materializar este derecho.⁹ Esta interacción entre derecho interno-externo es lo que diversos teóricos han establecido como un nuevo paradigma de constitucionalismo supranacional, un modelo que se ha venido desarrollando como consecuencia de una evidente falta de regulación nacional, dónde los organismos internacionales son quienes han empezado a establecer precedentes, en lo que concierne al terreno de la reproducción asistida el Estado

⁵ Voz 'Seguridad Jurídica', Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 5.ª ed., México, Porrúa, 1992, tomo IV, p. 2885.

⁶ González de Cossío, *op. cit.*, p. 3.

⁷ Voz 'Estado de Derecho', Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 5.ª ed., México, Porrúa, 1992, tomo II, p. 1328.

⁸ «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia».

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y Otros «(Fecundación In vitro)» vs. Costa Rica. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 146.

Constitucional de Derecho se ha mostrado insuficiente para cumplir con sus derechos y obligaciones.

III. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL DERECHO MEXICANO.

La trascendencia social del ser humano a través de su descendencia con el objeto de prolongar su estirpe personal¹⁰ es una idea que domina en el terreno de la reproducción humana asistida, la cual es una realidad inminente en México, de acuerdo con datos proporcionados por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RedLARA)¹¹ existen 36 clínicas de las 184 acreditadas por dicha institución para la realización de reproducción asistida lo que representa el 19,56 % del total de sus centros¹² posicionando a México en tercer lugar a nivel Latinoamérica.

**NÚMERO DE NIÑOS NACIDOS POR REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN
LATINOAMÉRICA 1990-2011**

Posición	País	Núm. de nacimientos	% de nacimientos
1^{er} lugar	Brasil	50,775	44,4 %
2.^o lugar	Argentina	23,289	20,4 %
3 ^{er} lugar	México	15,140	13,2 %
4.^o lugar	Chile	6,759	5,8 %
5.^o lugar	Colombia	5,191	4,5 %

Fuente: tabla de elaboración propia con los datos obtenidos en «Estado actual de la reproducción asistida en Latinoamérica y el mundo» Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RedLARA), Datos Globales de Latino América

En ese sentido, si las tecnologías reproductivas son utilizadas en nuestro país, ¿Cómo ha regulado el Estado Mexicano la reproducción humana asistida? ¿Existe como tal un derecho a tener hijos? De acuerdo a lo establecido por el 4.º constitucional se tiene, el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número de hijos y los periodos de tiempo en que se desea tenerlos, reformulando el estado de la cuestión ¿es obligación del Estado Mexicano garantizar la reproducción de su población?, el mismo precepto solo señala que el Estado protegerá la organización y el desarrollo de la familia,

¹⁰ Rodríguez-Cadilla Ponce, María del Rosario, *Derecho genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Perú, San Marcos, 1997, p. 9.

¹¹ Establecido desde 1995, quienes se definen como una institución científica y educacional, que reúne más del 90 % de los centros que realizan técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica. Sitio Web Disponible en: http://redlara.com/aa_espanhol/default.asp.

¹² Este dato sin considerar todas aquellas clínicas no certificadas que operan de manera ilícita. Última fecha de consulta: 20 de julio de 2016. Disponible en: http://www.redlara.com/aa_espanhol/default.asp.

los anteriores cuestionamientos representan un punto medular en esta investigación, se busca determinar por un lado, la existencia de la obligación para el Estado Mexicano en un sentido formal, y por el otro el acceso a las TRHA en un sentido de posibilidad material, derivado de una interpretación extensiva se deduce que existe un derecho a formar una familia, pero la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no especifica el cómo (medios) ni la forma (procedimientos) mucho menos si se permite el acceso a tecnologías reproductivas, en la Ley General de Salud se expresa precisamente que corresponde a los gobiernos de las entidades federativas en materia de salubridad general la planificación familiar como un servicio básico de salud¹³ entre los cuáles incluye el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana¹⁴ lo que refleja que las treinta y dos entidades federativas tienen el imperativo de realizar investigaciones en dichos rubros de las cuales solo cuatro permiten al ciudadano de *iure* el beneficio del conocimiento científico (al establecerlo en sus constituciones locales: Chiapas, Campeche, Estado de México y Nayarit), a nivel internacional ya existe un precedente emitido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) a través de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CoIDH) con la sentencia Caso Artavia Murillo y Otros «*Fecundación In vitro (FIV)*» vs. Costa Rica, donde se condenó al Estado Costarricense permitir el acceso a la Fecundación *In vitro* (FIV) como una técnica de reproducción asistida,¹⁵ teniendo el deber de regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la misma, estableciendo sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de tecnologías¹⁶ debiendo además proporcionarlo como un servicio dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación¹⁷ mujeres y hombres mexicanos pueden utilizar dicha jurisprudencia para obtener beneficios en reproducción asistida al utilizar este precedente que tiene efectos vinculantes en el sistema jurídico mexicano, no obstante de tan progresista

¹³ Véase los artículos 2.º y 3.º Fracción V, 13 Inciso B Fracción I, 27 Fracción V y demás relativos a la Ley General de Salud.

¹⁴ Artículo 68, fracción IV de la Ley General de Salud.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 21, resolutive 1.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 21, resolutive 2.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 17, resolutive 4.

sentencia es menester puntualizar que en todos los casos se requiere de una conducta activa ‘un hacer’ por parte de las personas para que el aparato jurisdiccional entre en funcionamiento, y nos lleva al mismo punto de crítica ¿Quiénes pueden acceder a la justicia? Pues quienes pueden pagar un abogado especialista en litigio estratégico, lo que nos lleva a considerar si ¿es necesario regular con base en políticas públicas que permitan a toda la población acceder a las tecnologías reproductivas como un servicio de salud? *prima facie* se diría que sí, ya que el acceso a las tecnologías reproductivas a través de la judicialización del derecho a la protección de la salud permitiría que las personas con bajos recursos económicos pudieran hacer uso de ellas por problemas de salud vinculados con la infertilidad, hasta este punto estaría bien, el acceso a tecnologías reproductivas como un asunto de salud pública, un servicio brindado en el sector público de atención sanitaria, que busca evitar –desde un enfoque sociológico– que persista una perpetuación de la clase dominante (quienes pueden pagar), frente a una clase dominada (quienes no pueden pagar)¹⁸ pero las personas que padecen infertilidad ¿son las únicas que acceden a las tecnologías reproductivas? La respuesta es no, existen otros sectores de la población que hacen uso de ellas, las parejas del mismo sexo, por ejemplo: hombre-hombre que requieren un útero y ovocito, mujer-mujer o mujer soltera que requieren un donante de espermatozoides, o en su caso hombre soltero que desea ser padre necesitando un donante de óvulo, o inclusive parejas provenientes del extranjero –denominado por algunos autores¹⁹ como turismo reproductivo– entonces una de las posibles opciones, no solo consistiría en una regulación sanitaria sino en políticas públicas incluyentes que entiendan el derecho a la protección de la salud como, «el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad»²⁰ con la finalidad de que no se excluya, discrimine o distinga en acceso a tecnologías reproductivas basadas en la preferencia sexuales de las personas, pero

¹⁸ Álvarez Díaz, Jorge Alberto, «Bioética, infertilidad y técnicas de reproducción humana asistida: de la medicina clínica a la medicina social», *Salud Problema*, segunda época, año 5, núm. 10, julio-diciembre de 2011, pp. 8-22.

¹⁹ Cfr. Cohen, Jean, «Procreative tourism and reproductive freedom», *Reproductive biomedicine online*, 2006, vol. 13, núm. 1, pp. 145-146., También véase Pennings, Guido, «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», *Human reproduction*, 2004, vol. 19, n.º 12, pp. 2689-2694, Blyth, Eric y Farrand, Abigail, «Reproductive tourism-a price worth paying for reproductive autonomy?», *Critical Social Policy*, 2005, vol. 25, núm. 1, pp. 91-114 & Inhorn, Marcia C y Patrizio, Pasquale, «Rethinking reproductive «tourism» as reproductive «exile», *Fertility and sterility*, 2009, vol. 92, núm. 3, pp. 904-906.

²⁰ Definición establecida por la Organización Mundial de la Salud y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *el derecho a la salud*, folleto informativo núm. 31.

también siendo necesaria una educación sobre la construcción de nuevos modelos familiares, donde tener hijas (os) es una decisión que debe ser tomada de manera responsable e informada, donde la vinculación genética es irrelevante cuando de amar se trata, no siendo la única opción para tener descendencia, existiendo otras alternativas para fundar una familia como la adopción, a partir de este punto ¿Cuáles podríamos decir que son los dilemas ético-legales que subyacen como consecuencia de los procedimientos de Gestación Subrogada?

IV. LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO CASO PARADIGMÁTICO.

En México solo dos entidades federativas permiten esta figura, Sinaloa²¹ y Tabasco²², aunque la Gestación Subrogada es regulada por la legislación civil para que los particulares puedan acceder a ella, quien otorga las licencias sanitarias a las clínicas que realizan estos procedimientos es la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS). Entre los principales dilemas éticos que se pueden enlistar se tiene:

1. ¿Qué se debe hacer con los embriones supernumerarios sobrantes del procedimiento de fertilización *in vitro*?
2. ¿tienen los embriones dignidad humana?
3. ¿se puede experimentar con los embriones?
4. ¿es el cuerpo de la mujer un instrumento?
5. ¿quién es el dueño del material genético?
6. ¿pueden las madres subrogantes renunciar a la maternidad?
7. ¿son válidos los acuerdos de gestación subrogada?
8. ¿deberían de pagarse por estos acuerdos?
9. en casos de incumplimiento ¿Quién es la madre? ¿La genética, la biológica o la social?
10. ¿qué sucede cuando quienes contratan no quieren recibir al bebé?
11. ¿Qué sucede si peligra la vida de la madre subrogante?
12. ¿se le obliga a terminar con su embarazo?
13. ¿debe prohibirse o permitirse la gestación subrogada?

Estos son solo algunos de los conflictos que pueden surgir al hacer uso de la gestación subrogada, lo que nos plantea ¿el Estado de Derecho responde a estas preguntas? No, en eso radica el posicionamiento de este ensayo, en todos los riesgos que asumen quienes acceden a las tecnologías reproductivas, no solo jurídicos, también físicos, económicos e incluso sociales, dentro de esta perspectiva, se observa que la legislación resulta ajena a la reflexión ética.

²¹ En esta entidad federativa se encuentra regulada en el Código Familiar del artículo 282 al 297, capítulo V denominado de la Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada.

²² Del artículo 380 Bis al 380 Bis 7 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

V. CONCLUSIONES.

La recepción y aplicación de tecnologías reproductivas debería convertirse en un área prioritaria para el Derecho. La falta de discusión informada, responsable y argumentada por personal especializado en tecnologías reproductivas, la complejidad que representa el hecho en sí mismo, coloca en un estado de vulnerabilidad e incertidumbre jurídica a la población que accede a ella, de allí la importancia por realizar un llamado a regular por parte de las autoridades competentes. La Gestación Subrogada se debe examinar como un suceso complejo que no constituye un hecho social aislado (unidimensional), por el contrario es un fenómeno de carácter multifactorial, asumir que con la simple creación de la norma jurídica que regule esta conducta se resolverán todos los problemas sería caer en un solipsismo jurídico. El Estado de Derecho tiene la obligación de permitir el avance del conocimiento y tecnológico en materia de tecnologías reproductivas sin que ello implique una lesión a los derechos reproductivos de mujeres y hombres.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

- ÁLVAREZ DÍAZ, Jorge Alberto: «Bioética, infertilidad y técnicas de reproducción humana asistida: de la medicina clínica a la medicina social», *Salud Problema*, segunda época, año 5, núm. 10, julio-diciembre de 2011, pp. 8-22.
- BÁEZ BENÍTEZ, Yessica Paloma: «Propuesta metodológica para abordar dilemas bioéticos y jurídicos: maternidad subrogada caso paradigmático en Nayarit.», *Revista Jurídica del Poder Judicial del Estado de Nayarit*, México, núm. 78, año 13, octubre-diciembre 2013.
- CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE SINALOA: *Periódico Oficial*, México, 16 de agosto 2013.
- CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO: *Periódico Oficial*, México, 1 de mayo de 1997.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso Artavia Murillo y Otros «(Fecundación In vitro)» vs. Costa Rica. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco: *El estado de derecho. Un enfoque económico*, México, Porrúa, 2007.
- LEY GENERAL DE SALUD: *Diario Oficial de la Federación*, México, 7 de febrero de 1984.
- PARDO, José Esteve y TEJADA PALACIOS, Javier: *Ciencia y Derecho: la nueva división de poderes*, Madrid-México, Fontamara, 2016.
- RODRÍGUEZ-CADILLA PONCE, María del Rosario: *Derecho genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Perú, San Marcos, 1997, p. 9.
- VOZ 'ESTADO DE DERECHO': Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Diccionario Jurídico Mexicano, 5.^a ed., México, Porrúa, 1992, tomo II.
- VOZ 'SEGURIDAD JURÍDICA': Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Diccionario Jurídico Mexicano, 5.^a ed., México, Porrúa, 1992, tomo IV.

¿Debe el Estado favorecer la «democratización» de los grupos religiosos en aras de una mayor protección de los derechos fundamentales de los individuos que los integran?

Juan GONZÁLEZ AYESTA

Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

Desde hace algún tiempo, a la vista de la evolución de la jurisprudencia en algunos ámbitos relacionados con la libertad religiosa, me vengo interrogando sobre los problemas que puede suscitar la defensa por parte del Estado de ciertos derechos de los individuos dentro de los grupos religiosos. En esta breve comunicación no pretendo más que dar forma a algunas de esas reflexiones, aunque sea de una manera incipiente y necesariamente parcial e incompleta. De alguna manera, el propio título escogido, en forma de pregunta, pretende ya dar una idea de ese carácter incipiente de la reflexión. En todo caso, agradezco a los organizadores del III Coloquio Binacional México-España, haber tenido la oportunidad de exponer estas consideraciones en el marco de la temática general escogida, relativa a los «Derechos y Obligaciones en el Estado de Derecho».

Para situar el tema, comenzaré por referirme brevemente a tres casos resueltos hace unos pocos años por la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que han alcanzado una cierta notoriedad.

El primero de estos casos, fallado en 2010, fue el *Caso Obst contra Alemania*. El demandante era director de relaciones públicas para Europa de la Iglesia de los Santos de los Últimos días (más conocidos como *mormones*). Fue despedido por mantener una relación extramatrimonial, considerada contraria a los principios morales de dicha Iglesia; principios que él estaba obligado a respetar, conforme a las cláusulas de su contrato de trabajo.¹

¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Sección Quinta, *Caso Obst contra Alemania* (n.º 425/03), de 23 de septiembre de 2010. El texto completo en francés está disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100463>.

El segundo caso, fallado también, en 2010, y muy similar en cuanto al fondo, fue el *Caso Schüth contra Alemania*. En este caso se trataba del organista de una parroquia católica, que, tras separarse de su esposa, tuvo un hijo con otra mujer, con la que convivía. Fue despedido por incumplimiento de las normas que regulan el estatuto de los empleados de la Iglesia católica en Alemania, concretamente en lo relativo a la doctrina sobre el matrimonio.²

El tercer caso, del año 2011, es el de Siebenhaar contra Alemania. La Sra. Siebenhaar trabajaba en una guardería dependiente de una parroquia protestante. Fue despedida cuando la dirección del centro supo que impartía cursos de iniciación en la llamada Iglesia de la Hermandad Universal, una comunidad religiosa ajena al protestantismo.³

En estos tres casos, los tribunales alemanes consideraron que los despidos eran procedentes y ajustados a derecho. Los demandantes, por su parte, entendieron que el Estado, al confirmar los despidos, no había protegido adecuadamente sus derechos fundamentales frente a sus respectivas Iglesias y, por ello, acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Concretamente, en los casos de Obst y Schüth, fue invocada la violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar».⁴ Por su parte, en el caso Siebenhaar, la demandante alegó que se había violado su derecho a

² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Sección Quinta, *Caso Schüth contra Alemania* (n.º 1620/03), de 23 de septiembre de 2010. El texto completo en inglés está disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100469>.

³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Sección Quinta, *Caso Siebenhaar contra Alemania* (n.º 18136/02), 3 de febrero de 2011. El texto completo en francés está disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103236>.

⁴ El texto completo del artículo 8 del Convenio, dice así: «Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 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.

la «libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», protegido por el artículo 9 del Convenio.⁵

No es necesario, ni sería tampoco posible por razones de espacio, explicar ahora con mayor detalle las circunstancias concretas de cada uno de estos casos, ni las motivaciones de los respectivos fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no siempre favorables a los demandantes. Es suficiente mencionar que tales sentencias se colocan en el marco de una evolución de la jurisprudencia de ese Alto Tribunal, tendente a ofrecer mayores garantías, en la protección de los derechos humanos dentro los grupos religiosos.

En esa evolución, y siguiendo lo señalado por algún autor⁶, se pueden señalar tres fases o momentos:

En una *primera fase*, se consideraba que ciertos derechos individuales de los miembros de un grupo religioso, como los que afectasen, por ejemplo, a su vida familiar o a su libertad de expresión, quedaban tutelados por la posibilidad de dejar el grupo en cualquier momento. Es decir, quien discrepase o no estuviese conforme con la doctrina o los principios de una confesión religiosa, siempre tendría el recurso de abandonarla libremente.

En una *segunda fase*, se entendió que la tutela debía ir más allá, entendiéndose que era al menos necesaria la existencia de procedimientos internos para la resolución de los conflictos, en los que se respetase el derecho de defensa de las partes implicadas. De este modo, en el caso de una controversia entre el Grupo y alguno de sus miembros, el Estado debería verificar si se había hecho un uso correcto de tales procedimientos,

⁵ El texto completo del artículo 9 es el siguiente: «Artículo 9.- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

⁶ Cfr. I. CISMAS, *Religious actors and International Law*, Oxford University Press: New York, 2014, pp. 137-144.

dando a la parte implicada la oportunidad de defender sus derechos de manera adecuada.

En la *tercera y última fase*, el control va más allá. El Estado debe verificar si, en caso de conflicto entre una institución religiosa y alguno de sus miembros, las autoridades de aquella han procedido a valorar de modo equilibrado y en buena fe los derechos de este último frente a los suyos propios. En este sentido, se exigiría de las confesiones religiosas una mayor sensibilidad hacia los derechos de sus fieles y un mayor compromiso para respetarlos.

Llegados a este punto, la cuestión es el alcance que haya de darse a esta última exigencia, para que se mantenga dentro de unos límites razonables, sin invadir esferas o ámbitos que pertenezcan a la legítima autonomía de las confesiones religiosas, en cuanto sujetos titulares del derecho de libertad religiosa.⁷

Habría, por tanto, que preguntarse cómo debería actuar el Estado para armonizar adecuadamente los distintos intereses en juego: por un lado, la salvaguardia de la dignidad y los derechos de los fieles de una confesión religiosa; y, por otro, el respeto de la legítima autonomía de los grupos religiosos, en todo aquello que afecte su núcleo más íntimo.

Si se pierden de vista los derechos de las confesiones y el interés solo se centra en la protección de los derechos individuales de sus miembros, entonces esa pretendida defensa de los derechos humanos podría convertirse en una especie de Caballo de Troya. El Estado podría infiltrarse sutilmente en ámbitos de la vida interna de las iglesias, confesiones o comunidades, arrogándose un papel de árbitro en materias en las que debería permanecer al margen (por ejemplo, las doctrinas religiosas sobre el matrimonio, la familia, la sexualidad, la educación religiosa o moral, etcétera),

⁷ En el caso de España, un claro reflejo de esa legítima autonomía de la que hablamos, la encontramos en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, que dispone lo siguiente: «Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas *tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal*. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquellas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación» (la cursiva es mía).

corriendo el riesgo de atentar contra el principio de laicidad y contra la exquisita neutralidad que debería mantener en el terreno religioso.

A esta problemática alude Navarro Valls, tomado como punto de referencia dos casos del año 2011, similares a los tres antes señalados, relativos al despido de profesores de religión: uno en España y otro en Estados Unidos. Los pronunciamientos judiciales fueron diversos: favorable a la trabajadora el de España y favorable a la autonomía de la confesión religiosa el de Estados Unidos. Para el citado autor, el análisis de los casos muestra que, en Estados Unidos, la separación entre el Estado y las iglesias opera en ambos sentidos, de modo que hay un efectivo respeto de los mutuos ámbitos de autonomía; pero, en cambio, en el caso de España, la separación parece operar solo de manera unilateral: las iglesias no han de interferir en el ámbito estatal, pero el Estado sí se entromete, en ocasiones, en la vida interna de las confesiones.⁸ Y lo hace, precisamente, alegando la defensa de los derechos de los individuos. Este es el Caballo de Troya al que antes me refería.

Creo que, en ese contexto de las relaciones entre los grupos religiosos y sus miembros, resulta decisivo advertir que no todos los derechos tienen la misma relevancia o el mismo peso. Hablamos de derechos humanos en general, pero es imprescindible, a mi juicio, hacer algunas distinciones.

Por un lado, hay derechos que el Estado siempre debe proteger y tutelar, ya que son parte irrenunciable del Estado de Derecho. Aquí entrarían algunos de los tradicionales derechos de libertad, en particular todos los que guardan relación con la protección de la vida, de la integridad física y moral, de la seguridad y de la libertad de movimientos. En las relaciones con sus miembros, así como en su organización y normas internas, los grupos religiosos deben respetar, en todo caso, estos derechos. Conforman un mínimo irrenunciable de protección básica de los individuos, que debe considerarse parte del orden público y que, por tanto, opera como límite a la libertad religiosa, tanto en nuestra Constitución, como en los textos internacionales.

⁸ Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Entre dos orillas. De Barack Obama al Papa Francisco*, EIUNSA, 2014. La referencia a los casos indicados en el cuerpo, se puede encontrar en la parte dedicada a «Relaciones laborales y libertad religiosa» (pp. 247-254); pero también resulta de interés, a efectos de lo que señalo en esta comunicación, la parte titulada «La Larga sombra del regalismo laicista. Los desafíos actuales a la libertad religiosa» (pp. 239-243).

Pero hay otros derechos, cuyo ejercicio en el seno de un grupo religioso puede estar matizado o condicionado por la previa decisión libre del individuo de integrarse en un grupo religioso y de asumir en determinados compromisos u obligaciones. Comenzando por la propia libertad religiosa, que, dentro de una iglesia, confesión o comunidad religiosa, no puede invocarse para sostener opiniones, conductas o actuaciones contrarias a la doctrina, la organización o el régimen institucional del grupo religioso de que se trate. En este sentido, el Estado no debe constituirse en garante de un presunto derecho a disentir dentro de las confesiones religiosas, impidiendo que estas puedan adoptar las medidas previstas en sus normas internas para sancionar a los miembros que asumen abiertamente principios o doctrinas no conformes con los de la propia confesión. Y algo parecido puede decirse de otros derechos, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida familiar o contraer matrimonio. En este sentido, si una confesión religiosa adoptase determinadas medidas disciplinarias contra un miembro por contraer matrimonio civil, cuando dicho miembro había asumido previamente un compromiso de celibato, el Estado debería abstenerse de intervenir, alegando que tales medidas serían contrarias al *ius connubii* o al derecho a la vida familiar.⁹

Finalmente, no se puede olvidar que hay derechos humanos relacionados con la libertad de asociación, cuyo ejercicio da lugar a la creación de nuevos sujetos colectivos. Esta circunstancia también resulta muy relevante en relación con el tema que ahora estamos tratando, como se puso de relieve otro interesante caso resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2013.

⁹ No obstante, hay quienes sostienen todo lo contrario y no solo consideran que en ese tipo de situaciones el Estado debería de intervenir para proteger los derechos del individuo frente a la confesión religiosa, sino que van más allá, entendiendo que las mismas normas confesionales que establecen un compromiso celibatario habrían de ser tenidas por contrarias a los derechos humanos. De nuevo vemos aquí la separación entendida unilateralmente y la tentación, bajo apariencia de garantía de los derechos humanos, de organizar la vida y la doctrina de las iglesias, según parámetros conformes con la mentalidad dominante o con lo políticamente correcto. Para Navarro-Valls, «la tendencia a inmiscuirse en los asuntos internos de las religiones recuerda [...] las viejas formas de regalismo estatal de las monarquías absolutistas, esto es, la tendencia del poder civil de dirigir y controlar los asuntos internos eclesiásticos, en especial, en materia disciplinar» (R. NAVARRO-VALLS, *Entre dos orillas...*, ob. cit., p. 243).

Se trataba del caso que enfrentaba a un grupo de sacerdotes de la Iglesia Ortodoxa de Rumanía contra este último país. Los recurrentes habían pretendido fundar un sindicato para la defensa de sus derechos laborales, pero no pudieron hacerlo porque las autoridades estatales denegaron su inscripción. Para los recurrentes, la denegación de la inscripción suponía una violación del art. 11 del Convenio, que protege la libertad de asociación, incluyendo expresamente el derecho a sindicatos para la defensa de sus intereses.¹⁰

En un primer momento, la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dio la razón a los demandantes,¹¹ pero el fallo fue apelado por Rumanía, pasando entonces a la Gran Sala. Esta última, revisó la decisión inicial y consideró que la negativa a inscribir el sindicato, aun constituyendo una injerencia en la libertad sindical de los demandantes, no había supuesto una violación del art. 11 del Convenio.¹²

En este caso, junto a los derechos de los sacerdotes que pretendían fundar el sindicato, por un lado, y a los derechos de la Iglesia Ortodoxa de Rumanía, por otro, había que tener presentes los derechos del ente que se pretendía crear como tal, es decir los derechos del futuro sindicato. En efecto, un sindicato, una vez creado, es distinto de sus miembros y tiene sus propias normas de funcionamiento. De este modo, los derechos del grupo religioso, en este caso de la Iglesia Ortodoxa de Rumanía, no solo habrían de

¹⁰ El texto completo del artículo 11 es el siguiente: «Artículo 11.- Libertad de reunión y de asociación: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, *incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.* 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado» (las cursivas son mías).

¹¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Sección Tercera, *Caso Sindicatul «Păstorul Cel Bun» contra Rumanía* (n.º 2330/09), 31 de enero de 2012. El texto completo en inglés está disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108867>.

¹² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Gran Sala, *Caso Sindicatul «Păstorul Cel Bun» contra Rumanía* (n.º 2330/09), 9 de julio de 2013. El texto completo está disponible en español en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128397>.

armonizarse con los de sus miembros singularmente considerados, sino también con los derechos propios de ese nuevo sujeto colectivo. Esa fue una de las razones por las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló a favor de Rumanía en el caso mencionado. El Tribunal entendió que la negativa a inscribir el sindicato no violaba el Convenio Europeo de Derechos Humanos y era una injerencia justificada y proporcionada para proteger la legítima autonomía de la Iglesia Ortodoxa Rumana.

En definitiva, y con esto concluyo, no es misión del Estado «democratizar a las Iglesias», en el sentido de pretender que estas hayan de respetar todos los derechos de sus miembros *en la misma medida y manera* en que han de hacerlo los poderes públicos. Y es que, cuando los derechos se ejercen en el seno de un grupo religioso, resulta imprescindible armonizarlos con los derechos del grupo en cuanto tal, en particular con su legítima autonomía de organización y funcionamiento, así como con su régimen disciplinar, en la medida en que sirve para salvaguardar su propia identidad.

DIVERSIDAD FAMILIAR Y POLÍTICAS PÚBLICAS: NUEVOS RETOS DEL ESTADO DE DERECHO

Alma Viridiana MONTIEL NÚÑEZ

División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho

Universidad Nacional Autónoma de México

RESUMEN: Los avances tecnológicos en materia reproductiva y los matrimonios entre personas del mismo sexo han sido factores de influencia para replantear el concepto de familia el cual ha evolucionado en los últimos años, en un principio tenía un objetivo biológico más que social, como consecuencia nacen nuevos modelos de familias que han superado el «modelo tradicional». El presente escrito tiene como objetivo realizar un estudio holístico que coadyuve, por un lado, en el ámbito legislativo para el reconocimiento de nuevos modelos familiares mediante la autonomía de esta disciplina como rama del Derecho, y por el otro la elaboración de políticas públicas incluyentes que den soporte a esta norma jurídica evitando violaciones a derechos humanos y conformando un verdadero Estado de Derecho Garantista.

FAMILY DIVERSITY AND PUBLIC POLICIES: NEW CHALLENGES THE RULE OF LAW

ASBTRACT: Technological advances in reproductive matters and marriages between same sex have been influencers to rethink the concept of family, which evolved in recent years, initially had a biological target rather than social, as a consequence are born new models of families who have passed the "traditional model". The present paper aims to make a holistic study that contributes, on the one hand, in the legislative area for the recognition of new family models by the autonomy of this discipline as a branch of law, and on the other the creation of public policies inclusive that give support to this legal rule preventing human rights violations and forming a genuine State of law Guarantor.

PALABRAS CLAVE: Estado de Derecho, diversidad familiar, políticas públicas, derechos humanos.

KEYWORDS: Sate of law, family diversity, public policy, human rights.

SUMARIO: I. Introducción. II. Autonomía del Derecho Familiar. III. Estado de Derecho Garantista. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

La presente ponencia es resultado de la investigación que se está realizando sobre la relevancia actual de la materia Familiar en la Ciudad de México (CDMX) y la posibilidad de su autonomía respecto del Derecho Civil, defendiendo una visión amplia del concepto de Derecho Familiar, que se comprende «como argumentación, tanto de reglas como de principios y valores»,¹ y que se encarga del estudio de la pluralidad de familias fruto de la sociedad moderna, salvaguardando los derechos humanos de los sujetos involucrados, teniendo como finalidad una relación de convivencia recíproca y ayuda mutua. Para tal efecto, la metodología empleada consiste en el análisis documental que nos proporcione una panorámica del *statu quo* de la familia en el ordenamiento jurídico mexicano e identificar necesidades legales de los nuevos modelos de familia.

En la actualidad, los movimientos sociales de los grupos lésbico, gay, bisexual, transexual, travesti, transgénero e intersexual (LGTGTBI) como el ocurrido el 2 de julio del 2016 en la CDMX constituyó una manifestación en donde el lema fue «todas las familias, todos los derechos», y en la que se demandaba un reconocimiento a la diversidad familiar, participando diferentes sectores de la sociedad en general como instituciones bancarias, embajadas, figuras públicas entre otros, demostrando la solidaridad del pueblo mexicano y una muestra de la apertura mental que permite el rompimiento de paradigmas conservadores basados en prejuicios morales más que éticos. Estos eventos aunados a las luchas sociales de asociaciones civiles y personal jurídico han impactado en las autoridades legislativas logrando avances como la reforma publicada en la *Gaceta Oficial* de la CDMX el 29 de diciembre de 2009, que entró en vigor en marzo del 2010 y que contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo dando paso a nuevos modelos de familias, logrando así que el tema sea sometido a la discusión pública.

¹ Cárdenas Gracia, Jaime. *Manual de argumentación jurídica*, México, Porrúa, UNAM, 2014, pág. 165.

Las anteriores modificaciones evidencian la necesidad del estudio por parte de la ciencia jurídica sobre los nuevos tipos de familias, que debe ser analizado desde una óptica tridimensional, remitiéndonos a la teoría de los tres planos de lo jurídico² propuesta por Cipriano Gómez Lara, el plano de lo conceptual, normativo y fáctico. El Derecho Familiar como objeto de la ciencia jurídica está en constante movimiento, es una realidad dinámica y compleja que busca ajustarse a los cambios que la sociedad demanda, el legislador como funcionario público asume la responsabilidad de empatar la norma jurídica con la realidad social y que esta se adecúe a los modelos de familia, consolidando un verdadero Estado de Derecho que cumpla con su obligación de protección a la base social: la familia.

II. AUTONOMÍA DEL DERECHO FAMILIAR.

En el caso de la legislación de la CDMX la materia familiar se encuentra regulada en el *Código Civil del Distrito Federal (CCDF)*, cuando el Derecho Familiar ya cuenta con autonomía pedagógica, científica y judicial, razón suficiente para que sea considerada como disciplina independiente y en consecuencia tenga autonomía legislativa. La materia familiar al poseer su propia naturaleza jurídica que le atribuye el *CCDF* debe ser autónoma, prescribiendo que los asuntos que atañen a la misma son de orden público, es decir, tienen el carácter de irrenunciables como es el caso de los alimentos, así como de interés social, contrario a la naturaleza jurídica de los asuntos de materia civil que son de naturaleza privada.

En este orden de ideas el modelo de familia ha mutado, quedando desfasada la familia tradicional establecida en la edad media que buscaba la transmisión del patrimonio, siguiendo con la familia moderna desde el siglo XVIII y hasta mediados del siglo XX en donde la base era el matrimonio, y por último la que se concibe desde mediados del siglo XX hasta la actualidad, donde imperan los temas de reproducción biológica asistida, de desarrollo personal y social, dándole importancia a la afectividad y seguridad que se transmite entre sus miembros.³ Del último modelo se desprende que la familia, se debe entender como «aquél conjunto de personas, unidas por un lazo de filiación, adopción,

² Gómez Lara, Cipriano. *Sistemática procesal*, México, Oxford University Press, 2006, pág. 16.

³ Cfr. Carbonell José (*et al.*) «Las familias en el siglo XXI: Una mirada desde el Derecho», t. *La Revolución en Marcha. La transición demográfica y el surgimiento de nuevas formas de convivencia familiar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pág. 62 y 63

matrimonio, concubinato u otra que tenga por objeto la realización de una comunidad de vida, o bien actos de solidaridad y que puedan o no habitar en el mismo lugar».⁴

En conclusión, la naturaleza del Derecho Familiar corresponde a planos diferentes, tanto conceptual, normativo y fáctico, del Derecho Civil, ya que el primero protege a todo lo relacionado con la guarda y custodia, alimentos, visitas y convivencias. En cambio, el Derecho Civil posee un carácter formalista y rigorista, el cual prevé asuntos como contratos de compra-venta, arrendamiento, reivindicaciones, ejemplos vinculados con la posesión o la propiedad de un bien material, es decir; se revisan cuestiones de forma y no de fondo, razones suficientes para que el Derecho Familiar tenga autonomía del Derecho Civil.

III. ESTADO DE DERECHO GARANTISTA.

Ahora bien, ¿tiene algún objetivo analizar los derechos y obligaciones del Estado de Derecho frente a los nuevos modelos familiares? Claro que sí, el Estado de Derecho busca otorgar seguridad jurídica a sus gobernados, para los efectos de esta ponencia utilizaré la teoría garantista de Luigi Ferrajoli, quien, en primer plano, divide al Estado de Derecho en dos modelos, el primero perteneciente al Estado legislativo de Derecho, al cual le atribuye un sentido de debilidad ya que este se constituye con la existencia de legislación apegada a un procedimiento que solo exige forma, y relacionado con el positivismo jurídico, en donde lo que impera es que dicha legislación este elaborada con un procedimiento previamente establecido y por una autoridad competente⁵, con lo cual se le atribuye el carácter de válido, dejando de lado si es justo o no. Lo anterior no es funcional a los nuevos modelos de familia ya que estos necesitan de mayor flexibilidad. El segundo modelo, comenzó con la transición del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional del Derecho, el cual está supeditado a una Constitución que incluye principios y derechos fundamentales, que garantizan el bienestar familiar materializándose con los temas de alimentación, educación, vivienda y seguridad social, ejerciendo control sobre la legislación vigilando su contenido en todo momento ya que este se convierte en condición de validez, por lo que debe ir acorde a los principios establecidos por la Constitución y no solo cumpliendo los requisitos de formalidad, así pues la Constitución es eje rector, de donde se desprenden la legislación

⁴ *Ibidem* pág. 64.

⁵ Carbonell, Miguel (*et al.*) *Estado de derecho. Concepto, fundamento y democratización en América Latina*, t. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, México, Siglo Veintiuno editores, 2002, pág. 190

que pasa a ser secundaria, por lo que, aparte de contener derechos fundamentales, también contiene obligaciones y prohibiciones que si no los prevé la legislación pueden generar antinomias y lagunas, sin embargo, ante una contradicción entre la Constitución y la legislación, siempre se debe estar a lo establecido por la primera.⁶

En México, el Estado de Derecho es insuficiente en el plano constitucional, pues con la reforma que se realizó a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, condujo a un cambio paradigmático, donde los derechos humanos son reconocidos expresamente en dicho documento, todos los operadores jurídicos mexicanos están obligados a ejercer un control convencional mediante el uso de tratados internacionales, en virtud el Estado de Derecho se constituye como una nueva figura supeditándose a un consenso de carácter supranacional, que en palabras de Ferrajoli: ya no tiene nada del viejo estado y sin embargo conserva las formas y las garantías constitucionales del mismo.⁷

Esta nueva forma de Estado de Derecho Supranacional la podemos ver reflejada en un caso relevante suscitado en Chile en contra de Atala Riffo,⁸ quien tuvo que acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) porque fue víctima de actos de discriminación debido a su orientación sexual, ya que tanto los juzgados menores de Villarrica como la Corte Suprema de dicho país fallaron la custodia de sus tres hijas a favor del padre, quien inicio juicio de custodia en contra de Riffo, haciendo consideraciones hipotéticas sobre el rechazo social que sufrirían las niñas si vivían bajo el cuidado de la madre, transgrediendo dichas instancias judiciales la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que protege tanto la orientación sexual como la identidad de género de las personas. Así pues, las consideraciones de los órganos jurisdiccional chilenos no tienen fundamento a luz de la Convención, ya que una forma de resolver la custodia es basándose en una evaluación sobre el comportamiento de los padres y el impacto que este pueda tener sobre los niños lo que arrojará una información real y probada, y no una simple especulación. Una conclusión a la que llegó la CIDH es que no se puede admitir una

⁶ *Ibidem*, pág. 192.

⁷ *Ibidem*, pág. 201.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas *vs* Chile. Sentencia de fecha 24 de febrero de 2012. Disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf [25 de agosto de 2016].

consideración basada en estereotipos, es decir no podemos dar por hecho cuáles son las características que poseen las personas homosexuales.

Así pues, se debe de consolidar un Estado de Derecho que impulse el avance social, cultural e institucional con un enfoque incluyente de todo el abanico de posibilidad que pueden conformar una familia, ya que en el ámbito supranacional la CADH no define a la familia bajo un concepto cerrado ni protege un solo modelo, por lo que la legislación familiar debe evolucionar adecuándose a los nuevos modelos de familia maximizando sus derechos dando paso a su pleno desarrollo ya que la conformación de las familias es variable aunado a ello el matrimonio deja de ser presupuesto para la consolidación de las mismas, lo anterior sustentado en que la conformación de una familia debe alcanzar ciertos fines, como la solidaridad y ayuda mutua, que no son necesariamente, ni de facto, consecuencia del matrimonio y que la CADH considera que el concepto de familia también debe abarcar otros tipo de lazos como la vida en común fuera del matrimonio, en esa tesitura, ¿tiene algún sentido legislar en materia de nuevos modelos de familia mediante la autonomía del Derecho Familiar? sí, porque es una oportunidad para construir una norma jurídica que se apegue a la realidad social y por tanto, sea incluyente de todos los modelos de familia.

IV. CONCLUSIONES.

Habiendo visualizado el modelo garantista de Luigi Ferrajoli, se puede deducir que el discurso del Estado de Derecho debe estar fundamentado en la autonomía del Derecho Familiar como una disciplina que maximice los derechos de las familias y a la par la creación de políticas públicas que garanticen el bienestar de las familias en un sentido material, incluyendo los temas básicos que la conforman: alimentación, educación, vivienda y seguridad social, esparcimiento, entre otros.

Las políticas públicas deben construirse como verdaderas acciones por parte del gobierno para ser analizadas y discutidas, con la finalidad de generar soluciones en conjunto, y con el objetivo de «consolidar una cultura familiar anclada en la

corresponsabilidad, el diálogo, el respeto a los derechos humanos y la equidad de género en las relaciones».⁹

Para tal efecto, en el ámbito teórico se distinguen las siguientes políticas públicas:

1. Políticas de familia: el objetivo es normar las relaciones internas de los integrantes de las familias y sus formas de constitución, desarrollo y disolución. Estos tipos de programas tratan de conformar estructuras familiares ideales de acuerdo con el modelo tradicional de familia.
2. Políticas referidas a las familias: cuyo objetivo es fortalecerlas y auxiliarlas. Por medio del apoyo a las mujeres en sus tareas de cuidado, crianza y socialización de sus miembros, conforme al esquema tradicional familiar.
3. Políticas orientadas para las familias: parten de una concepción amplia de familia y al mismo tiempo representan una nueva articulación entre el trabajo, para el mercado, el trabajo doméstico y la provisión de bienestar por parte del Estado, orientado por los derechos y la ciudadanía social en el interior y exterior de las familias. Este tipo de políticas promueven la equidad y la igualdad entre los integrantes de las familias y refuerzan la legitimidad y el acceso a los derechos de la diversidad de arreglos familiares.¹⁰

De lo anterior se desprende que, para que el Estado de Derecho cumpla con sus obligaciones se necesitan la creación de «Políticas orientadas para las familias», ya que las dos primeras son formuladas para las «familias tradicionales» al extremo de considerar que si los sujetos que las integran no se ajustan a dicho modelo son estigmatizadas como «familias disfuncionales».

Un Estado de Derecho garantista tiene la obligación de erradicar la discriminación a los nuevos modelos de familia, siendo «necesario también sensibilizar, capacitar y formar de manera sistemática a los prestadores de servicios y a los funcionarios de los programas respecto a los cambios y necesidades de las familias en su diversidad y complejidad»¹¹

⁹ Lerner, Susana y Melgar, Lucia (coordinadoras) *Familias en el Siglo XXI: realidades diversas y políticas públicas*. México, UNAM, El Colegio de México A. C., 2010, pág. 30.

¹⁰ Lerner, Susana, *op. cit.* T. *Políticas públicas y familias en México. Tendencias y desafíos*. Págs. 353 y 354.

¹¹ *Ibíd.*, pág. 357.

Es importante que dichas políticas públicas sean elaboradas bajo el *principio de universalidad*, con ello efectivamente serán beneficiadas la diversidad de familias convergentes en la actualidad, al mismo tiempo «debe dotarse a las instancias que promueven la equidad de género de una institucionalidad efectiva para que puedan apoyar la coordinación de las políticas y los programas orientados a las familias». ¹²

Como conclusión, se destaca la importancia del estudio multidisciplinario sobre los nuevos modelos familiares, primordial para lograr la transformación en la legislación interna, no solo en las políticas públicas sino en dotar de total y absoluta autonomía al Derecho Familiar, este compromiso se debe adquirir para lograr la consolidación de un Estado de Derecho Garantista, donde los funcionarios públicos se desempeñen con ética y responsabilidad, para la identificación participación y exposición de problemáticas jurídicas que aquejen a los nuevos modelos de familia.

De tal suerte, se necesita un nuevo pacto social entre el Estado, a través de sus tres niveles de gobierno, y la sociedad en conjunto, manejando un concepto respetuoso basado en derechos humanos, que promueva una efectiva conciliación entre sus integrantes, ya que la familia seguirá siendo considerada «como grupo primario de convivencia, seguridad, protección y afecto de los seres humanos». ¹³

Bibliografía.

- GÓMEZ LARA, Cipriano: Sistemática procesal, México, Oxford University Press, 2006, 261 páginas.
- CARBONELL, Miguel (*et al.*): «Estado de derecho. Concepto, fundamento y democratización en América Latina», t. Pasado y futuro del Estado de Derecho, México, Siglo Veintiuno editores, 2002, 373 páginas.
- LERNER, Susana y MELGAR, Lucia (coordinadoras): Familias en el Siglo XXI: realidades diversas y políticas públicas. México, UNAM, El Colegio de México A. C., 2010, 446 páginas.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

Contacto: montielviridiana@gmail.com

¹² Ídem

¹³ Ibídem, pág. 435

**DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, OBLIGACIÓN DE
LOS ESTADOS DE DERECHO EN UN MUNDO GLOBALIZADO**

***RIGHT TO THE PROTECTION OF PERSONAL DATA, OBLIGATION OF THE
STATES OF LAW IN A GLOBALIZED WORLD***

Bithia CASTILLO SIERRA¹

Universidad Nacional Autónoma de México

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad evidenciar la necesidad de los Estados de Derecho de mantener niveles adecuados de protección de datos personales frente a los inminentes avances en las tecnologías de la información, a efecto de garantizar la seguridad e integridad de las personas. Actualmente, España como miembro de la Unión Europea, mantiene altos índices de protección de los datos personales, sin embargo, corre el riesgo de ser rebasado por los desarrollos tecnológicos que día a día vulneran la privacidad de los individuos. Por su parte, México, aunque en un principio estableció una regulación normativa en materia de datos personales similar a la española, hoy en día requiere de una profunda transformación y actualización que le permita ofrecer niveles altos de protección y, consecuentemente, fortalecer el ejercicio y goce de los derechos humanos.

ABSTRACT

This paper aims to highlight the need for constitutional States to maintain adequate levels of protection of personal data against impending advances in information technology, in order to ensure the safety and integrity of individuals. Currently, Spain as a member of the European Union, maintains high levels of protection of personal data; however, it risks being overtaken by technological developments daily violate the privacy of individuals. Mexico, although initially established a normative regulation regarding personal data similar to the Spanish, today requires a deep transformation and upgrade enabling it to offer high levels of protection and, consequently, strengthen the exercise and enjoyment of human rights.

¹ Alumna de la Maestría de Derecho impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; dirección: calle 309 A n.º 69, Col. El Coyol, C. P. 07420, Gustavo A. Madero, Ciudad de México; correo electrónico: bikkasi27@gmail.com

I. DATOS PERSONALES Y SU PROTECCIÓN

El desarrollo tecnológico y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales; su almacenamiento, tratamiento e intercambio ha aumentado de manera significativa a partir de las últimas décadas del siglo XX, por lo que los Estados de Derecho tienen la responsabilidad de desarrollar un marco jurídico sólido en materia de protección de datos personales, coherente con el respeto a la dignidad humana y con los derechos humanos, de manera que los titulares de los datos mantengan el control de su información personal aun cuando esté en posesión de empresas privadas o autoridades públicas que los recaben y utilicen para sus actividades. Contrario a lo anterior, los vacíos legales, ambigüedad y vaguedad en la legislación de este derecho, da lugar a injerencias arbitrarias en la vida privada de las personas y violaciones a su libertad, y con ello, menoscabo a la integridad humana.

Los datos personales dan identidad a una persona, la describen y precisan sus características físicas, origen, edad, lugar de residencia, trayectoria académica, laboral o profesional, etcétera. Entre los datos personales se distinguen los datos personales sensibles que corresponden a la esfera más íntima de la persona, cuya indebida utilización puede dar origen a acciones de discriminación o propiciar riesgos graves para su titular, toda vez que revelan aspectos como origen racial o étnico, estado de salud física o mental, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas, preferencia sexual,² los cuales pueden estar expresados en forma numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o en cualquier otra modalidad. Las características de los datos personales dejan al descubierto su indispensabilidad para que su titular sea identificado e interactúe en sociedad con otros individuos, organizaciones y el Estado, que utilizan sus datos para diversos fines ya sean comerciales, de prestación de servicios, salud u otros. Por otra parte, la posesión de datos personales otorga un conocimiento detallado de cada titular de los datos, lo cual puede ser utilizado para fines ilegales e ilegítimos como discriminación, robo de identidad, fraudes y desprestigio, entre muchos otros.

El derecho a la protección de datos personales, es el derecho humano que da a cada persona el poder de decidir quién, cuándo y cómo utiliza o no sus datos personales. José Luis Piñar

² Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de julio de 2010, artículo 3 fracción VI.

Mañas señala que este derecho fundamental a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades que consisten en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización y omisión de determinados comportamientos concretados en la ley.³ Actualmente, Europa es el continente donde la protección de datos ha alcanzado niveles más elevados, teniendo fundamento en el Convenio 108 del Consejo Europeo que es el primer instrumento internacional vinculatorio en materia de protección de datos. Los objetivos de este Convenio consistieron en otorgar un marco legal con principios y normas para prevenir la recolección y el tratamiento ilegal de datos personales, por lo que los países firmantes se comprometieron a adecuar su legislación nacional a lo establecido en este instrumento e implementar los principios básicos para la protección de datos, que a continuación se mencionan: *a)* se obtendrán y tratarán leal y legítimamente; *b)* se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas finalidades; *c)* serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado; *d)* serán exactos y si fuera necesario puestos al día; y *e)* se conservarán bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un periodo de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado.⁴

De esta manera, a través del Convenio 108 se limitó el uso de datos personales por parte de los sectores público y privado de los Estados firmantes, y se establecieron los principales fundamentos del derecho a la protección de datos personales que hoy en día forma parte de los derechos fundamentales regulados por diversos sistemas jurídicos en Europa, América, Oceanía y África.

II. NIVEL ADECUADO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

En materia de tratamiento de datos personales y su circulación, la Unión Europea se rige por la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, publicada en 1995. No obstante, con la finalidad de actualizar, modernizar y reforzar las normas contenidas en la

³ Piñar Mañas, José Luis, *El derecho fundamental a la protección de datos personales*, Madrid, España, Agencia Española de Protección de Datos, 2005, p. 23.

⁴ Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

citada Directiva, el 27 de abril de 2016, se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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), que tiene por objeto mejorar el nivel de protección de los datos de las personas físicas cuyos datos personales se someten a tratamiento y aumentar las oportunidades de negocio en el mercado único digital, en particular mediante la reducción de la carga administrativa. Este Reglamento entrará en vigor en mayo de 2018, por lo que actualmente se mantiene vigente la Directiva 95/46 CE. En tanto se mantiene vigente la Directiva 95/46, su artículo 25 establece que la transferencia de datos personales de un país miembro de la Unión Europea a un tercer país, únicamente puede realizarse cuando el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado. El apartado 2 del mismo artículo señala:

El carácter adecuado de nivel de protección que ofrece un país tercero se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencia de datos; en particular se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.⁵

En caso de no contar con estos requisitos, la Unión Europea prohíbe que sus miembros transfieran datos personales a terceros países que no cuenten con un nivel adecuado de protección de datos y establece un procedimiento para determinar formalmente si un país ofrece ese nivel de protección. Si un país cuenta con el nivel adecuado, se encontrará facultado para recibir datos de los miembros de la Unión Europea sin necesidad de efectuar trámites o autorizaciones especiales. Los países con nivel adecuado son Suiza, Canadá, Argentina, Guernsey, Isla de Man, Jersey, Islas Feror, Andorra, Israel, Uruguay y Nueva Zelanda.⁶

⁵ Directiva 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, artículo 25 apartado 2.

⁶ Protección de Datos en el Mundo, *Agencia Española de Protección de Datos*, publicado en: http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/internacional/Proteccion_datos_mundo/index-ides-idphp.php

De acuerdo con el Grupo de Trabajo sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, creado en el artículo 29 de la Directiva 95/46 CE, todo análisis significativo de la protección adecuada debe comprender los dos elementos básicos: el contenido de las normas aplicables y los medios para asegurar su aplicación eficaz. Para tal efecto, dicho Grupo examina la inclusión de una serie de principios⁷ cuyo cumplimiento considera requisito mínimo para calificar como «adecuada» la protección de datos: limitación de objetivos, proporcionalidad y de calidad de los datos, transparencia, seguridad, derechos de acceso, rectificación y oposición, restricciones respecto a transferencias sucesivas a otros terceros países, protección especial para datos sensibles, posibilidad de negarse a que sus datos sean utilizados para fines de mercadotecnia directa, que el interesado deberá tener derecho a conocer la lógica aplicada a dicha decisión.

En este sentido, el nivel adecuado de protección de datos depende de la existencia de normas aplicables en la práctica, una autoridad independiente que vigile, investigue y sancione el incumplimiento a las normas, y mecanismos para garantizar su cumplimiento.

Por otra parte, contar con el nivel adecuado de protección incrementa significativamente la competitividad de los países que reciben los datos, convirtiéndose en un factor indispensable para desarrollar negocios como *call centers*, centralización de la gestión de recursos humanos, clientes y proveedores en empresas multinacionales, proyectos internacionales, etcétera. Además, en el plano nacional, se incrementa la seguridad del individuo pues obliga a los Estados a perfeccionar el marco legal en la materia.

Por lo anterior, resulta importante establecer si México puede considerarse como un país que proporciona un nivel de protección adecuado en el sentido del artículo 25 de la Directiva 95/46/CE.

III. REGULACIÓN MEXICANA

Actualmente, el marco normativo del derecho humano a la protección de datos personales, encuentra fundamento en el artículo 16 constitucional, segundo párrafo y es regulado a nivel federal por la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (en adelante Ley de Protección de Datos Personales) y la Ley Federal de

⁷ *Ibidem*, p. 6.

Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (en adelante Ley de Transparencia).

La protección de datos personales en posesión de los particulares, se encuentra regulada en la Ley de Protección de Datos Personales, la cual contempla una serie de reglas, requisitos, condiciones y obligaciones mínimas para garantizar un adecuado manejo de los datos personales por parte de las personas físicas y morales de carácter privado que durante el desarrollo de sus actividades, procesos operativos, comerciales o de servicios utilicen datos personales. En dicha ley, se regula el tratamiento de los datos personales, y se establecen los mecanismos para el ejercicio de los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición (Derechos ARCO), enmarcados en la Constitución.

La Ley de Transparencia regula la protección de datos personales en posesión de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los órganos constitucionales autónomos, los tribunales administrativos y cualquier otro órgano federal, teniendo las entidades federativas sus propios ordenamientos, sin embargo, aunque la Ley Federal de Transparencia establece parámetros generales, cada órgano debe emitir sus propios Lineamientos, por lo que existe disparidad normativa a nivel federal. Asimismo, toda vez que la Ley de Transparencia no desarrolla criterios o principios básicos para su regulación en la normatividad secundaria, cada Estado de la República establece legislación desigual, provocando diversos niveles de protección de datos personales dentro de un mismo territorio nacional

Esta disparidad entre las leyes se refleja en problemas reales, por ejemplo el hecho de que una persona no cuente con la misma protección en el sector público y en el privado, situación injusta tratándose de un mismo derecho humano. Asimismo, es importante tener en cuenta que el sector público federal maneja las más grandes e importantes bases de datos personales del país, por ejemplo el Registro Federal de Electores del Instituto Nacional Electoral, la base de datos de contribuyentes del Servicio de Administración Tributaria y las bases de datos del sector salud y de los trabajadores.

Ante este panorama, la reforma mexicana al artículo 6 constitucional, del 7 de febrero de 2014, fue un acontecimiento histórico en materia de protección de datos personales, ya que instituye la emisión de una ley general que establezca las bases generales, principios y procedimientos para el ejercicio, garantía y tutela de este derecho en los tres órdenes de

gobierno. No obstante, esta reforma no se ha concretado debido al retraso en la promulgación de la ley general, la cual se encuentra en discusión en el Senado de la República.

En este sentido, podemos concluir que el marco legal mexicano en materia de datos personales no garantiza un nivel adecuado de protección debido a que se encuentra regulado en dos diferentes ordenamientos, la Ley de Datos Personales y la Ley de Transparencia; la primera aplicable para las personas físicas y morales de carácter privado y la segunda se centra en las bases de datos del sector público federal, por lo que es un derecho limitado en su ámbito de aplicación. Finalmente, la carencia de una Ley General de aplicación uniforme en los ámbitos federal, estatal y municipal del sector público, propicia vacíos legales y vaguedad para el ejercicio y tutela de este derecho, provocando riesgos relevantes para la seguridad de las personas y defensa de su dignidad humana.

IV. CONCLUSIONES

El contexto globalizado mundial dominado por el mercado, exige la eliminación de obstáculos que impiden la libre circulación de bienes y servicios objeto de comercialización. Por esta razón, en la Unión Europea la transferencia de datos personales para actividades comerciales o intergubernamentales, queda supeditada a la existencia de niveles altos de protección, para que solo bajo esta premisa se continúe la operación del mercado interior. No obstante lo anterior, en tanto entra en vigor el Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea, permanecen las divergencias en la aplicación de la Directiva 95/46 CE. Por otra parte, aunque España tiene profunda experiencia y niveles altos de protección de datos personales, debe prestar atención al vertiginoso desarrollo de las tecnologías de la información que día a día sobrepasan al derecho y vulneran la seguridad de las personas, pudiendo limitar el desarrollo integral de los individuos.

La normatividad mexicana en materia de protección de datos personales se aplica de manera fragmentada en el sector público, existiendo riesgos importantes para la seguridad de las personas, por lo que México tiene grandes retos para alcanzar una protección sólida, amplia y confiable para sus nacionales y extranjeros. La próxima aprobación y emisión de la ley general de protección de datos personales en posesión del sector público, permitirá

llenar vacíos legales y consolidar la regulación de este derecho, a efecto de garantizar la seguridad de las personas e impedir arbitrariedades en su esfera privada.

Finalmente, la actual situación mexicana en materia de protección de datos personales requiere una transformación urgente acorde con las necesidades de seguridad inherentes al mundo globalizado, con la finalidad de garantizar a los nacionales y extranjeros altos niveles de protección de datos personales. Los beneficios que el nivel adecuado de protección de datos traerá a México consisten primeramente en garantizar el derecho a la integridad de las personas y consecuentemente, del resto de derechos fundamentales que es donde el legislador debe fijar la mirada más allá del establecimiento de vínculos políticos y económicos con la Unión Europea.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADO UNIDOS MEXICANOS: publicada en el *DOF* el 5 de febrero de 2017 y última reforma publicada el 7 de julio de 2014.
- LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE LOS PARTICULARES: publicada en el *DOF* el 5 de julio de 2010.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis: *El derecho fundamental a la protección de datos personales*, Madrid, España, Agencia Española de Protección de Datos, 2005.
- ENCUESTA EN VIVIENDA A NIVEL NACIONAL: Realización de estudio de opinión cuantitativo cara a cara, INAI-Ipsos, 2015.
- DIRECTIVA 95/46 CE del Parlamento Europeo y el Consejo de Europa, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 24 de octubre de 1995.

DATOS DE CONTACTO:

Nombre: Bithia Castillo Sierra

Correo electrónico: bikkasi27@gmail.com

Celular: 04455-40240641

LA GARANTÍA DEL VOTO LIBRE EN LA ELECCIÓN DE REPRESENTANTES EN EL DERECHO ROMANO

María José AZAUSTRE FERNÁNDEZ

Universidad de Oviedo

Resumen- Esta ponencia estudia la evolución del sistema electoral romano en un aspecto muy concreto: la protección de la libertad del ciudadano en el momento de la emisión del voto, desde el primitivo sistema de aclamación en las más antiguas asambleas, el posterior voto oral individual, hasta llegar al voto escrito y secreto con las *leges tabellariae*. Como epílogo de la protección de la *libertas* en este terreno, la legislación municipal del primer siglo d. de C. muestra un derecho electoral francamente desarrollado. La necesidad de proteger el carácter libre y secreto del voto se proyecta en siglos posteriores y presenta nuevos retos en la actualidad, singularmente en materia de voto electrónico.

Abstract- *This paper studies the evolution of the Roman electoral system in a very specific aspect: the guarantee of citizen freedom in the moment of the casting of the vote, from the primitive acclamation system in ancient assemblies, the later oral individual vote, till written and secret voting is reached with the leges tabellariae. As an epilogue for the protection of libertas in this field, municipal legislation from the first century A. D. shows a highly developed electoral law. The need to protect the free and secret nature of the vote is projected in later centuries and presents new challenges today, especially as far as electronic vote is concerned.*

El ejercicio del voto en que se concreta el derecho de participación de los ciudadanos en el gobierno de la *res publica*, es en España, como en muchos modernos estados de derecho, universal, libre, igual, directo y secreto.¹ La concreción práctica de estos principios no es cuestión baladí. En el Comité Federal del PSOE del 1 de octubre, uno de los puntos más polémicos fue, como se recordará, la forma de efectuar la votación para determinar la procedencia de la convocatoria de un congreso extraordinario. Para unos, los delegados regionales estaban muy controlados por sus secretarios generales y la presión desaparecería si el voto fuera secreto. Para otros, en cambio, la votación en una urna no contrastada, tras una cortina, sin control de interventores ni del número de papeletas que se metían, y sin que estuviera certificado el censo, hacía preferible el sistema tradicional de mano alzada.

La garantía de la libertad del voto comprende, a nuestro juicio, varios aspectos, como la adecuada *distribución* del propio cuerpo electoral; la garantía de que el voto se *exteriorice de forma libre*; la garantía en el *escrutinio* de los sufragios emitidos y la existencia de *sanciones adecuadas* a las conductas que atenten contra la libertad del sufragio, pues, por perfecto que parezca *a priori* cualquier sistema electoral para garantizar la libertad del voto, la realidad es que casi siempre la picaresca humana ha conseguido encontrar la forma de burlarlo.

¹ Artículos 23, 68.1, 69.2 y 140 CE; 5 y 86.1 L. O. 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general y los respectivos Estatutos de Autonomía.

Si bien la democracia en la Roma de la República no fue perfecta, quizá llegara a alcanzar, sin olvidarnos de las *ekklesiae* griegas, el máximo grado de desarrollo posible en el mundo antiguo. Las asambleas de ciudadanos no solo intervenían en la aprobación de las leyes, sino también para elegir a los magistrados o para resolver apelaciones contra sanciones impuestas por estos. Lo que revela el estudio del Derecho constitucional romano de esta etapa es una lucha constante por perfeccionar la libertad de sufragio y el secreto de voto en cada uno de los aspectos mencionados.²

Una de las primeras preocupaciones de la plebe en este terreno se refiere a la distribución del propio cuerpo electoral. En el 470 a. de C. se decidió, mediante el plebiscito Publio Volerón, que la elección de los tribunos plebeyos se realizaría en lo sucesivo en el seno de los *concilia plebis*, donde el pueblo se distribuía por tribus, es decir, en unidades de voto a las que se pertenecía en función del domicilio, y no, como hasta entonces, en los comicios por curias, donde la adscripción quedaba determinada por la pertenencia a una *gens*, y en la que los patricios tenían *el poder de elegir, a través de la presión que ejercían sobre sus clientes, a quienes deseaban como tribunos*.³

En cuanto a la forma de emisión del voto, se observa una importante evolución. En la época más antigua, el sistema sería el de una simple aclamación, lo que enlaza con la etimología de la palabra *suffragium* (de *sub* y *frangere* o *fragor*, «romper»; aludiendo al estrépito con el que se muestra el consentimiento en una asamblea de guerreros). Pronto el voto pasaría a expresarse individualmente de forma oral. El procedimiento de la votación era el siguiente: tras la toma de auspicios y la lectura bien de la *rogatio* (propuesta de ley), bien de la propuesta de condena o bien del elenco de candidatos, según el caso, se procedía a un debate informal en las *contiones* previas a los comicios propiamente dichos, hasta que el magistrado convocante los disolvía (*discedite quirites*)

² Entre la abundante literatura existente sobre las elecciones en Roma cabe destacar, como más específica para este tema: ARANGIO-RUIZ, V., *Historia del Derecho romano*, 2.ª ed., Madrid, Instituto ed. Reus, 1963, p. 112; GRELE, F., *Comitia*, «NNDI», III, Torino, UTET, 1959; p. 601-7; HALL, U. «Voting procedure in Roman Assemblies», *ZAG*, 13, 1964, pp. 267-306; HUMBERT, G., *Comitia*, «Dictionnaire des antiquités grecques et romaines», I-(2), Graz, Akademische Druck-Verlagsanstalt, 1969, pp. 1385-6; MOMMSEN, *Le Droit Public Romain*, VI-1, Paris, Thorin, 1889, pp. 449 y ss.; MUÑIZ COELLO, «Consenso y simulación. El voto en la sociedad primitiva», *Revue des Études Anciennes*, 112.1, 2010, pp. 115-133; NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris, Gallimard, 1976, pp. 365 y ss.; NOCERA, *Il potere dei comizi e i sue limiti*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 165 y ss.; RIVAS ALBA, *Democracia en Roma*, Granada, Comares, 2008, pp. 247 y ss., ROSS TAYLOR, L., *Roman voting assemblies, from the hannibalic war to the dictatorship of Caesar*, Michigan U. P., 1966; ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Hildesheim, Olms, 1966, p. 137 y ss.; STAVELEY, E. S., *Greek and Roman voting and elections*, Nex York, Cornell U. P., 1972; SUÁREZ PIÑEIRO, «La reforma del sistema electoral romano durante el último siglo de la República», *Gallaecia*, 17, 1998, pp. 425-446 y, sobre todo, SALERNO, F., *Tacita libertas: l'introduzione dell voto segreto nella Roma repubblicana*, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 1999.

³ Liv., 2, 56, 2; Dion. Hal., 9, 43, 4.

mandando a los ciudadanos colocarse ordenadamente en su respectiva unidad de voto – curia, centuria o tribu– (*ire in suffragium*). Las divisiones votantes estaban separadas en espacios (*saepta* u *oviles*) delimitados, primero por cuerdas, luego por barreras, de donde se salía a través de unos puentes, al final de los cuales se encontraba un interrogador (*rogator*) ante el que se emitía oralmente el voto, quien lo anotaba en una tablilla. Cuando acababa de votar la unidad de voto correspondiente, se comunicaba el resultado al magistrado, que procedía a su proclamación. Es preciso aclarar que en Roma el resultado final no estaba determinado por la suma total de votos, sino por la de las unidades de voto. Eso sí, dentro de cada unidad, los sufragios tenían idéntico valor.

La provisión de las magistraturas en Roma se basaba en el principio electivo, frente al caso ateniense, en el que predominaba el sistema de sorteo, del que hicieron tan amplio uso, que incluso crearon una máquina especial para esta labor, el *cleroterion*; del sistema solo se exceptuaban aquellas magistraturas que requerían una cualificación especial, como el *stratego*. Con todo, el sorteo no estaba completamente excluido del sistema electoral romano.⁴ Se utilizaba para decidir la tribu en la que habían de votar los latinos desde que se les concedió derecho de voto y para determinar cuál sería la centuria preguntada en primer lugar (de ahí su nombre de *praerrogativa*), a cuya decisión se otorgaba cierto significado augural respecto al resultado de la votación (por lo que muchas veces los esfuerzos de los candidatos corruptos se dirigían a la compra del voto de dicha centuria).⁵ Los sorteos se realizaban utilizando una *urna versatilis*, llena de agua, en la que se introducían las *sortes* o *pilae*, una especie de pelotas de madera, lo más similares posible en peso y tamaño, según precisa la *Tabula Hebana*, con el nombre de la tribu con tres iniciales, siendo la primera en emerger la elegida.

El sistema de voto oral individual practicado en esta primera etapa en Roma representa en sí un avance respecto a las asambleas atenienses, en las que la regla general era el voto a mano alzada, sistema que, lejos de proteger la intimidad del votante, perjudicaba su independencia, dada la tendencia a la imitación, y dificultaba un recuento exacto de los votos. La opción por este sistema se ha justificado por su mayor agilidad, dado el mayor número de asuntos que en Atenas se presentaban al debate en la asamblea. Los griegos llegaron a conocer el sistema de voto secreto, aunque no lo

⁴ Sobre el papel del sorteo en el mundo constitucional griego y romano, *cfr.* MANIN, B., *The principles of representative government*, Cambridge University Press, 1997, pp. 8-44.

⁵ Un sorteo análogo se realizaba con relación a la tribu llamada *principium*.

aplicaran para la elección de magistrados, sino solo cuando estaba en juego el destino de un ciudadano individual, como en los supuestos de ostracismo, o en los tribunales.⁶

El avance más significativo en la garantía del voto libre se da, desde luego, en Roma con el paso al voto escrito, implantado en la segunda mitad del siglo II a. de C. a través de las llamadas *leges tabellariae*, en atención a la tablilla (*tabella*) de madera, recubierta de cera, en la que se expresaba el voto. La aprobación de estas leyes, por iniciativa siempre de tribunos de la plebe, está muy cercana en el tiempo a los intentos de reforma agraria presentadas por los hermanos Graco.

De este modo, la *lex Gabinia tabellaria*, del 139 a. de C., introduce el voto escrito en las elecciones de todos los magistrados; la *Lex Cassia*, dos años después, en los juicios ante los *comitia*, salvo los de alta traición (*perduellio*); la *lex Papiria* (131 a. de C.), en los comicios legislativos y, finalmente, la *lex Coellia* (107 a. de C.), en los juicios por *perduellio*. En conclusión, el voto escrito y secreto se pasa a aplicar a la *totalidad* de las decisiones que pueden adoptar las asambleas populares.

Antes de proceder a la votación se repartían las tablillas. En los comicios legislativos y judiciales constarían en ellas dos iniciales,⁷ debiendo el ciudadano tachar la opción que quisiera rechazar. En el caso de las asambleas electorales las tablillas se entregarían en blanco, siendo los mismos ciudadanos quienes habían de escribir las iniciales del candidato preferido.⁸ El hecho de que las tablillas sean proporcionadas por el Estado y respondan a un modelo «estandarizado», en principio dificultaría la identificación del responsable de un determinado voto, redundando en la garantía del secreto del sufragio (aunque también algunos encontrarían la manera de burlarlo). A la salida del lugar de la votación los ciudadanos depositaban su *tabella* en una urna (*cista*) vigilada por un *custos*; finalizada esta, se llevarían las cestas al *diribitorium*, donde se realizaría el escrutinio. Las tablillas se conservaban en el erario público, por si se abría algún proceso por corrupción electoral (*ambitus*) y era necesario un nuevo recuento.

Un paso más en la protección de la libertad del sufragio se da a través de la *lex Maria de suffragiis ferendis* (119 a. de C.), que dispone el estrechamiento de los puentes

⁶ Sobre el voto en las asambleas atenienses, *cfr.* STAVELEY, *cit.*, p. 78 y ss. En las relativas al ostracismo, los votantes utilizaban cualquier pieza plana de cerámica (*ostraka*) para escribir el nombre de la persona a la que deseaban aplicar la medida. En otras asambleas plenarias (las que decidían la concesión de la *adeia* o inmunidad, o la confirmación de derechos de un ciudadano) depositaban un guijarro (*psephos*) en un recipiente si consideraban al acusado culpable o en otro distinto si lo creían inocente. El voto secreto se adoptó también en los tribunales, donde los jurados contaban con una especie de discos.

⁷ «UR» –*uti rogas*– para aprobar y «A» –*antiquo*– para rechazar la propuesta del magistrado (en los legislativos); «L» –*libero*– para absolver y «D» –*damno*– para condenar (en los judiciales).

⁸ *Cfr.* Suet., *Vita Caes.* 1, 80, 3 y Plut., *Cat. Min.* 46.

a través de los cuales pasaban los votantes a depositar su voto, lo que revela que, con anterioridad, la *nobilitas* aprovechaba ese momento para presionar a los votantes.⁹

El avance que debieron de suponer estas medidas en la garantía de la libertad de voto, puede inferirse teniendo en cuenta la crítica que a mediados del siglo I a. de C. realiza en numerosos pasajes de sus obras CICERÓN, firme partidario de la *nobilitas*. En el libro III *De Legibus*, el famoso orador, esboza un proyecto de constitución ideal para la República, proponiendo que en las votaciones los votos sean «conocidos para los jefes y libres para el pueblo». Es decir, su sistema electoral no iría encaminado a la supresión del voto escrito, cosa a su juicio ya inviable, sino a paliar sus «negativas consecuencias», haciendo que el pueblo mostrase su tablilla a «los mejores» (quizá se refiriera a los *custodes*, que se elegirían entre la clase senatorial).¹⁰ NICOLET¹¹ ha destacado que el sistema de Cicerón (voto escrito pero público), sin precedentes en la legislación electoral romana, presenta importantes analogías con el propuesto por PLATÓN, en el libro VI de *Las Leyes*, para la elección de los 37 guardianes de las leyes. En la tablilla de voto, además del nombre y datos del elegido, el ciudadano debería consignar su nombre con los mismos detalles. Ambos sistemas pecan, evidentemente, de utópicos, puesto que con la introducción del voto escrito lo que se persigue es su carácter secreto.

Lo fundamental es que la introducción del voto secreto fue percibida por los propios ciudadanos romanos como una garantía en el ejercicio de su libertad. La mejor muestra de ello quizá sea la aparición de la diosa *Libertas* en las monedas en las que aparecen símbolos alusivos al voto, particularmente, aquellas que incluyen tablillas.

Prescindiendo del análisis del sistema de voto en otros órganos,¹² para concluir el estudio de la etapa republicana hay que hacer una breve mención de la legislación

⁹ Cic., *de leg.*, 3, 17, 38 y *ad Att.*, 1,14,8; Plut., *Mar.*, 4.

¹⁰ Cic. *de leg.*, 3.10.3 y 3,17, 38-39.

¹¹ NICOLET, C., *Cicéron, Platon et le vote secret*, «ZAG», 19, 1, 1970, pp. 39-66.

¹² Por lo que se refiere al Senado, en tiempos de la República jamás se introdujo el voto secreto (pese a recomendaciones en tal sentido, como la de SALUSTIO – *Ep. ad Caes.*, 11.2; o CICERÓN – *Phil.* 11,19). El presidente invitaba a los senadores a sentarse en los distintos lados de la sala: los favorables a la propuesta, del lado del autor de la misma, los demás, en el contrario. En el Principado excepcionalmente podía la asamblea solicitar al Emperador el voto escrito en materia electoral o criminal, pero no resultaría fácil la renuncia al control sobre este órgano que proporcionaba la publicidad del voto. (*cf.* WILLEMS, P., *Le Senat de la Republique romain*, II, Louvain, 1883, pp. 194-197; STAVELEY, *cit.*, pp. 227-8 ; Plin. *min. Ep.* 3, 20, 4-5). A partir del siglo II a. de C. comienzan a funcionar unos tribunales especiales para ciertos delitos, las *quaestiones perpetuae*. El sistema de voto sigue en ellos una evolución parecida a las asambleas populares: oral en principio y escrito tras las leyes *tabellariae* (si bien en ciertos periodos los acusados podían elegir cómo ser juzgados). Las urnas tenían unas dimensiones determinadas, que conocemos por el cap. 26 de la *Lex Acilia Repetundarum* (123 a. de C.) Concluida la fase probatoria, el pretor tomaba medidas para evitar la salida de los jurados, les entregaba abiertamente una tablilla de

contra la corrupción electoral.¹³ Solo entre el año 81 y 52 a. de C. se contabilizan cinco leyes específicas de *ambitus*,¹⁴ aparte de otras medidas que indirectamente afectaban a la materia;¹⁵ en todo el periodo anterior solo se conocen dos recomendaciones¹⁶ y dos leyes propiamente penales.¹⁷ Aparte de sanciones pecuniarias, se imponían penas de inhabilitación, temporal o perpetua, expulsión del Senado o extrañamiento. Además, el delito de *ambitus* contaba con un tribunal especial, la *quaestio perpetua de ambitu*.

Con el Principado las instituciones republicanas entran en declive. Lo que el príncipe manda tiene fuerza de ley, y los comicios populares acaban siendo una mera aclamación de la voluntad del Emperador, hasta desaparecer. Una de las razones de tal declive es la inadecuación del modelo del Estado-ciudad para gobernar un inmenso imperio, siendo materialmente imposible la participación de un número cada vez mayor de ciudadanos en unos comicios que seguían teniendo lugar en Roma. Que Augusto era consciente de este hecho lo refleja su iniciativa de crear un sistema de voto por correo, por el que *los decuriones de las colonias podían votar cada uno en la suya para elegir a los magistrados de Roma y remitir a esta sus votos sellados el día de las elecciones*.¹⁸

En la esfera municipal, en cambio, todavía se mantendrá viva durante un tiempo la actividad de las asambleas para la elección de los magistrados locales, según demuestran varias leyes municipales hispanas, especialmente la *lex Flavia Malacitana*, (74 d. de C.), cuyo capítulo 55 muestra ya un Derecho electoral francamente adelantado, teniendo en cuenta la época considerada, destacando las siguientes garantías;¹⁹

cuatro dedos de largo con las iniciales «A» (*absolvo*) y «C» (*condemno*). Cada jurado borraba una de esas letras y llevaba la tablilla a la urna a la vista de todos, con el brazo desnudo y la letra cubierta por sus dedos.

¹³ En constante aumento según se aproxima el final de la República, como refleja Plut. *Cat. min.*, 47.

¹⁴ *Lex Cornelia*, de Sila (81 a. de C.), *lex Calpurnia* (67 a. de C.) de C. Pisón, *lex Tullia*, de Cicerón (63 a. de C.), *lex Licinia*, de M. Licinio Craso (55 a. de C.) y *lex Pompeya* (52 a. de C.). Sobre el delito de *ambitus*, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 217-8; CASTÁN, S., «Corrupción electoral en la República romana: intereses del *populus* y la *nobilitas* en la lucha política», *AFDUC*, 16, 2012, pp. 757-804; FASCIONE, L. *Crimen e quaestio ambitus nell'età repubblicana*, Giuffrè ed., Milano, 1984, MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, Temis, Bogotá, 1976, p. 533 y ss., y WALLINGA, T., «Ambitus in the Roman Republic», *RIDA*, 41, 1994.

¹⁵ Como la prohibición de *nomenclatores* o la limitación de las personas que podían seguir al candidato.

¹⁶ El plebiscito de *albo in vestimentum non addendo*, del 432 a. de C. (Liv., 4, 25, 8-14) pretendía evitar excesos en el blanqueamiento de las togas de los candidatos; la *lex Poetelia de ambitu*, del 358 a. de C., (Liv., 8, 15, 12) les prohibía visitar los lugares de mercado, sitios de reunión y aldeas.

¹⁷ La *lex Cornelia Baebia*, del 181 a. de C. (Liv. 11, 19) y la *lex Cornelia Fulvia de ambitu data*, del 159 a. de C.

¹⁸ Suet., *Vita Caes.* 2.46. Ya César había dispuesto que los ciudadanos que vivían en municipios o colonias en Italia se censaran allí, remitiéndose el censo a Roma por correo (cap. 28 *Tabula Heraclensis*).

¹⁹ *El que, de acuerdo con la presente ley, reúna los comicios, convoque a los munícipes para votar según la distribución por curias; de tal forma que mediante llamamiento único convoque a sufragio a todas las curias; y emitan estas su voto, cada cual en su respectivo recinto, por medio del sistema de tablillas. Asimismo, ocúpese de que junto a la urna de cada curia se sitúen tres munícipes de este municipio, que*

- 1.^a El voto es *simultáneo* para todas las unidades de voto, no sucesivo.
- 2.^a Se emite *por escrito*, a través de una tablilla.
- 3.^a En cada urna se sitúa a *tres munícipes*, de curia distinta a aquella en la que desarrollan sus funciones de vigilancia y recuento, previo juramento de desempeñar sus tareas de buena fe y que votan en esa misma urna que custodian, para evitar apartarse de ella.
- 4.^a Como garantía añadida se permite explícitamente la presencia de *interventores (custodes) de los respectivos candidatos*²⁰ en cada urna, disponiendo, como hoy el artículo 79.1 de la L. O. 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, que los interventores ejercerán su derecho de sufragio en la urna que estuvieren vigilando.

En cambio, en las elecciones celebradas en Roma la situación cambia. La *Tabula Hebana*, del 20 d. de C., muestra el funcionamiento de una asamblea restringida, integrada solo por senadores y caballeros, cuya misión era efectuar la *destinatio* de los cónsules y pretores, es decir, realizar la selección previa de los candidatos que luego la asamblea popular aprobaría. Se mantienen las garantías formales del voto, pero el recuento tiene lugar ahora en un nuevo recinto a puerta cerrada, lo que hace pensar en eventuales alteraciones del resultado. Pero sobre todo, el procedimiento trasluce la falta de *libertas* real de los comicios, pues cuando los ciudadanos corrientes votasen, solo podrían confirmar lo decidido por la asamblea restringida.²¹

La participación popular subsiste en ciertas instancias en el último periodo del Imperio y en siglos posteriores; así, en las iglesias cristianas primitivas se practica para la elección de obispos, como manifiesta San Cipriano, obispo de Cartago, en el s. III d. de C.;²² o incluso para la elección del Sumo Pontífice (el carácter cerrado del cónclave,

no pertenezcan a dicha curia, para que controlen los votos y hagan el escrutinio; y de que, antes de cumplir dicho cometido, preste cada uno de ellos juramento de que hará el recuento y dará cuenta de los votos con buena fe. Y no se ponga obstáculos a que quienes aspiren a un cargo coloquen sendos interventores, junto a cada una de las urnas. Y, tanto los interventores que hayan sido colocados por el que reúna los comicios, como los que lo fueron en nombre de quienes aspiren a un cargo, emitan su voto cada cual en la curia junto a cuya urna fueron colocados en calidad de interventores, y serán sus votos tan justos y válidos como si cada cual lo hubiera emitido en su curia correspondiente. Ciertos acuerdos de los Senados municipales requerían también voto escrito: la proposición y nombramiento de patrono, la aprobación de las cuentas de los *duoviri* y ciertas concesiones de suelo público (caps. 97, 130-131 *lex Urs.* y 61 *Malac.*). Vid. D'ORS, A., *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953.

²⁰ La presencia de interventores de los propios candidatos se remonta ya a la etapa republicana, según consta en diversas fuentes (VARRÓN, *De re rust.*, 3, 5, 18 y Cic. *In Pis.* 15, 36, por ejemplo).

²¹ Cfr. LOMAS, F. J., *Tabula Hebana, edición, traducción y comentario*, «Habis», 9, 1978 pp. 323-356.

²² *Epístolas*, 67, 5, 2.

a partir del Concilio de Lyon de 1274, intenta proteger precisamente la libertad en la emisión del voto, evitando injerencias externas).²³

Evidentemente excede de los límites de estas líneas estudiar los diversos mecanismos electorales a lo largo de la historia y su grado de garantía para la libertad del voto. Solo cabe constatar cómo, históricamente, una de las preocupaciones básicas en este sentido, ha sido la de proteger su carácter secreto. También en la etapa inicial de la Universidad de Oviedo existían previsiones en la materia, tanto para la adopción de acuerdos por sus órganos de gobierno como para la obtención de grados académicos.²⁴

La garantía del secreto del voto presenta hoy nuevos frentes, especialmente de cara a la introducción del voto telemático, ya presente en algunos países.²⁵ Muchas serán las cuestiones a resolver: la instalación de un sistema informático seguro, inmune a los *hackers*; la protección de la libre emisión del consentimiento, sobre todo en las terminales a distancia, para evitar suplantaciones y coacciones; la conservación de los resguardos de voto a efectos de recuento;²⁶ un mecanismo de voto de fácil manejo y un

²³ En el Bajo Imperio el pueblo deja de intervenir en la administración del municipio, institución que pierde paulatinamente autonomía bajo la creciente centralización imperial, y en franca decadencia tras las invasiones germanas. En la monarquía hispano-goda subsisten las reuniones vecinales como forma de organización rural rudimentaria –los *conventus publicus vicinorum*– (GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de las instituciones españolas*, Alianza Ed., Madrid, 1968, pp. 154, 206, 533 y ss.; ORLANDIS, *Historia de España. La España visigótica*, Gredos, Madrid, 1977, p. 221; S. Isidoro, *Etym.* 15, 2, 15; F. J., 8, 5, 4 y 6; 8, 4, 14 y 17). Posteriormente, al resurgir la actividad municipal, en los *concilios* las decisiones se adoptaban por acuerdo de los vecinos; su crecimiento dará lugar con el tiempo a la elección de unos cuerpos más restringidos. Siglos más tarde, CASTILLO DE BOBADILLA, J. (*Política para Corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y guerra*, t. II., Imprenta de la Gaceta, Madrid, 1775, p. 118) señala la excepcionalidad del voto secreto en los ayuntamientos, reservándose para la elección de Procuradores a Corte o para asuntos que se preveían conflictivos, pero de tal forma de votar indica «que tiene esto menos inconvenientes, y mas libertad para votar christianamente, que no votar público, como se usa».

²⁴ Los Estatutos Viejos de 1607, en su título II, para las *votaciones sobre cosa importante* «al bien y gobierno» la Universidad, disponían: «habiéndose de tratar en los Cláustros que se hicieren de conceder alguna gracia ó de perjuicio de tercero, el Rector mande que todos juren de guardar secreto y les encargue lo que importa, y si alguno del Cláustro lo pidiere, se vote secreto o con cédula de los nombres, si fuese negocio de elección con habas blancas y negras, como en semejantes cosas se acostumbra, y si fuese negocio que tocara á algún miembro del Cláustro, habiendo informado allí de su justicia si quisiere informar, se salga luego y no esté presente cuando se vote (...). Item que nadie pueda votar estando fuera del Cláustro, ni habiendo entrado una vez en él pueda salirse dejando su voto á otro, sino que si se le ofreciere causa por donde haya de irse pida licencia al Rector, y dándose la Diga primero su voto y parecer en público, y si hubiere de hacer voto secreto lo deje votado en poder del notario firmado de su nombre (...) Item que en los Cláustros no se hallen más personas de los que hubieren de tener voto en ellos y que el portero esté por la parte de afuera, pero el notario bien permitimos que esté presente (...)». Respecto a la *obtención de la licenciatura o licencia para enseñar*, establecían los Reglamentos de 1750 y 1781 que, concluidos argumentos y preguntas, el Decano sacara al aspirante, volviendo a entrar con el Secretario que tomaría juramento a los doctores, repartiría las medallas de plata con las «AA» y «RR» y, al salir, cerraría puerta y cancel. Se votaba depositando las medallas en las ánforas de plata, siendo llevadas al Rector para el escrutinio (Cfr. CANELLA SECADES, F., *Historia de la Universidad de Oviedo y noticias de los establecimientos de enseñanza de su distrito*, 2.ª ed., U. de Oviedo, 1985, pp. 138 y 622 ss.)

²⁵ En España, previsto para las elecciones al Parlamento Vasco (L. 15/98 de 19 de junio).

²⁶ Recuérdese que ya en Roma las tablillas debían conservarse en el erario público.

sistema de control comprensible para el ciudadano medio, para que el sistema no genere desconfianza,²⁷ etcétera. En suma, se habrá de preservar la libertad de sufragio, imprescindible en democracia, principio que fue esforzadamente perseguido, como se ha visto, por las civilizaciones de la antigüedad, y entre ellas, señaladamente, Roma.²⁸

²⁷ Rec. (2004) 11 del Consejo de Europa y STC Federal alemán de 3 de marzo de 2009, respectivamente.

²⁸ Datos de contacto: azaustremaria@uniovi.es

LA SUSTITUCIÓN INTERNA EN CASOS DE HUELGA: UN ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA *

Rafael HERNÁNDEZ MARÍN **

Resumen: El artículo 28.2 de la Constitución Española «reconoce» el derecho de los trabajadores a realizar huelgas. A partir de este dato, los altos tribunales españoles sostienen que el precepto citado prohíbe cualquier conducta que impida conseguir los objetivos perseguidos por una huelga, como la conducta de una empresa consistente en sustituir los trabajadores en huelga por otros trabajadores de la misma empresa que no secundan la huelga. El objetivo de este trabajo es criticar esta tesis.

Abstract: The article 28.2 of the Spanish Constitution «recognizes» the right of workers to strike. Based on this information, the Spanish High Courts argue that the aforementioned provision prohibits any conduct that prevents the pursuit of the objectives pursued by a strike, such as the conduct of a company consisting of substituting striking workers for other workers in the same company who do not support the strike. The objective of this paper is to criticize this thesis.

El art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, y que pertenece al Derecho español en el día de hoy, dice lo siguiente: «En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de

* Este trabajo es parte del Proyecto de Investigación DER2016-74898-C2-1-R, «Conflictos de derechos, tipologías, razonamientos, decisiones».

** Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia. Correo electrónico: rafahe@um.es.

incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo».

El precepto cuyo texto literal acabo de citar prohíbe, pues, que el empresario sustituya a los trabajadores que han secundado una huelga por trabajadores que *no estuvieran* vinculados a la empresa el día en el que la huelga fue comunicada. El precepto prohíbe, por tanto, la denominada «sustitución externa». De ahí la conclusión de que el Derecho español prohíbe, y además de manera incuestionable, la sustitución externa en caso de huelga.

Distinta es la sustitución interna, esto es, la sustitución de trabajadores que han secundado una huelga por trabajadores que *sí estaban* vinculados a la empresa el día en el que la huelga fue comunicada. Este trabajo versa precisamente sobre los casos de sustitución interna y la doctrina jurisprudencial española al respecto.

La STC 123/1992, de 28 de septiembre, es quizá la primera sentencia de nuestros altos tribunales que se pronuncia sobre esa cuestión. Dicha sentencia afronta el problema en su F. J. 1.º, al decir lo siguiente:

Un cierto día, cuya determinación es superflua en este momento y en una cierta empresa, los trabajadores fijos discontinuos, directamente afectos a las labores de producción, convocaron una huelga en tiempo y forma, huelga legal por tanto y la llevaron a efecto, sin que a ella se adhiriera el personal fijo de plantilla, constituido por directores y administrativos. Estos, voluntariamente y a instancia de los órganos gestores de la Compañía Envasadora sustituyeron a los trabajadores en los puestos desocupados, cuya categoría era inferior a la propia. Tal es el presupuesto de hecho esquemático que delimita la cuestión en litigio. Se trata en suma de averiguar si la sustitución interna arriba descrita, que en apariencia es legal pudiera haber devenido contraria (*sic*) a la Constitución, por quebrantar el derecho fundamental configurado en su art. 28.

El TC afirma así que, aparentemente, esa sustitución interna es legal. Esa sustitución interna es aparentemente legal, cabe glosar, porque no está prohibida por el art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, cuyo texto literal he citado inicialmente, el cual solo prohíbe la sustitución externa. La sustitución interna tampoco está prohibida por ningún otro precepto de dicho Real Decreto-ley. Sin embargo, en la citada sentencia 123/1992, el Tribunal Constitucional se plantea la cuestión de si la

sustitución interna está prohibida por la Constitución Española, concretamente, por su art. 28.

Este art. 28 de la Constitución, concretamente, el primer enunciado del apartado 2 de este artículo, que es el único enunciado de dicho artículo que es relevante en este momento, dice escuetamente lo siguiente: «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses».

En la sentencia citada, el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que la conducta de la empresa consistente en realizar una sustitución interna fue ilícita («no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado», dijo el Tribunal). Sin embargo, y a pesar de que la cuestión que el propio Tribunal había planteado era la de si la conducta de la empresa había sido contraria al primer enunciado del art. 28.2 de la Constitución, el Alto Tribunal no calificó como ilícita tal conducta por considerarla contraria a dicho enunciado. Alcanzó dicha conclusión «desde la perspectiva de los principios constitucionales más arriba analizados, en su proyección sobre la situación concreta que es objeto de este proceso», y otras naderías como la de que «la sustitución interna... atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, como dijo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Sala de lo Social)».

Pero el Tribunal Constitucional actuó de manera distinta en otra sentencia posterior, que resolvió un caso similar al que acaba de ser comentado. Es la STC 33/2011, de 28 de marzo, que dictaminó que una empresa, que también había realizado una sustitución interna, «vulneró el art. 28.2 CE». Esta fue la conclusión del siguiente razonamiento, que aparece en la sentencia citada: «vulneró el art. 28.2 CE, al privar a la huelga seguida por los recurrentes de su plena efectividad como medio de presión colectiva». De manera que el Tribunal consideró que, dado que la sustitución interna realizada por la empresa X privó a una huelga determinada de su plena efectividad, dicha conducta vulneró el art. 28.2 CE; un razonamiento que, para que sea válido (deductivamente), ha de ser entendido como un entimema, que contiene como premisa implícita la tesis siguiente: «las conductas que privan a una huelga de su plena efectividad vulneran el art. 28.2 CE».

Las dos premisas de dicho razonamiento son enunciados asertivos. Son enunciados asertivos tanto la premisa singular explícita «la sustitución interna realizada por la

empresa X privó a una huelga determinada de su plena efectividad», como la premisa general implícita «las conductas que privan a una huelga de su plena efectividad vulneran el art. 28.2 CE». Por ello, es posible enjuiciar dichas premisas para determinar si son verdaderas o bien son falsas.

Para ello, lo primero que hay que hacer es aclarar el sentido del término «huelga». La STC 11/1981, de 8 de abril, quizá la primera sentencia del Tribunal Constitucional que se pronunció sobre la huelga, dice a este respecto lo siguiente, en su F. J. 10.º:

El art. 28 proclama el derecho de huelga como derecho de carácter fundamental, pero no lo define, ni lo describe, dejando esta materia a las concepciones existentes en la comunidad y a las inherentes al ordenamiento jurídico. Tampoco en el Real Decreto-Ley 17/77 la definición se comprende. Una primera aproximación podría hacerse a través de los significados que a la palabra se le atribuyen en el lenguaje espontáneo, tal y como aparecen por ejemplo fijados en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (cfr. 19.ª edición, Madrid, 1970, pág. 722), donde se dice que huelga (de holgar) es «espacio de tiempo en que uno está sin trabajar» y también «cesación o paro del trabajo de personal empleado en el mismo oficio, hecho de común acuerdo con el fin de imponer ciertas condiciones a los patronos».

El Tribunal Constitucional procede aquí de manera correcta. Pues, efectivamente, el sentido que tiene un término legal no definido legalmente, como es el caso del término «huelga», es el sentido que el término tiene en el lenguaje (común o especializado) de donde procede, que en este caso es el lenguaje laboral o socio-laboral. Ese sentido está recogido en una de las acepciones que el término «huelga» tiene en el diccionario de la RAE, y que es citada en la STC 11/1981. En la 22.ª edición de este diccionario, esa acepción ha sido sustituida por esta otra: «interrupción colectiva de la actividad laboral por parte de los trabajadores con el fin de reivindicar ciertas condiciones o manifestar una protesta». Eso es más o menos lo que cualquier hablante del español entiende por «huelga». Aunque para simplificar, y porque ello no es relevante, dicha acepción del término «huelga» puede ser abreviada de la manera siguiente: «interrupción colectiva de la actividad laboral realizada por los trabajadores de una empresa con finalidad reivindicativa».

Una vez aclarado cuál es el sentido del término «huelga», podemos responder a la cuestión, antes planteada, de si son verdaderos o falsos los dos enunciados asertivos que

constituyen las premisas de ese razonamiento entimemático contenido en la STC 33/2011, de 28 de marzo: los enunciados «la sustitución interna realizada por la empresa X privó a una huelga determinada de su plena efectividad» y «las conductas que privan a una huelga de su plena efectividad vulneran el art. 28.2 CE».

Por lo que respecta al primero de esos enunciados, es indiscutible que cualquier sustitución interna priva de plena efectividad a una interrupción colectiva de la actividad laboral realizada por los trabajadores de una empresa con finalidad reivindicativa, o sea, priva de plena efectividad a una huelga. Por ello, ese primer enunciado es verdadero, indudablemente.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo del segundo de dichos enunciados, del enunciado general «las conductas que privan a una huelga de su plena efectividad vulneran el art. 28.2 CE». Esta generalización universal es más que discutible.

Vulnerar o infringir es la relación inversa de prohibir. Si una conducta, por ejemplo, fumar, vulnera un precepto *P*, entonces *P* prohíbe dicha conducta; y a la inversa: si un precepto *P* prohíbe una conducta, entonces esa conducta vulnera el precepto. Por ello, las conductas que vulneran o infringen un precepto son exactamente aquellas que el precepto prohíbe. Y de ahí también que la tesis general «las conductas que privan a una huelga de su plena efectividad vulneran el art. 28.2 CE» signifique que el precepto citado prohíbe aquellas conductas que privan a una huelga de su plena efectividad, o sea, aquellas conductas que obstaculicen que una huelga alcance el fin que con ella se persigue.

Si esta tesis fuera verdadera, el art. 28.2 CE prohibiría la conducta del empresario que el día de la huelga en su empresa decide abrir la empresa, la conducta de los trabajadores que optan por no secundar la huelga, la conducta de quienes critican la huelga, así como la de los medios de comunicación que difunden dichas críticas, etcétera, dado que todas estas conductas privan a una huelga de su plena efectividad. Y no solo eso. Supongamos que esa tesis general, referente al art. 28.2 CE, que «reconoce el derecho a la huelga», fuera trasladada al art. 20.1 CE, que también «reconoce» e incluso «protege» otros derechos, como la libertad de expresión, información, de cátedra, de producción científica, etcétera. Habría que decir entonces que el art. 20.1 CE prohíbe aquellas conductas que obstaculicen alcanzar el fin perseguido por quien se expresa o informa libremente o por quien crea o divulga una teoría científica, etcétera,

dado que todas esas conductas privan de su plena efectividad al ejercicio de dichas libertades.

En realidad, lo que el art. 20.1 CE prohíbe son, por ejemplo, aquellos actos que impidan u obstaculicen las conductas de otros ciudadanos consistentes en expresarse o informar libremente (entre esos actos prohibidos puede figurar la creación de enunciados jurídicos que impidan u obstaculicen la libre expresión o información). Pero no prohíbe poner obstáculos para dificultar o evitar que alguien que se ha expresado libremente consiga sus objetivos. Y algo parecido puede decirse respecto al primer enunciado del art. 28.2 CE, que «reconoce el derecho a la huelga»:

Este precepto significa que los trabajadores de una empresa tienen derecho a interrumpir colectivamente su actividad laboral con finalidad reivindicativa; y, por tanto, prohíbe exclusivamente las conductas consistentes en impedir u obstaculizar esa interrupción colectiva de la actividad laboral. Entre esas conductas prohibidas podrían ser incluidas, por ejemplo, la conducta de una empresa que amenaza con sanciones a sus trabajadores si participan en una interrupción colectiva de la actividad laboral realizada en la empresa con finalidad reivindicativa, y quizá también la conducta de una empresa que promete ciertos beneficios a sus trabajadores si no participan en una interrupción colectiva de la actividad laboral realizada en la empresa.

Sin embargo, el mero hecho de que una conducta prive a una huelga (a una interrupción colectiva de la actividad laboral realizada por los trabajadores de una empresa con finalidad reivindicativa) de su plena efectividad no basta para concluir que esa conducta impide u obstaculiza la realización de la huelga; no basta, por tanto, para concluir que esa conducta está prohibida por el primer enunciado del art. 28.2 CE. En realidad, este artículo no prohíbe poner obstáculos para dificultar o evitar que consigan sus objetivos quienes realizan una huelga; del mismo modo que el art. 20.1 CE no prohíbe poner obstáculos para dificultar o evitar que alguien que se ha expresado libremente consiga sus objetivos. Los enunciados jurídicos que atribuyen el derecho a realizar una determinada actividad no atribuyen también el derecho a conseguir el fin perseguido con la realización de dicha actividad.

Ciertamente, una sustitución interna realizada por una empresa priva a una huelga de su plena efectividad; impide que la huelga consiga sus objetivos. Pero no impide u obstaculiza la realización de la huelga. Por tanto, dicha conducta no está prohibida por el primer enunciado del art. 28.2 CE y la empresa que la realiza no vulnera dicho

enunciado. Es más, ni siquiera violaría este precepto una empresa que en caso de huelga realizara una sustitución externa, pues tampoco esta impediría u obstaculizaría la huelga. Sin embargo, la sustitución externa, a diferencia de la sustitución interna, aunque no esté prohibida por el art. 28.2 CE, sí está prohibida por el Derecho, concretamente, por el Real Decreto-ley 17/1977, antes citado. Esta prohibición, la prohibición de una sustitución externa durante una huelga, no es, pues, una «exigencia» o «consecuencia» del derecho a la huelga, sino una medida complementaria de este derecho, tendente a aumentar la protección de los trabajadores frente a los empleadores. Pero el legislador español no ha querido aumentar esa protección, prohibiendo también la sustitución interna.

En definitiva, en mi opinión, la tesis general, contenida tácitamente en la STC 33/2011, «las conductas que privan a una huelga de su plena efectividad vulneran el art. 28.2 CE» es falsa. A pesar de ello, dicha tesis está implícita en sentencias posteriores del Tribunal Supremo. En una de ellas, la de 11 de febrero de 2015 de la Sala de lo Social, dicho Tribunal dice lo siguiente: «En definitiva, la doctrina que, con carácter general, formulamos en la presente sentencia es la siguiente: No solo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos».

Voy a finalizar este trabajo comentando brevemente esta sentencia. En la STC de 2011 que he comentado antes, la tesis general «las conductas que privan a una huelga de su plena efectividad vulneran el art. 28.2 CE» solo está implícita. Pero en la STS de 2015 que acabo de citar, el TS formula expresamente una tesis general, y además el propio tribunal la califica como «doctrina general»: la tesis «cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos se lesiona el derecho de huelga».

Los juristas españoles estamos habituados a que nuestros tribunales de justicia formulen esas tesis generales, pues parece que están habilitados para ello por el art. 1.6 de nuestro Código Civil: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Sin embargo, en mi opinión, este precepto, que es del año 1974, es incompatible con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, cuyo art. 2 establece que la única función de los jueces y Tribunales es la jurisdiccional, o sea, la función de decir el Derecho creado por otras instancias. Pero también es incompatible con la Constitución Española de 1978 en ese aspecto, dado que su art. 117.3 y 117.4 prescribe lo mismo que la citada Ley Orgánica. En realidad, cuando un tribunal judicial crea doctrina, no solo infringe estos preceptos constitucionales, sino también la doctrina política de la separación de poderes en la que se inspiran dichos preceptos. Atenta también contra la democracia como forma de gobierno, consagrada en el art. 1.1 de la Constitución, dado que un tribunal judicial carece de representatividad política para crear normas generales. E infringe también en varios aspectos el art. 9.3 de la Constitución, que «garantiza» la seguridad jurídica, así como la irretroactividad y la publicidad de las normas. Por no hablar de la posibilidad de que un tribunal cambie su doctrina de un día para otro, sin previo aviso. A todo ello hay que añadir los abusos frecuentes a que esa práctica judicial da lugar, como ocurre en el caso actual, según voy a argumentar a continuación. Resulta sorprendente que el Tribunal Supremo, capaz de detectar la más leve infracción de la Constitución, no atisbe el menor indicio de inconstitucionalidad en su propia práctica de crear doctrina jurisprudencial, a pesar de que los indicios que existen de ello son numerosos y evidentes.

Otra diferencia entre la STC del año 2011, que antes he comentado, y la STS del año 2015, que he citado posteriormente, consiste en lo siguiente: la primera habla del art. 28.2 de la Constitución, esto es, habla de un enunciado jurídico, concretamente, de un enunciado jurídico que dice textualmente «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses»; la segunda sentencia, en cambio, habla del derecho a la huelga, un ente ideal o abstracto. Es un ejemplo de esa costumbre, seguida por nuestros altos tribunales, los legisladores y juristas teóricos, consistente en no hablar de textos, enunciados, constitucionales, sino de principios, derechos, libertades, etcétera, «consagrados» o «reconocidos» en los enunciados correspondientes. Estas locuciones, cuya interpretación correcta es la literal, asumen la existencia de entidades ideales (principios, derechos, libertades, valores, etcétera), que suscitan serias dudas estrictamente ontológicas, además de otros numerosos problemas no estrictamente ontológicos, por ejemplo, el de cómo definir o en qué consiste esa relación de consagración o reconocimiento existente, según se supone, entre un enunciado constitucional y el correspondiente principio, o derecho, o libertad, etcétera,

consagrado o reconocido en él. Aunque, claro, hablar de principios, derechos, etcétera, tiene la ventaja de que la naturaleza y contornos de esos entes ideales son oscuros (indeseables criaturas de la oscuridad, los llamaría W. V. QUINE). Por esta razón, de ellos es posible afirmar o negar casi cualquier cosa.

Cabe la posibilidad de no entender literalmente la doctrina formulada en la STS del año 2015, antes citada. Cabría suponer que en la tesis general «cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos se lesiona el derecho de huelga», la locución «se lesiona el derecho de huelga» significa simplemente «se vulnera el art. 28.2 de la Constitución». Entendida de este modo, estamos ante una tesis que es consecuencia de la tesis del Tribunal Constitucional, que acaba de ser comentada, «las conductas que privan a una huelga de su plena efectividad vulneran el art. 28.2 CE». Ambas son igualmente falsas, en mi opinión; y además gratuitas, puesto que no son conclusiones de ningún razonamiento que pretenda probar que son verdaderas.

Y a ello hay que añadir que, a pesar del desparpajo con que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo afirma que está creando doctrina, al formular la tesis en que consiste esa doctrina, la Sala actúa fuera del marco habilitado para ello por ese discutible art. 6.1 del Código Civil: el marco de la interpretación o aplicación del Derecho. Pues interpretar el Derecho es atribuir sentido a un enunciado jurídico, y al decir que una conducta determinada vulnera un determinado enunciado jurídico, no se está atribuyendo sentido a ese enunciado, no está interpretando el enunciado. Por otra parte, aplicar el Derecho es aplicar un elemento del Derecho (ese elemento del Derecho es, en mi opinión, un enunciado jurídico; aunque, según otras opiniones, ese elemento del Derecho podría ser una norma de otro tipo o un principio). En cualquier caso, un tribunal de justicia aplica el Derecho solo, y no siempre, cuando dicta un enunciado singular, una decisión, que resuelve un litigio. Pero al formular una tesis general, al formular doctrina jurisprudencial, un tribunal de justicia no formula obviamente un enunciado singular, una decisión, y, por ello, no aplica el Derecho.

EL DEBER DE CONTRIBUIR EN UN SISTEMA DE INGRESOS PÚBLICOS CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDO

Marcos M. PASCUAL GONZÁLEZ*

Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Oviedo

Resumen:

Los límites que el legislador tiene para el ejercicio de su poder tributario son muchas veces vulnerados, sin que, lamentablemente, el control por los tribunales solucione tan mala actuación. Por ello, la idea que se defiende en este trabajo es la de que los principios que se recogen en el artículo 31.1 de la CE deberían estar recogidos en la ley reguladora de cada figura impositiva.

Abstract:

The limits that the legislature has for the exercise of its tax power are often violated, without, unfortunately, control by the courts solves such bad practice. Therefore, the idea defended in this paper is that the principles set out in Article 31.1 of the Spanish Constitution should be included in the law regulating each tax figure.

El deber de contribuir en un sistema de ingresos públicos constitucionalmente válido

No es extraño comprobar que al momento de invitar a ponentes para presentar trabajos en unas jornadas que abarquen un amplio espectro del ámbito jurídico, los profesores que nos dedicamos al Derecho Financiero y Tributario quedemos relegados, siendo preferidos los economistas para tratar temas tributarios.

Nuestros colegas juristas, quizá por sus reminiscencias de estudiante de Derecho que alguna vez fueron, mantienen la creencia de que los temas tributarios corresponden al ámbito de la economía y no a la ciencia jurídica.

* Para favorecer el contacto o mantener cualquier debate académico en esta u otra materia, se puede hacer a través del correo electrónico del autor: mapascua@uniovi.es.

Por tal motivo agradezco a los organizadores de este III Coloquio Binacional México - España el que hayan abierto el ámbito de estudio a algo tan importante como es el deber de contribuir.

Y es el rechazo que el jurista hace a esta rama de nuestra ciencia lo que provoca la situación fiscal que, al menos en España sufrimos. Porque dejar en manos de los economistas algo tan serio y trascendental como son los impuestos, nos lleva a ridículos tales como tener que pagar en España por el sol.

Con la reforma operada en 2014 en la Ley de Impuestos Especiales, se regula el Impuesto Especial sobre la Electricidad, configurando su hecho imponible, entre otros supuestos, el consumo por los productores de energía eléctrica de aquella electricidad generada por ellos mismos. Es decir, el autoconsumo de energía eléctrica producida, por ejemplo, por una placa solar instalada en un domicilio particular.

Este impuesto es conocido popular y coloquialmente como el impuesto al sol. Y no falta razón denominarlo así, pues no es otra cosa que gravar por la producción de energía eléctrica a través del sol cuando sea para consumo propio. Y con tal premisa, por más que se busque, es imposible encontrar una manifestación de capacidad económica gravada por este hecho imponible.

El único tributo que cabría aquí, en tanto no debe responder necesariamente a este principio de capacidad económica, sería una tasa. Pero ello es imposible en tanto ni el sol, ni su luz, ni su calor, ni su energía pueden catalogarse como dominio público.

Al legislador, por tanto, no le quedaba otra opción que el uso de la figura tributaria del impuesto pese a la clara y evidente vulneración del principio de capacidad económica.

Es cierto que la doctrina del TC en la materia configura al principio de capacidad económica como eje central del ordenamiento jurídico tributario. Son numerosas las sentencias en este sentido. Así encontramos la STC 37/1987, de 26 de marzo en su FJ 13.º, o la 194/2000, de 19 de julio en su FJ 8.º.

En esta jurisprudencia constitucional se establece que el legislador (estatal o autonómico) no podrá establecer tributos sobre una materia que no refleje riqueza real o potencial, o lo que es lo mismo, sea inexpresiva de capacidad económica (STC 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 5.º). Por ello se hace necesario, por tanto, que siempre

se someta a tributación «una concreta manifestación de riqueza o de renta real, que no inexistente, virtual o ficticia» (SSTC 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 4; 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 6; y 19/2012, de 15 de febrero, FJ 7).

Si atendemos a este parecer del TC, es evidente que un hecho imponible que grava el consumo por el propio productor de energía eléctrica no somete a tributación ninguna concreta manifestación de riqueza o de renta real. Ni siquiera la Exposición de Motivos de la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se introduce el Impuesto en la Ley de Impuestos Especial, nos sirve para aclarar la duda. En ella solo se dice que el nuevo Impuesto Especial sobre la Electricidad deja de configurarse como un impuesto sobre la fabricación, para pasar a ser un impuesto que grava el suministro de energía eléctrica para consumo o su consumo por los productores.

Que un ciudadano instale en el tejado de su vivienda una placa solar para obtener energía eléctrica del sol, no es una manifestación de riqueza. Tampoco lo es la energía que ha producido y que él mismo consume.

La única posibilidad de encontrar tal manifestación sería por el ahorro que le produce el consumir su propia energía y no acudir a una empresa distribuidora. Sin embargo, ese ahorro es difícilmente constatable, con lo que no podríamos estar ante un supuesto de manifestación de riqueza o de renta real, sino, en todo caso, ante un supuesto de renta virtual, cuando no inexistente o ficticia, lo cual ya ha dejado meridianamente claro el TC que es a todas luces inconstitucional.

Pero pese a la evidente inconstitucionalidad del precepto, el legislador impone la aplicación de este hecho imponible, que estará vigente hasta que el TC se pronuncie. Y, mientras tanto, los productores que consuman su propia energía, deberán cumplir con su deber de llenar las arcas públicas aun con figuras tan siniestras. Siendo ese «mientras tanto» un lapso de tiempo prolongado dada la lentitud en la resolución de algunas cuestiones por parte del TC.

Y califico, sin ambages, de siniestra esta figura impositiva pues no cabe otro calificativo cuando el legislador, en un abuso dialéctico, usa el eufemismo de denominar como productor al ciudadano que tiene una placa solar en su tejado. Pretende así darle un marchamo de actividad económica que soslaye la inexistencia de capacidad económica sujeta a gravamen.

Querer, pues, gravar la energía del sol nos lleva a la Inglaterra de finales del siglo XVII cuando el Rey Guillermo III de Inglaterra, acuciado por sus deudas con los prestamistas, pidió a sus ministros que buscaran una manera de acrecentar los ingresos del Estado. La solución que estos aportaron fue la creación de un nuevo impuesto que gravara el aire y la luz del sol. Así nació el *window tax*, el impuesto de las ventanas, que obligaba a los propietarios a abonar unos chelines por cada ventana que tuviera su casa.

El resultado, sin embargo, fue el contrario al esperado por el Rey. Casi todas las familias humildes y muchas de las ricas optaron por tapiar las ventanas de sus casas, lo que conllevó un terrible aumento de las enfermedades sobre todo en las ciudades, carentes de alcantarillado público y las mínimas medidas de higiene. No solo las arcas del Rey no ingresaron la cantidad esperada por el *window tax*, sino que, al decrecer la actividad artesanal y comercial, vieron disminuidos sus réditos por otros impuestos.

Pese a su fracaso recaudatorio, el impuesto se mantuvo hasta su derogación en 1851, por lo que durante 150 años los ingleses tenían que optar entre pagar el impuesto o renunciar a la luz del sol.

En España, pese a las horas de luz solar de las que disfrutamos, vamos a tener también que decidir si pagamos el impuesto al sol o la factura de luz y gas.

Es lo que tiene, retomo la idea, de dejar en manos de economista lo que debería estar en manos de juristas. Porque el jurista atiende a normas y principios desde los que elaborar un sistema si no justo, al menos que no sea tan bufo como para ser motivo de burlas en la prensa de allende nuestras fronteras

Cuando hace unos años, el Ministro de Hacienda del Gobierno de España (otro economista) formó una Comisión para la reforma del sistema fiscal español, solo contó con un profesor de Derecho Financiero y Tributario; los 8 restantes eran economistas.

Solo desde el respeto al sistema de normas y principios por el que nos regimos, se puede alcanzar un sistema tributario justo. Y quien desconoce el mecanismo de lo normativo no puede lograr su respeto. El Derecho lo conoce el jurista, que es en quien se debe apoyar el legislador si quiere disponer de un conjunto de normas cabales y no de un disparate sin fundamento que deba modificarse cada 15 días.

Porque como dijo en un discurso pronunciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Laguna en el día de San Raimundo de Peñafort de 1947 el que fuera Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Laguna, el profesor González Vicen, todos los juristas somos de una forma u otra creadores del Derecho, incluso en un sentido más profundo, más real, que el legislador de cada momento histórico. Es el jurista el que proporciona al legislador con sus conceptos, sus elaboraciones dogmáticas y su ciencia, el armazón necesario para que este conforme un orden normativo sistemático, coherente, lógico, y por qué no decirlo, inspirado en criterios de justicia. Y es el jurista, imbricado en la sociedad, el que construye esa red tupida de los ideales jurídicos, esa sustancia ética de las que se nutren los Derechos positivos cuando quieren ser algo más que la formulación coactiva de una voluntad arbitraria.

Sin embargo, estas palabras no han sido acogidas por la jurisprudencia en nuestro país. Lo que se encarga de recordar a cada oportunidad que tiene el TC, como en la conocida Sentencia 185/1995, en la que explícitamente recuerda que las categorías dogmáticas elaboradas por la doctrina científica no vinculan al legislador ordinario ni tampoco al propio Tribunal Constitucional.

Es evidente que no vinculan, pero eso no implica que se deban dejar arrinconadas en el olvido. El acervo científico del Derecho en general y del tributario en particular, que es el que ahora nos ocupa, debe estar en la base de toda actuación legislativa y judicial. Lo contrario sería dejar al albur del oportunismo político cualquier decisión jurídica.

Cosa bien distinta es pretender que ese acervo doctrinal sea inmutable. En las aulas de Derecho se tiende, en demasiadas ocasiones, a exponer de forma generalmente autoritaria y acrítica conceptos y teorías jurídicas. Ello lleva al alumno, pues así se lo transmite el profesor, a tener la convicción de que las definiciones de conceptos y clases expresan la verdad científica. Lo que deriva, como acertadamente expuso John Henry Merryman, en su conocida obra *La tradición jurídica romano-canónica*, en que una definición no se vea como algo convencional, válido solo mientras sea útil, sino que, en cambio, se convierte en una verdad, es la encarnación de la realidad.

El Derecho es mutable, por lo que así han de ser también las definiciones científicas, que habrán de ser modificadas y sustituidas cuando no expliquen satisfactoriamente las realidades sociales actuales. El Derecho, incluyendo las normas, las resoluciones

judiciales, la doctrina administrativa y la doctrina científica, deben adaptarse a la realidad social. Pero de todas ellas, en mi opinión, es la doctrina científica la que debe ser la base por la que transitar desde la tradición hacia la adaptación del Derecho.

El legislador por supuesto que también debería ajustarse a tales parámetros, pero su componente político es innegable. Por ello el control judicial que deba hacerse de la actuación del legislador debería estar inspirado en los conceptos jurídicos ofrecidos por la doctrina científica. No para evitar cambios, sino para asumirlos sin romper el sistema de normas que nos hemos brindado. Doctrina científica jurídica, no económica.

Tales cambios se deben hacer también repensando lo dicho por nuestros maestros. Como mantenía el profesor Pérez de Ayala, el planteamiento metodológico aconsejable «debe partir de lo ya hecho, de aquello que constituye el acervo científico del actual Derecho tributario, aunque sea para disentir en buena parte, y para tratar de modificarlo y sustituirlo, en la medida en que se muestre incapaz de explicar satisfactoriamente muchas de las realidades jurídico-positivas del Derecho tributario actual».

Por tanto, recorrer otros caminos, aunque nos lleven al mismo punto de destino, no es tarea desdeñable por parte del investigador, pues más de una sorpresa nos puede deparar. Como aconseja Maquiavelo en *El Príncipe*, «Caminando casi siempre los hombres por los caminos trillados por otros, procediendo en sus acciones a imitación de sus antecesores, y no pudiendo seguir en todo los caminos de los demás ni elevarse a la perfección de aquellos a quienes imitan, debe el hombre prudente elegir siempre los caminos trillados por varones insignes e imitar a los que sobrepujaron a los demás, a fin de que, si no logra igualarlos, al menos se acerque a ellos; debe hacer como los arqueros avisados, que, al parecerles el lugar donde desean apuntar demasiado lejano, y conociendo hasta dónde alcanza la fuerza de su arco, apuntan más alto que el objeto que tienen en mira, no para llegar con sus flechas a tanta altura, sino para poder, con la ayuda de esta cota, alcanzar su objetivo».

Ejemplo de ello lo podríamos encontrar observando el deber de contribuir desde otra óptica dogmática, esto es, la consideración de un deber que, a su vez, resulta impensable sin conectarlo con la existencia de un derecho. Todos, dice el artículo 31.1 CE, tienen el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Sí, pero también todos tienen el derecho a que ese deber solo llegue hasta donde tenga que llegar, no más allá. Esto no constituiría ninguna novedad, somos conscientes de ello, pero sí puede

conformarse como premisa a la hora de reconsiderar lo que hasta ahora se entendía como algo pacíficamente aceptado. Podemos tomar como punto de partida la idea expuesta por el profesor Rodríguez Bereijo cuando señala que todo el proceso de aplicación de los tributos encuentra su raíz y su justificación en el deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que nuestra Constitución impone en el artículo 31, y solo a partir de este puede entenderse cabalmente la singular posición en que la Constitución sitúa al Estado y demás entes públicos, como titulares del poder tributario, y a los ciudadanos en cuanto sujetos de ese deber constitucional.

Estando de acuerdo con ello, podemos traer a colación la cita de los arqueros de Maquiavelo y apuntar más alto para poder llegar un poco más lejos. En este sentido se podría considerar que el fundamento primigenio está en el deber de contribuir, deber asumido por los ciudadanos al someterse voluntariamente a un determinado sistema tributario (principio democrático de autoimposición). El Estado podrá ejercer su potestad tributaria, podrá exigir tributos, no porque el ciudadano acepte un tributo determinado o una específica ley tributaria, sino porque se ha aceptado una configuración constitucional del deber de contribuir. El ciudadano ha aceptado contribuir, por lo que el Estado podrá ejercer su potestad tributaria. Pero, y aquí quizá es donde pueda iniciarse el debate, condicionada su actuación recaudadora al posterior ejercicio de su poder de disposición del gasto público. El deber de contribuir constitucionalmente aceptado exigiría, para su pleno y cabal cumplimiento, que el gasto público se adaptase también a las exigencias que en la Constitución se han establecido y que los ciudadanos han aprobado.

Definida sumariamente la actividad financiera como el proceso de obtención de ingresos públicos para la realización del gasto público, podríamos considerar que el deber de contribuir preside toda esta cuestión. Así se obtendrán los ingresos públicos de quién tenga capacidad económica. Es irrelevante la personificación concreta del contribuyente, pues lo será todo aquel que manifieste la referida capacidad económica. La pregunta que nos planteamos es la de cuál es la finalidad de contribuir, para qué o por qué se tiene que contribuir. La respuesta resulta obvia: para sostener el gasto público. Y así también podemos entender que al Derecho financiero la Administración no le interesa como sujeto central o axial, sino en cuanto sujeto que va a realizar un gasto. Y es la necesidad de su adecuación a los principios de justicia donde precisamente reside la justificación del gasto. Lo que nos lleva de nuevo al deber de

contribuir. Al Derecho financiero le interesa la justificación del gasto público para que el deber de contribuir sea pleno, tenga una razón de ser completa.

Aunque para ello requeriría un control serio del gasto público desde la perspectiva de los principios de economía, eficacia y eficiencia, como mantiene la mejor doctrina, entre ellos, el profesor López Díaz.

Aquí podríamos tener un punto de partida para una nueva visión del Derecho financiero. Existe un deber de contribuir que se justifica en un eficaz y eficiente gasto público. La Constitución es el fundamento del poder tributario, pero no para cualquier imposición, sino solo para la que lleve aparejada un gasto constitucionalmente admisible de acuerdo con los principios de justicia que lo han de informar.

Como afirma el profesor Simón Acosta, la homogeneidad de un sector del ordenamiento y lo que determina la adscripción al mismo de una norma viene dada no tanto por el objeto de dicha norma por cuanto los intereses y fines de la acción humana que entran en juego y que se pretenden ordenar con la norma jurídica. Esa homogeneidad quizá la pueda ofrecer el deber de contribuir cabalmente considerado, pues entendemos que así se podrían completar las concepciones objetivas, subjetivas y funcionales del Derecho Financiero, a las que siempre se critica por no abarcar de modo pleno todo el campo de actuación de la asignatura.

Es cierto que, desde algún sector doctrinal, como es el caso del profesor Lozano Serrano, se apunta que en el gasto no hay interés público. Pero esto es cierto si el gasto es considerado en sí mismo, sin que entre en relación con otros aspectos. En nuestra opinión, el interés público tutelado no es el del gasto en sí, sino el del deber de contribuir. Este será justo cuando el gasto lo sea, por tanto, las normas del Derecho Financiero tutelan en el gasto un interés público, que no es el gasto en sí sino la justicia del gasto. Por tanto, como antes apuntamos, que el gasto sea justo da justificación a que antes se haya procedido a la obtención del ingreso. Así visto, consideramos que no hay objeción alguna para entender que sí hay interés público tutelado en el gasto.

Recordemos que, en su concepción del Derecho financiero, Grizotti consideró necesario incluir no solo los ingresos, sino también los gastos, pues entendía necesario conocer no solo los ingresos, sino también cómo se gastan.

En general, la doctrina científica ha recurrido a distintos criterios de delimitación para un concepto de Derecho Financiero, pero en la mayoría de los casos se acepta la posible insuficiencia de cada uno de ellos por separado para fijar el concepto, por lo que los esfuerzos finalmente parecen haberse centrado en destacar alguno de los criterios posibles pero sin excluir la necesaria referencia a los demás.

Ciertamente, ninguno se erige en el eje central del Derecho financiero. Por eso se podría plantear su consideración como instrumentos para alcanzar el interés superior que ha de ser el núcleo, el eje, del Derecho financiero, que es, como estamos planteando, el deber de contribuir.

Aceptamos y compartimos, como no podía ser menos, la definición clásica del Derecho financiero aportada por el profesor Sainz de Bujanda, que la considera la «Rama del Derecho público interno que organiza los recursos constitutivos de la Hacienda del Estado y de las restantes entidades públicas, territoriales e institucionales, y regula los procedimientos de percepción de los ingresos y de ordenación de los gastos y pagos que tales sujetos destinan al cumplimiento de sus fines». En atención a ella señala que «la definición de la disciplina debe referirse al conjunto de principios y de preceptos positivos que regulan el ciclo completo del fenómeno financiero, pero teniendo en cuenta que la gestión abarca tanto las operaciones encaminadas a la obtención de ingresos como las que se dirigen a la transformación de ingresos obtenidos en servicios públicos».

Pero a partir de aquí se puede ir más lejos. Lo que regula el Derecho financiero y su contenido, efectivamente, es lo que señala el profesor Sainz de Bujanda, pero esto no es el fin último, sino el instrumento que nos lleva a la consecución de un fin cualitativamente más importante y último: el deber de contribuir.

Para Rodríguez Bereijo, el Derecho financiero es «el ordenamiento propio y singular de la Hacienda Pública», definición que nosotros completamos en el sentido de considerarlo como «el ordenamiento propio y singular de la Hacienda Pública teleológicamente encaminado a la cabal consecución del deber de contribuir». Y por ello, cuando su definición la completa aclarando que por Hacienda Pública entiende el conjunto de normas que regula el ejercicio de las funciones financieras del Estado y demás entes públicos, consideramos oportuno añadir «con el objeto de que se cumpla en todos sus términos el deber de contribuir».

Importante es lo que Rodríguez Bereijo dice de la unidad entre ingresos y gastos sobre un criterio teleológico. Efectivamente, pero el interés jurídicamente protegido por las normas del Derecho financiero no es esa conexión instrumental entre ingresos y gastos (ingresar para gastar dice Sainz de Bujanda). El interés protegido es el deber de contribuir. El Derecho financiero regulará el ingreso y el gasto desde una unión teleológica configurada por el deber de contribuir. Solo cuando ingreso y gasto sean constitucionalmente válidos y justos, estará justificado que a un sujeto se le exija que cumpla con su deber de contribuir.

Somos conscientes de un posible riesgo que ello conlleva: si solo hay deber de contribuir cuando el gasto es justo, de considerarse injusto el gasto se podría dar pie a la objeción de conciencia fiscal o, incluso, a la insumisión fiscal. Hay pues, que ser prudente en los planteamientos. Y más en estas fechas en que el Gobierno comunica una nueva socialización de las pérdidas, en este caso, de las empresas adjudicatarias de las autopistas de peajes. Esas empresas que claman por el liberalismo económico bajo el manto protector del Estado cuando las cosas van mal.

Estiman los profesores Bayona de Perogordo y Soler Roch que la definición del Derecho financiero debe partir de concepto sencillo sin desconocer sus elementos configuradores. Por ello, a partir de estas ideas, podríamos señalar que el Derecho financiero es el ordenamiento jurídico que regula el deber de contribuir, conformado por normas tendentes a alcanzar un sistema justo de gasto público que den validez al conjunto de ingresos públicos obtenidos con arreglo a la Constitución.

Con esta definición, coincidimos con el profesor Calvo Ortega en que las grandes cuestiones del Derecho Financiero en la actualidad no giran en torno a los sujetos públicos sino a los obligados, a sus derechos y garantías, a la neutralidad fiscal, a la celeridad de los procedimientos, etcétera. Si el Derecho debe servir a la realidad social y estar al servicio de los ciudadanos debe girar en torno a esas grandes cuestiones y no tener como centro de su razón de ser, principalmente, a la Administración Pública. Esto, como mantiene el profesor Calvo Ortega, no significa que el Derecho Financiero tenga que seguir una senda privatista y que el poder tributario y financiero en general, deba ser sustituido por las garantías de los sujetos privados. Se trata de ofrecer un concepto armónico, equilibrado, que contemple las dos vertientes.

Por lo dicho hasta aquí podemos señalar que el Derecho financiero es el ordenamiento jurídico que regula el deber de contribuir, conformado por normas tendentes a alcanzar un sistema justo de gasto público inspirado en los principios de economía, eficacia y eficiencia que den validez al conjunto de ingresos públicos obtenidos con arreglo a la Constitución.

Así, podemos tener un punto de partida desde el que se podrían repensar los planteamientos dogmáticos tradicionales del Derecho Financiero, incluido, por qué no, el propio concepto de tributo o el de prestación patrimonial coactiva.

Ahora bien, tras lo dicho hasta aquí es lógico que nuestro pensamiento crítico se centre en los conceptos de «justo» y «justicia». No los voy a abordar, ya no solo por su complejidad y amplitud, sino porque probablemente no nos lleve a ningún camino en una materia tan revestida de tintes políticos como es la tributaria y financiera. Responder a cuestionamientos sobre qué tributos son justos, cuál es el grado de exigencia tributaria que no sobrepasa los límites de la justicia o, en la línea de este ensayo, cuándo podemos entender que un gasto es justo para ser fundamento de una correcta imposición al deber de contribuir, implica la aludida respuesta un revestimiento ideológico en el que no podemos ni queremos adentrarnos.

No obstante, tal cautela no es óbice para reconocer que la base del principio de justicia, como se defiende aquí, debe ser inspirada por la labor de la investigación eminentemente jurídica. Recordando las palabras del profesor González Vicen, nuestra labor como investigadores debe ser la de revestir de forma rigurosa con la consistencia jurídica necesaria a los principios y a los conceptos de los que se nutre nuestra disciplina. Nos corresponde, a quienes hemos orientado nuestra carrera profesional a sumergirnos en la ciencia tributarista, defender desde nuestras investigaciones el aspecto jurídico del tributo, pues solo desde el respeto a la configuración constitucional del tributo se consigue una contribución basada en un sistema tributario justo.

Que sea el sistema tributario el que deba estar investido de esa cualidad de justicia, no debería ser una carta en blanco para que el legislador no deba atender a los principios constitucionales al momento de la configuración legal de una figura tributaria concreta. Ni tampoco la excusa perfecta para que el TC o el TS refrenden en sus sentencias tal incorrecta praxis legislativa.

Un ejemplo de las consecuencias de este incorrecto proceder de los Altos Tribunales españoles lo encontramos en una curiosa sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en relación con el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. El hecho imponible del referido impuesto lo constituye el incremento de valor que experimentan los terrenos urbanos, que se pone de manifiesto como consecuencia de la transmisión. Mientras que su base imponible se determina por unos criterios objetivos en los que no se atiende a la realidad económica de la operación. El problema surge cuando en la transmisión el titular sufre una pérdida económica.

Si aplicamos con rigor los conceptos doctrinales que han conformado la ciencia tributaria desde los principios constitucionales, la falta de materialización del hecho imponible, esto es, la falta de incremento de valor, debería ser impedimento para la aplicación de las normas de determinación de la base imponible.

El IIVTNU responde, en líneas generales, al principio de capacidad económica en la configuración de su hecho imponible. Sin embargo, son sus normas reguladoras las que llevan a que, en ocasiones, como la que ahora planteamos, se vulnere el principio de capacidad económica con la posibilidad de que se declare su inconstitucionalidad, salvo que el TC encuentre encaje constitucional a un impuesto que, en ocasiones, no es revelador de una manifestación de capacidad económica real.

Afortunadamente, no todos los tribunales siguen esta línea de actuación. Muestra de ello es, por ejemplo, la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 20 julio 2015, que asume la doctrina de que si no hay hecho imponible no procede pasar a aplicar las normas de la base imponible. Esta sentencia es consecuencia de otra del juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 3 de Valencia, en la que se afirma que no cabe «interpretación de las normas, pues el legislador ha configurado el cálculo de la base imponible del impuesto de una manera muy clara que no permite margen interpretativo». Es decir, que la base imponible es el reflejo de un incremento del valor determinado objetivamente, sin atender a las circunstancias concretas de cada terreno, sin que exista una comparación entre unos valores inicial y final, o entre un valor de adquisición y enajenación, siendo este el sistema elegido por el legislador, entre diversas fórmulas, para determinar el incremento de valor del terreno. En consecuencia, según el juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 3 de Valencia, ni es una

presunción ni una regla probatoria, sino una regla de valoración que permite cuantificar en su integridad la base imponible a través de un método objetivo.

El TSJ de la Comunidad Valenciana no solo rechaza tal posicionamiento judicial, sino que incluso va más allá al atreverse a calificar como conclusión absurda el sustentar que el incremento de valor a que se refiere el artículo 104 de la Ley de Haciendas Locales es el que resulta de la aplicación del artículo 107 de la misma Ley.

Para no llegar a tales consecuencias absurdas, el TSJ reclama, como mantengo en este trabajo, que la definición predominante que debe darse a los conceptos de los elementos configuradores del tributo ha de ser la jurídica. Por tanto, que los conceptos de hecho imponible y de base imponible se definan desde la concepción jurídica.

Pero más curioso aún en este caso es que la parte recurrente pretendía el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la regulación del cálculo de la base imponible del IIVTNU al quedar gravada una capacidad económica no real sino presunta o ficticia, lo que resulta contrario al principio constitucional de capacidad económica. A lo que el TSJ de la Comunidad Valenciana contesta: «el TC ha seguido una práctica exegética caracterizada por flexibilizar la aplicación rigurosa del principio de capacidad económica... (y este) tiene escasa trascendencia en tributos que gravan hechos imponibles muy concretos, como es el caso de la plusvalía». Como certeramente apunta en su blog Amancio Plaza: «En resumidas cuentas, ¿para qué presentar una cuestión de inconstitucionalidad si el TC no garantiza la aplicación de la garantía en que consiste el principio de capacidad económica!»

Además, el TSJ de Valencia excusa la interposición del recurso porque intuye que el TC va a usar la vía de escape a la que ya he hecho referencia: «los principios constitucionales se aplican sobre el sistema tributario en su conjunto y no necesariamente sobre un único impuesto (...)».

El TSJ de la Comunidad Valenciana, para explicar por qué no presenta una cuestión de inconstitucionalidad, continúa repasando los argumentos del TC para conseguir la constitucionalidad a cualquier precio de una norma tributaria. La base de dicho argumentario está en que los principios constitucionales son de aplicación al sistema tributario en su conjunto y no necesariamente sobre un único impuesto. Especialmente el de capacidad económica, que tiene poco peso específico en los tributos que gravan un

hecho imponible concreto. Esto lleva a que el TSJ de la Comunidad Valenciana concluya: «podría afirmarse la constitucionalidad de un impuesto que no grave la manifestación de una capacidad económica, como excepción a la regla general que debe imperar, pero que, como tal excepción, no empece la constitucionalidad del referido impuesto. Por tanto, podría articularse la conclusión de que la plusvalía, aunque no grave una manifestación de capacidad económica, no por ello es inconstitucional y ello nos conduce a negar la pretensión articulada por la actora referida al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos mencionados».

Pero las anteriores palabras expuestas no son, en ningún caso, la opinión del TSJ de Valencia, sino una suerte de aventurar lo que sentenciaría el TC en caso de elevar la cuestión de inconstitucionalidad. Le viene a decir al recurrente que no se presente la cuestión porque es perder el tiempo ya que el TC va a interpretar la CE desde la óptica del principio de viabilidad en defensa de la legislación y en contra de las garantías constitucionales para el contribuyente.

Es decir, que el TSJ no plantea la cuestión porque presupone lo que dirá el TC, ya que la opinión del TSJ de Valencia se expone bien clara en la sentencia cuando señala:

«Desestimada la pretensión de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en los términos en los que ha sido planteada por la parte recurrente, procede realizar el examen hermenéutico de los preceptos reguladores y, tras ello, poner de manifiesto las dudas sobre la constitucionalidad que desde otro punto de vista pueden suscitarse».

Lo que deja bien a las claras que si el TSJ de Valencia alberga serias dudas de la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley, más dudas aún alberga sobre el papel del TC como garante de la CE.

La tesis, por tanto, que mantengo con mis anteriores palabras y que expongo ahora a modo de principal conclusión, es que los principios que se recogen en el artículo 31.1 de la CE deberían estar, en la medida de lo posible, recogidos en la ley reguladora de cada figura impositiva, pues solo el conjunto de impuestos respetuosos cada uno de ellos por separado con la Constitución garantizan que el sistema tributario, en su conjunto, sea justo.

Nuestra labor como investigadores y pensadores del Derecho debería ser la de resaltar tales carencias legislativas y aportar las soluciones oportunas para que aquellas leyes

que no alcancen el nivel de rigor jurídico necesario puedan ser adaptadas a los principios constitucionales vigentes.

Si dejamos en manos de los economistas la construcción de nuestro sistema tributario, el TC y el TS deberán seguir acudiendo, como en otro lugar expliqué, al principio de viabilidad para dar cobertura constitucional y legal a lo que en rigor no lo tiene.

Ese, y no otro, era nuestro objetivo. Quizá apuntamos hacia cotas altas, pero para alcanzar metas más próximas. Metas que no son ni un fin, ni una teoría. Son propuestas de nuevos caminos de investigación que nos puedan llevar a resolver puntos en los que predominan los claroscuros.

NECESIDAD DE UNA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO COMO OBLIGACIÓN DE UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL

Amada María ARLEY ORDUÑA¹

I. Introducción. II. La problemática: Visión local de Protección al consumidor frente a una realidad comercial internacional. III. Necesidad de Estado de Derecho Social Internacional en materia de consumo transfronterizo. IV. Conclusión. VI. Bibliografía

Resumen:

Los avances tecnológicos y las directrices internacionales en favor de una economía digital y comercio electrónico han generado un nuevo consumidor electrónico que puede realizar transacciones transfronterizas con el empleo de cualquier dispositivo electrónico; ello implica nuevos retos y cuestionamientos en materia de Protección al consumidor, puesto que las legislaciones nacionales las más de las veces encuentran problemas para proteger a su consumidor más allá de sus fronteras, lo cual, reviste la necesidad urgente evolucionar hacia un Estado de Derecho Social Internacional en materia de protección al consumidor a través del compromiso de los Organismos Internacionales, Gobiernos nacionales y Agencias locales de Protección al Consumidor.

Abstract

The development of the International guidelines to support the digital economy and electronic commerce have generated a new online international consumer; he can shop anywhere and anything on the world by internet; this implies new challenges and questions on Consumer Protection, the national laws are insufficient to protect beyond their borders, this mean to the International Organizations, National governments and Consumer Protection Agencies that urges evolve into an International Social Rule of Law.

Palabras clave: Estado de Derecho Internacional, Protección al Consumidor, Comercio electrónico, Solución alternativa de conflictos.

Keywords: *Rule of law, Consumer Protection, electronic commerce, alternative dispute resolution*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es parte de los avances de la investigación doctoral denominada *Resolución electrónica de disputas en el comercio electrónico transfronterizo*, durante el desarrollo de la misma, se detectó la necesidad de crear un Sistema de Protección al Consumidor Electrónico transfronterizo como una obligación del Estado de Derecho Social Internacional, la cual constituye la hipótesis de este breve artículo.

La metodología a emplear será la siguiente: en la primera parte se expondrá el contexto general de la problemática con una breve referencia al marco conceptual; ello servirá como punto de partida para el segundo paso, justificar y sustentar la necesidad de evolucionar a un Estado de Derecho Social Internacional (EDSI) en materia de Protección al consumidor.

¹ Estudiante de Doctorado. Posgrado de Derecho. UNAM. amada.arley@gmail.com

II. LA PROBLEMÁTICA: VISIÓN LOCAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FRENTE A UNA REALIDAD COMERCIAL INTERNACIONAL

A. Contexto General

El siglo XXI se ha caracterizado por el despliegue del desarrollo tecnológico que ha impactado en profundas transformaciones económicas, políticas y sociales. Ya Weber señalaba que las relaciones económicas son las que marcarán el destino de las naciones,² esta aseveración no es lejana de la realidad actual, la primacía de las relaciones económicas reta a los juristas a generar los contrapesos y limitantes legales ante el avasallante curso de la economía neoliberal, manifestada a través del comercio globalizado y del comercio electrónico.

Organismos internacionales como Naciones Unidas, la OCDE,³ la UNCTAD,⁴ y la CNUDMI,⁵ se han encargado de establecer las directrices de desarrollo económico del mundo. Aunado a la apertura de los mercados, los diversos procesos de integración económica, así como el desarrollo de las telecomunicaciones y la interconexión de redes, se tiene por consecuencia un número creciente de usuarios electrónicos y de consumidores en línea y fuera de línea en los mercados el mundo; de forma tal se ha «generado al número de consumidores más grande de la historia».⁶

Ya no se requiere viajar para ser consumidor, se puede serlo en la comodidad de su sala a través de diversos dispositivos: móvil, tabletas y ordenadores; este consumidor puede comprar artículos de diversas partes del mundo. Sin embargo la protección al consumo, está restringida al ámbito local contractual con empresas que se ubiquen en el país de residencia.

En la actualidad las legislaciones de Protección al Consumidor no responden a las necesidades reales de protección de consumo en materia de comercio electrónico

² Weber Max: *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 2.^{da} ed. México, 1964, p. 251.

³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Declaración Ministerial de Economía Digital de la OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Cancún, Quintana Roo, México, 21-23 de junio de 2016, disponible en goo.gl/3ZL4mN.

⁴ Conferencia de Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo, «Informe sobre la Economía de la Información 2015», *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, UNCTAD, 2015, Suiza.

⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI, por siglas en español, UNCITRAL por sus siglas en inglés, United Nations Commission on International Trade Law.

⁶ Palabras de Secretaria General de la Conferencia de Naciones Unidas para la Cooperación y el Desarrollo. «Message to 20th Consumers International World Congress» Mr. Mukhisa Kituyi, Secretary-General of the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Brasilia, 19 November 2015, p. 1.

internacional; ya que se quedan cortas atendiendo a visiones periféricas de competencia y jurisdicciones locales; ante esto, los ciudadanos carecen de una efectiva protección frente a las actuaciones de las empresas extranjeras en el ciberespacio.

Este hecho lanza un gran reto a la comunidad jurídica internacional en función de generar una protección al consumidor transfronterizo; entendido este último para efectos de este trabajo, como aquella persona física que realiza compras en lugares más allá de su residencia.

Por lo que es necesario que esta labor se realice en función de generar un Estado Social de Derecho⁷ que sirva de contrapeso a la economía neoliberal salvaje que pasa por encima del consumidor; por lo cual, se debe dotar al consumidor de las herramientas que lo empoderen frente a aquellos procesos económicos imparables.

La Protección al consumidor, pertenece a una nueva generación de derechos difusos que pretendían proteger el derecho de la colectividad,⁸ este derecho de consumo es parte del Estado de Derecho Social nacido de la pluma de Herman Heller,⁹ que busca proveer un marco mínimo de justicia social en las relaciones económicas empresa-consumidor en un sistema económico.

Sin embargo, en las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (ampliadas en 1999)¹⁰ solo se prevé la cooperación de intercambio de información entre Estados, pero en ninguna parte del texto se prevé la problemática de desprotección del consumidor transfronterizo.

Actualmente las Agencias de Protección al Consumo de diversos países crearon un sitio web denominado *e-consumer.gov*,¹¹ con la finalidad intercambiar información; en él, el consumidor puede ingresar información acerca de fraudes en compras transfronterizas de

⁷ Meil Landwerlin Gerardo: «El estado social de derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Número 42, noviembre-diciembre 1984, pp. 211-224.

⁸ «... desde la primera mitad del siglo XX se manifestaron los primeros movimientos de los consumidores (consumerism), que reclamaron nuevas regulaciones sobre cuestiones específicas, particularmente en los Estados Unidos de América». Ovalle Favela, José, *Derechos del consumidor*, *op. cit.* p. 3.

⁹ Meil Landwerlin Gerardo: «El estado social de derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas», *Revista de Estudios Políticos*, *op. cit.*, pp. 211-224.

¹⁰ Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (ampliadas en 1999) Conferencia de Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, Nueva York y Ginebra, 2001, pp. 1-24.

¹¹ Report international scams online!, [https:// www.econsumer.gov/ econsumer.gov](https://www.econsumer.gov/econsumer.gov).

las que sea víctima; pero las Agencias no se hacen responsables de un seguimiento de la queja por parte de la Agencia foránea a la del lugar en la que reside el consumidor.

Por lo tanto, el consumidor transnacional queda en un estado de indefensión frente a la empresa extranjera que realiza actos de comercio en el ciberespacio sin residencia en su país. Entonces, ¿debería ser esta una función del Estado de Derecho Internacional?¹²

Este autor se decanta por sustentar que debe ser una función del Estado de Derecho Social Internacional, por cuanto se comprende como contrapeso al modelo económico preponderante en el mundo. A través del cual se dote un marco de justicia social transfronteriza a la mayor cantidad de consumidores en la historia de la humanidad. No cabe duda que los consumidores electrónicos aumentarán con el paso de los años en las sociedades en vía de desarrollo.¹³

Los retrasos en la materia regulación en la protección del consumidor transfronterizo electrónico y tradicional es clara, ya que el consumidor electrónico es protegido en las compras que realiza en la jurisdicción y competencia tocante a las legislaciones locales empero no al realizar compras en el extranjero y en caso de conflicto es difícil que continúe un proceso debido a la distancia.

Así pues en los últimos años la protección al consumidor lamentablemente es un contrapeso más aparente que eficaz en la era digital; lo anterior sucede en atención a que los artífices del mercado demandan al Estado la legitimación de figuras jurídicas de forma privada como la solución alternativa de conflictos para facilitar el comercio actual.

De la misma manera, el comercio electrónico requirió desarrollar una justicia privada en el medio ambiente digital para generar confianza en el consumidor. Así la Resolución Electrónica de Disputas (RED) en el comercio electrónico es un tema actualmente discutido en el Grupo III de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), empero lo interesante aquí es cuestionarse que el término justicia privada no implica que se imparta justicia en una relación en la que por naturaleza existe un desbalance entre proveedor y consumidor.

¹² Arrocha Olabuenaga, Pablo: «Consideraciones sobre el Estado de Derecho en el Plano Internacional», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. X, 2010, p. 176.

¹³ Datos públicos que arrojan algunos países y la UNTAD señalan el aumento de transacciones transfronterizas. «Informe sobre la Economía de la Información 2015», *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, UNCTAD, 2015, Suiza, p. 12.

El reto propuesto aquí es crear un Sistema Internacional de Protección al Consumidor Transfronterizo que sirva de contrapeso a las ambiciones desmedidas de la economía digital, dado que a la fecha los Estados mantienen visiones periféricas y regionales sobre la problemática del comercio transfronterizo y la protección al consumidor.

Puesto que los consumidores latinoamericanos, norteamericanos, asiáticos, africanos y australianos se encuentran a la buena voluntad de las empresas extranjeras para solucionar conflictos suscitados por un incumplimiento transfronterizo; mientras que los consumidores europeos solo están protegidos en su región.

B. Resolución Electrónica de Conflictos (RED) en materia de consumo transfronterizo

Para efectos del presente trabajo debe comprenderse al consumidor transfronterizo o internacional, como, aquella persona física que, con independencia de su lugar de residencia, realiza compras vía electrónica o física a empresas extranjera.

La problemática de derecho para dirimir una controversia en una transacción internacional deriva del incumplimiento de la misma; por ejemplo que el producto no sea el que se ordenó, no llegue a tiempo, tenga defectos, no se respete el costo de la compra. Ante lo cual se presentan los siguientes cuestionamientos ¿Cuál es derecho aplicable? ¿Cuál es la jurisdicción y competencia aplicable? ¿El valor de producto merece siquiera instar el aparato jurisdiccional? ¿Cuál es el costo de iniciar una demanda en Tribunales extranjeros? ¿El costo de los abogados? ¿El costo de la traducción de documentos?

Dada la extensión del presente trabajo, solo esbozaré la batalla en el esquema político internacional en la materia y no entraré en profundidad. Algunas empresas motivaron la elaboración de Plataformas de resolución de conflictos de forma privada en materia comercial. Estos agentes promovieron la discusión en las mesas de Organismos internacionales con la finalidad de generar facultades para resolver conflictos en materia de consumo en instancias privadas (servidores y plataformas).¹⁴

¹⁴ Organizaciones no gubernamentales y miembros del Parlamento Europeo han firmado la propuesta para establecer el Grupo de Trabajo III de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Del Duca Louis, Rule Colin, Zbynek Loeb, «Facilitating Expansion of Cross Border e-commerce developing a global online dispute resolution system» *The evolution of Global Trade Over the last thirty years*, Arcelia Quintana, Coord. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, p. 191.

De forma tal que las discusiones internacionales primero en la Organización de Estados Americanos¹⁵ y después en la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, se encuentra dividido en dos corrientes; primero, la estadounidense, de corte liberal que busca crear un sistema central *Online Dispute Resolution*; y la segunda, de corriente proteccionista, detentada por Brasil y Argentina¹⁶ en la OEA y por Europa en Naciones Unidas.

Mientras que en la OEA los debates no prosperaron debido a los puntos irreconciliables entre las dos propuestas; en los debates de la CNUDMI es probable que en vez de erigirse una Ley modelo como inicialmente se pretendía, se logre solo recomendaciones para la actuación de las plataformas de resolución electrónica de disputas.

Lo cierto, es que la Unión Europea ha legislado al interior respecto de la materia, proveyendo de una experiencia nutrida. En 2013, la UE publicó dos nuevos actos legislativos; el primero, la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios que garantiza el acceso de los consumidores a entidades de resolución alternativa de litigios (RAL) de calidad para todo tipo de litigios en contratos con comerciantes.

El segundo acto legislativo de la UE fue el Reglamento (UE) n.º 524/2013 sobre resolución de litigios en línea, con arreglo al cual se creará una plataforma en línea a escala de la UE para litigios derivados de transacciones en línea a partir de enero de 2016.¹⁷

Ninguna de estas disposiciones establece el efecto vinculante o ejecutoriedad del acuerdo o dictamen de conciliación, dado que en los postulados teóricos de las figuras de los SAC dichas figuras no son coercitivas. Por otro lado, la equidad de asesoría jurídica a las partes resulta justa, pero en términos prácticos habrá que analizar si es eficaz, dado que la empresa puede contar con un cuerpo de abogados, mientras que el consumidor puede no tener los medios económicos para ello. Lo anterior implica que el Estado deja de lado su función de contrapeso dando paso a la justicia privada a manos de empresarios.

¹⁵ *Guía legislativa para una Ley Interamericana respecto a la Disponibilidad de Medios de solución de Controversias y Restitución a favor de consumidores*, Presentada por Estados Unidos de América para la CIDIP-VII., Borrador/2/16/2010.

Consultar *Anexo A. Borrador 2/22/2010*. Propuesta Estados Unidos, 2010, <http://goo.gl/duS5m5>, Consultar *Anexo B. Borrador 8/15/2008*. Propuesta Estados Unidos, 2008, <http://goo.gl/ruDIrx>, Consultar *Anexo C. Borrador 2/12/2010*. Propuesta Estados Unidos, 2010, <http://goo.gl/dZM93O>.

¹⁶ Artículo 4, numeral 1 y 2, *Versión simplificada de la Propuesta Final Brasileña, (Propuesta de los Gobiernos de Brasil, Buenos Aires y Paraguay)*, p. 3.

¹⁷ Reglamento (UE) n.º 524/2013, Resolución de litigios consumidor-comerciante derivados de la compra en línea, 21 de mayo de 2013, Textos disponibles en goo.gl/hQqJdM.

III.NECESIDAD DE ESTADO DE DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONSUMO TRANSFRONTERIZO.

El Estado de Derecho de Internacional es un concepto aun en debate por los especialistas,¹⁸ al vincular esta noción con la de Estado de Derecho Social y Derecho de Consumo, se puede lanzar la idea de un Estado de Derecho Social Internacional.

Habrá que reflexionar s  a pesar de la existencia de esta Directriz de Naciones Unidas de Protección de consumo de 1999 y su revisión en 2015,¹⁹ si  Existe un Estado de Derecho Internacional en materia de consumo eficaz? Y s ,  Hay una tendencia hacia un Estado de Derecho Social Internacional, por cuanto hace la materia consumo? Y  es eficaz?

Para responder tales preguntas, se debe atender a dos premisas. Primera, comprender al Estado de Derecho en términos de que oriente a reforzar y garantizar los derechos de los actores, en este caso los consumidores. Y segunda, en términos de eficacia en la aplicación las directrices internacionales, con efecto directo en la vida y esfera jurídica de los consumidores.

Sin embargo, la Revisión de las Directrices de Naciones Unidas para la Protección al Consumo, 2015, establece la Agenda 2030, incluye cuestiones de producción y consumo, no de protección al consumidor ante el incumplimiento de transacciones transfronterizas, ni de impulso a un consumidor informado. Tampoco se prevé una solución real a los conflictos de competencia y jurisdicción en caso de un incumplimiento en una transacción internacional, a la par de los avances tecnológicos.

Los discursos caen en retórica cuando se refieren tales acciones en un Congreso Mundial de *Consumers International (CI)*²⁰ realizado en 2015.²¹ Y los trabajos de la *UNCTAD* y un *primer* Grupo de Expertos en Derecho y Política de Protección de los Consumidores, aun es incipiente.

¹⁸ Se puede consultar Kant, *Paz Perpetua*, 1976 en Bobbio Norbeto, *Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, p. 142. Sobre el establecimiento del orden en la posguerra, se puede consultar: Ruiz Valerio, José, «El Estado de Derecho Internacional una aproximación cartográfica a su definición», *Serie doctrina Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Núm. 65, p. 40.

¹⁹ Objetivos de Desarrollo Sostenible, Naciones Unidas, disponible en goo.gl/oSVcyt

²⁰ Consumers International (CI) Sitio web, disponible en: <http://es.consumersinternational.org/>

²¹ *Message to 20th consumers international world congress*, Mr. Mukhisa Kituyi, *op. cit.*

IV. CONCLUSIÓN

Primero, existe un orden legal local y directrices internacionales en materia de protección de consumo, empero no significa que sean eficaces en la aplicación local; su eficacia depende del paradigma cultural de cada una de las autoridades, gobiernos y personas que administran estas materias en los países, así como el paradigma de los consumidores locales. Si bien este podría ser tema de otra investigación, lo anterior significa que la existencia de las directrices internacionales no implica un Estado de Derecho Internacional que responda del comercio y economía digital que afecta a los consumidores.

Segundo, actualmente la sustancia de las Directrices no responden a cubrir las necesidades de protección al consumo que requiere el consumidor internacional de manera física o electrónica; y por tanto, no se ha logrado un Estado de Derecho Social Internacional eficaz en materia de Protección de Consumo.

Es urgente la necesidad de un Estado de Derecho Social Internacional en materia de protección al consumidor eficaz, la cual afronte las consecuencias del actual comercio y las nuevas multinacionales, existentes y venideras, que no requieren presencia física en las naciones para realizar contrataciones electrónicas y vender productos.

No solo como comercio electrónico empresarial, es decir en relaciones, empresario-consumidor, o conocidas como «B2C» (*bussiness to consumer*), sino también en las llamadas economías colaborativas, de las cuales algunos llaman también economías colaborativas corporativas como Uber).

Así como considerar temas como la adecuada protección de la información personal de los usuarios, su tratamiento, el *profiling*²² y lucro obtenido por las empresas a partir de la información de búsqueda de los usuarios.

Estos temas, en primer lugar, hacen necesario replantear el concepto de consumidor y de usuario de internet; y segundo, es necesario que las Agencias de Protección de consumo adopten el problema de la jurisdicción y competencia en materia de solución de conflictos,

²² «Perfilaje es una técnica para procesar automáticamente los datos personales y no personales, el objetivo de desarrollar el conocimiento predictivo de los datos en la forma de construir perfiles que posteriormente se pueden aplicar como base para la toma de decisiones...», V. Ferraris (AMAPOLA); F. Bosco, G. Cafiero, E. D'Angelo, Y. Suloyeva (UNICRI) «Defining Profiling» Internal reviewer: B. J. Koops (Tilburg University) With financial support from the Fundamental Rights and Citizenship Programme of the European Union, Disponible en <http://goo.gl/NVH7cK>.

como un tema de interés principal y no como un simple intercambio de información como se ha hecho hasta ahora.

A partir de dichos cuestionamientos e ideas y otros tantos que no se alcanzan a plantear con mayor profundidad, considero que se puede repensar y replantear un Sistema Internacional de Protección al Consumo Transfronterizo

V. BIBLIOGRAFÍA

Libros y Artículos

1. ARROCHA OLABUENAGA, Pablo: «Consideraciones sobre el Estado de Derecho en el Plano Internacional», *Anuario Mexicano de Derecho, Internacional*, vol. X, 2010, pp. 173-197.
2. BOBBIO, Norberto: Estado, gobierno y sociedad, Fondo de Cultura Económica, pp. 240.
3. DEL DUCCA, Louis, Colin RULE y Zbynek LOEB: «Facilitating Expansion of Cross Border e-commerce developing a global online dispute resolution system» *The evolution of Global Trade Over the last thirty years*, Arcelia Quintana, Coord. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, pp. 149-203.
4. DÍAZ, Elías: *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1966-1998, p. 208.
5. FERRARIS. V. (AMAPOLA); F. BOSCO, G. CAFIERO, E. D'ANGELO, Y. SULOYEVA: (UNICRI) «Defining Profiling» Internal reviewer: B. J. Koops (Tilburg University) With financial support from the Fundamental Rights and Citizenship Programme of the European Union, Disponible en <http://goo.gl/NVH7cK>.
6. MEIL LANDWERLIN, Gerardo: «El estado social de derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Número 42, noviembre-diciembre 1984, pp. 211-22.
7. OVALLE FAVELA, José: *Derechos del consumidor*, México, UNAM-III-CDDHCU, 2000, p. 99.
8. RUIZ VALERIO, José: «El Estado de Derecho Internacional una aproximación cartográfica a su definición», Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie doctrina Jurídica, núm. 65, p. 40, consultar también, Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1966-1998, pp. 35-78.
9. WEBER, Max: *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 2.^{da} ed. México, 1964, pp. 1237.
10. WITKER, Jorge; VARELA Angélica: *Derecho de la competencia económica en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm.157, pp. 253-297.

Lineamientos, legislaciones normativas.

1. ANEXO A. Borrador 2/22/2010. Propuesta Estados Unidos, 2010, <http://goo.gl/duS5m5>.
2. ANEXO B. Borrador 8/15/2008. Propuesta Estados Unidos, 2008, <http://goo.gl/ruDIrx>,
3. ANEXO C. Borrador 2/12/2010. Propuesta Estados Unidos, 2010, <http://goo.gl/dZM93O>.
4. DIRECTIVA 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, 21 de mayo de 2013, Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32013L0011>.
5. DIRECTRICES de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (ampliadas en 1999) Conferencia de Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, Nueva York y Ginebra, 2001, pp. 1-2.
6. GUÍA legislativa para una Ley Interamericana respecto a la Disponibilidad de Medios de solución de Controversias y Restitución a favor de consumidores, Presentada por Estados Unidos de América para la CIDIP-VII., Borrador/2/16/2010
7. INFORME de Progreso de la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII), Organización de los Estados Americanos Consejo Permanente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, OEA/Ser.G, CP/CAJP-2781/09, 30 septiembre 2009.
8. LEY Modelo de Conciliación Comercial Internacional, 2002, disponible en <https://goo.gl/7BIV2O>.

9. REGLAMENTO (UE) núm. 524/2013, Resolución de litigios consumidor-comerciante derivados de la compra en línea, 21 de mayo de 2013, Textos disponibles en <http://eur-lex.europa.eu/legal>.
10. *VERSIÓN simplificada de la Propuesta Final Brasileña, (Propuesta de los Gobiernos de Brasil, Buenos Aires y Paraguay).*

Informes estatales y declaraciones

1. «INFORME sobre la Economía de la Información 2015»: *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, UNCTAD, 2015, Suiza, p. 12.
2. «MESSAGE to 20th Consumers International World Congress» Mr. Mukhisa Kituyi, Secretary-General of the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Brasilia, 19 November 2015, p. 1.
3. DECLARACIÓN Ministerial de Economía Digital de la OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Cancún, Quintana Roo, México, 21-23 de junio de 2016, disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/56000/Flyer_Espa_ol_090216_XX.pdf.
4. LONG, Amanda: Discurso de apertura de la Directora General de Consumers International: Amanda Long, Congreso Mundial de Consumers International, Brasilia (18-21 noviembre 2015), pp. 1-11.

Sitios web:

1. CONSUMERS International (CI): Sitio web, disponible en: <http://es.consumersinternational.org/>.
2. GRUPO de Trabajo III para la Solución de controversias en línea, Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en <http://goo.gl/4n7qwd>.
3. OBJETIVOS de Desarrollo Sostenible, Naciones Unidas, disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>.
4. REPORT international scams online!, [https:// www.econsumer.gov/](https://www.econsumer.gov/) econsumer.gov Grupo de Trabajo III. Solución de conflictos en línea, Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, disponible en: <http://goo.gl/4n7qwd>.

Estructura de los principios jurídicos en Ronald Dworkin

Adriana María RESTREPO OSPINA

Universidad de León

Resumen: Según Ronald Dworkin, después y al lado de muchos otros, los principios jurídicos son elementos que, además de las reglas, y junto a la moral y la política, integran el derecho. El impacto de estas ideas ha sido grande, tanto académicamente como en la práctica jurídica, especialmente en los Tribunales constitucionales. Para la defensa de esta tesis, el autor ofrece algunos criterios de distinción que, sostiene, permiten identificar cuándo estamos frente a una regla y cuándo frente a un principio, lo que implica dos formas diferentes de operar con tales proposiciones. Una vez revisados dichos criterios, tras la pregunta de si es posible encontrar una distinción clara en el nivel estructural, entre reglas y principios, se concluye que eso no sucede.

Abstract: *According to Ronald Dworkin, the law is made up with rules, but also and mainly, with principles. These ones, and the morals and politics, do conform the law. These ideas have had a great impact, in the academic field and also in the law in action, mainly in the Constitutional Courts. The author provides some criteria to help to identify the rules and the principles, and how to operate with each one of them. Once checked out those criteria, trying to give an answer to the question if there are one which lets us to distinguish between rules and principles in the structural level, it had been found that this doesn't happen.*

ESTRUCTURA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN RONALD DWORKIN¹

Sobre principios jurídicos se ha escrito mucho; recientemente gracias, en parte, a los aportes de Ronald Dworkin en sus críticas al positivismo jurídico. Este nuevo impulso ha generado una manera «renovada» de constitucionalismo: materialización del derecho en sentido moral, ampliación de los márgenes de acción y las capacidades de los jueces para resolver los casos difíciles –activismo judicial– y un desplazamiento de la fe en el legislador hacia una ‘más realista’ o racional confianza en los jueces (García Amado, 2006, p. 163), especialmente en

¹ Este texto hace parte del proyecto de Investigación DER2016-74898-C2-1-R. Conflictos de derechos, tipologías, razonamientos, decisiones. Ministerio de Economía y Competitividad, Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad. Convocatoria 2016.

casos en los cuales: no hay consenso sobre los límites que el derecho impone a la decisión; no hay límites; o los resultados de la decisión parecen inapropiados (Atienza, 2006, p. 219).

En este debate aparece una cuestión importante: cuál es su estructura y su papel en el ordenamiento. Una buena definición de lo que el derecho es y cómo funciona, tiene que incluir, afirma Dworkin, como parte de sus elementos a los principios, que, como verdad que el positivismo no permite observar, sostiene, permiten identificar el derecho de forma distinta, y más compleja, que, mediante una descripción de prácticas sociales, pues al incluirlos en el análisis y explicación de lo jurídico, se evidencia cómo se conectan (o tal vez fusionan) el derecho con la moral y la política. De allí el propósito de este texto, explorar cómo son, estructuralmente hablando, los principios en la teoría Dworkin.

El concepto de derecho y los elementos del sistema jurídico

Hay en la teoría jurídica, genéricamente, dos grandes maneras estándar de definir lo jurídico y sus elementos. El iusnaturalismo, por una parte, permite asumir que el derecho es un sistema dual: una parte, derecho *natural*; la otra, derecho del gobernante o *positivo*; hay una subordinación ontológica que determina que la juridicidad del derecho positivo dependa de su adecuación valorativa al derecho natural, quedando así rezagada la cuestión de cuál es la estructura de las normas.

El positivismo, de otro lado, puede ser dividido en dos grandes tendencias: El positivismo empirista o sociologista, que asume que el derecho está compuesto por hechos sociales, primordialmente por sentencias, que son las que actualizan y determinan en cada caso los deberes y derechos de los sujetos, siendo de mayor relevancia los hechos sociales que las normas, por lo que el problema de la estructura de estas resulta poco relevante. Desde el otro enfoque está el iuspositivismo o positivismo normativista, según el cual el derecho es un conjunto de normas especiales, pues están dotadas de validez intrasistemática, donde el componente estructural resulta clave para definir y explicar el derecho.

La propuesta de Dworkin ha sido entendida como una alternativa influyente, y ha impulsado una corriente crítica contra el positivismo jurídico. Tal doctrina pretende ofrecer una explicación distinta, que asume como más profunda y novedosa, sobre el funcionamiento del derecho en las sociedades demo-liberales. Para ello incluye en el análisis y explicación del

derecho no solamente el componente descriptivo-estructural sino especialmente otro, que se propone agregar luz tanto a los aspectos políticos como a los morales que se ven involucrados en las prácticas jurídicas, especialmente las relacionadas con los actos de expedir constituciones, leyes y decisiones judiciales, mediante un modelo de construcción argumentativa que permita disponer de una teoría política completa que explique y justifique las prácticas de la comunidad y que contenga los elementos (principios) con los cuales resolver, en los casos difíciles, cuál de las partes enfrentadas tiene derechos y obligaciones que los jueces están en la obligación de respetar y conceder.

Los elementos que integran los Sistemas Jurídicos

Una respuesta estándar a esta cuestión es que los sistemas jurídicos están conformados por normas jurídicas, de tipos muy variados, según la perspectiva teórica que se asuma al momento de clasificarlas. Es en cierto sentido tradicional la explicación que ofrece el iuspositivismo: las normas jurídicas son enunciados normativos que expresan un deber ser (prohibiciones, obligaciones, autorizaciones, potestades). Son, además, normas especiales: dentro del amplio espectro de las normas, las jurídicas se caracterizan por un hecho que les es definitorio, la validez, concepto que a pesar de ser objeto de grandes discusiones teóricas, podría resumirse en el hecho de hacer parte, de alguna manera, de un sistema diferenciado de normas, el jurídico.

La estructura de las normas jurídicas

Partiendo de lo anterior, y desde el iuspositivismo, las normas pueden explicarse acudiendo a un modelo estructural condicionado, del tipo: Si se da A, debe ser C. Esta estructura explica de manera general (no específica o casuística) el hecho de que las normas expresan:

A: un antecedente o conjunto de hechos y/o circunstancias que pueden suceder o no, pero que son jurídicamente relevantes, desde la estructura de la norma. En caso de suceder lo consagrado en el antecedente, se entiende que se está frente a la violación de lo ordenado (Deber ser en el sentido de conducta normativamente debida); este hecho permite activar la consecuencia jurídica. En caso de no suceder, se entiende que se está en situación de cumplimiento de lo debido; se trata de la eficacia, según la cual no se activa el consecuente.

C: un consecuente o consecuencia jurídica, que es una acción o conjunto de acciones institucionales (sanciones, premios, nulidades, inconstitucionalidades, etcétera) que aparecen como aplicables una vez realizada la condición establecida en el antecedente. Y,

Un deber ser; concepto que abarca dos momentos: la relación que se da entre lo regulado en el antecedente normativo y los potenciales comportamientos de los destinatarios de las normas: se entiende que para los destinatarios constituye un «deber» el actuar acorde con lo establecido en la norma. Y la relación que se da entre la verificación del antecedente y la imposición del consecuente, sin que se trate de una relación causal sino normativa o de imputación, en la terminología kelseniana.

Las reglas y los principios. En búsqueda del criterio estructural diferenciador

Dworkin postula que los jueces al fallar no solo recurren a normas (reglas o enunciados que expresan la estructura condicional enunciada), sino que, en sus decisiones sobre casos difíciles, acuden también a principios, que pueden ser tanto morales como políticos, y en ambos casos, jurídicos; pero no todos los principios políticos son a la vez jurídicos sino algunos. En tanto conforman también el derecho, permiten la existencia de una única respuesta correcta para cada caso controversial. Y los define, como distintos y más importantes que las reglas:

...cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de modo diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas. [...] En la mayoría de los casos usaré el término ‘principio’ en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas (Dworkin, 1984, p. 72).

De allí que los principios son un tipo de estándares distintos de las normas (reglas, según Hart); como «conjunto de estándares que no son normas» (Dworkin, 2012, p. 72), se puede distinguir entre principios: los principios en sentido estricto, que reflejan opciones morales, y las directrices, que expresan finalidades políticas.:

Llamo ‘directriz’ o ‘directriz política’ al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra

dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio (Dworkin, 2012, p. 72).

Acepta que esta distinción es débil, pues se puede desmoronar fácilmente al hacer una interpretación según la cual el principio puede estar enunciando un objetivo social o la directriz expresar que el objetivo que ella persigue es valioso. «En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera» (Dworkin, 2012, p. 73).

De esta forma, el autor establece uno de sus criterios de distinción entre tipos de principios, que a continuación descalifica, en tanto puede depender, más que del contenido de la proposición, de una forma de estipulación o redacción. De esta manera, solo se requiere un giro lingüístico o interpretativo para hacer que lo que estaba redactado como un principio enuncie una directriz y viceversa; no aparece un criterio de distinción estructural.

Adicionalmente, el autor recurre a casos fallados en los Estados Unidos: el caso *Riggs v. Palmer*, en que el heredero mató a su abuelo, y se planteaba la cuestión de si debía o no recibir la herencia. Aquí, afirma, el tribunal sostuvo que «todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en toda su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen» (Dworkin, 1984, p. 73); y el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, sobre la responsabilidad —explícitamente excluida en el contrato— que le corresponde a un fabricante de automóviles, frente a los daños causados en un accidente. En este, el juez sostuvo, entre otras cosas, que «La libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna... ¿Hay algún principio que sea más familiar o esté más firmemente integrado en la historia del derecho anglo-norteamericano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia?». (Dworkin, 1984, p. 74).

Señala que se trata de dos casos difíciles, en los cuales los jueces acudieron a principios para fundamentar sus decisiones, usándolos como normas, aunque de otro tipo distinto a las reglas, al ser más generales y abstractos; con lo cual establece un segundo criterio de diferenciación.

Como un tercer sentido para fundamentar la distinción señala el nivel lógico: «Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión». (Dworkin, 1984, p. 75). Si bien el autor afirma que se trata de un criterio lógico, no fundamenta la diferencia en la estructura formal de los enunciados o las relaciones inferenciales entre sus componentes o entre proposiciones, sino que se refiere al «carácter de la orientación», que parece más bien aludir a la forma en que debe operarse con ellos.

Luego pasa a un cuarto criterio, la idea del peso, que convierte a los principios en razones a favor de ciertas decisiones, en vez de argumentos determinantes de las mismas:

Un principio como 'Nadie puede beneficiarse de su propio delito' no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Si un hombre tiene algo o está a punto de recibirlo, como resultado directo de algo ilegal que hizo para conseguirlo, esa es una razón que la ley tendrá en cuenta para decidir si debe o no conservarlo. Puede haber otros principios o directrices que apunten en dirección contraria; por ejemplo, una directriz de aseguramiento de derechos, o un principio que limite la pena a lo estipulado por la legislación (Dworkin, 2012, pp. 76-77).

Se puede observar cómo el autor cambia el énfasis de los criterios diferenciadores entre reglas y principios, pasando a considerar que los principios son razones a favor de alguna decisión. Es un poco paradójico que considere que se trata de razones a ser tenidas en cuenta *por la ley*, aunque el contexto pareciera indicar que quienes deben tener en cuenta esos principios-razones, son los jueces. Sin embargo, lo importante de esta nueva definición es que pasa de argumentar que se trata de una distinción de carácter estructural o lógico para ingresar en el terreno de la argumentación: se trata de distinguir entre estos dos tipos de estándares según la función que cumplen dentro del razonamiento de la decisión judicial, sin aclarar si se trata de razones de carácter interno o externo a la decisión.

Y el hecho de que haya argumentos a favor y en contra, y que tales argumentos sean entendidos como principios, no parece suficiente para fundamentar la existencia de los principios como algo distinto a las reglas y que, además, hacen parte de lo jurídico. Si los principios son razones que pueden hacer inclinar la decisión, entonces todas las potenciales

razones son principios, lo que llevaría a afirmar que principio puede ser, como las razones, cualquier cosa.

Además de esto, y dado que los principios tienen peso o importancia, se tienen entonces que comparar, caso por caso, en las situaciones en que varios principios son aplicables para la solución. Así, en caso de interferencia entre principios, como «la política de protección a los consumidores de automóviles» (Dworkin, 2012, p. 77) y «los principios de libertad de contratación», (Dworkin, 2012, p. 77), quien decide el conflicto tiene que considerar el peso relativo de cada uno, aceptando que tal decisión no es mecánica, y puede llegar a ser controvertida.

Es decir, la diferencia de los principios y las reglas sería, en este caso que algunos estándares pesan (los principios) mientras que otros valen (reglas), siendo el juicio de validez tendencialmente definitivo del papel de la regla en el ordenamiento jurídico, mientras que el juicio de peso no lo es, pues solo resulta definitorio de la aplicabilidad del principio a un caso específico, conservando su validez sistémica intacta para casos futuros.

Luego pasa a revisar la distinción a partir del criterio formal: «La forma de un estándar no siempre deja en claro si se trata de una norma o de un principio», (Dworkin, 2012, p. 78). Recurre a dos ejemplos: un testamento no es válido sin la firma de tres testigos, y, un hombre no se puede beneficiar de su propio delito. Dice que, en cuanto a la forma, no son proposiciones muy diferentes, pero que «quien sepa algo del derecho norteamericano sabe que debe tomar el primero de estos enunciados como la expresión de una norma, y el segundo como la de un principio». (Dworkin, 2012, p. 78). Así, según esta afirmación, el criterio formal no sirve para la distinción entre reglas y principios, sino que dicha distinción radica en la práctica: si conoces el sistema dado, debes *tomar* uno como norma y otro como principio. Esto, para nada, parece ser un criterio de distinción de carácter lógico, estructural o funcional, o basado en los contenidos o los efectos del estándar, sino más bien uno que radica en un nivel distinto, según desde donde se lo observe: comportamental, político o pragmático (Luzzati, 2013, p. 54).

De este modo da por sentado que ha distinguido los principios jurídicos, como «una clase de estándares aparte, diferente de las normas jurídicas», (Dworkin, 1984, p. 80), y que ello permite ver que estamos rodeados de ellos; que funcionan con más fuerza y peso en los casos

difíciles, pues en estos «los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada... Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva». (Dworkin, 1984, p. 80), concluyendo que los principios permiten fundamentar juicios sobre la existencia de derechos y obligaciones jurídicas, al servir como argumento de autoridad para la creación de nuevas interpretaciones o nuevas normas jurídicas en el sistema, sobre la base de material jurídico ya existente: los propios principios.

Así, el autor entiende que los principios jurídicos son proposiciones especiales, que integran el ordenamiento jurídico en un nivel superior, o profundo: el teórico-justificativo de las prácticas sociales. Permite entender también que, de algún modo, los principios funcionan como dispositivo de cierre del sistema, en la medida en que cumplen el importante papel de permitir encontrar la solución jurídica a los casos que aparentemente no la tienen y a aquellos en que, aun existiendo una solución dentro del sistema, esta no cumple con algunos estándares de moralidad o no respetan los derechos alguien.

No hay que olvidar lo que lo que él mismo sostiene, sobre el fracaso de intentar enumerar todos los principios en vigor, en tanto estos son «... discutibles, su peso es importante, son innumerables, y varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad. Aún si lo consiguiéramos, no tendríamos la llave del derecho, porque no quedaría nada que nuestra llave pudiera abrir». (Dworkin, 1984. p. 99).

En conclusión, el tratamiento que el autor le da a los principios jurídicos aparece bastante complejo y oscuro. No ofrece una definición sólida y clara de lo que sean los principios, ni explica cómo o dónde encontrar los que sean del tipo jurídico –relevantes para el derecho–, ni enseña cómo diferenciarlos de los otros tipos de estándares que menciona, o cuál sea su estructura y los elementos que los componen, o cómo usarlos.

Bibliografía

ATIENZA, Manuel: *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, 2006.

DWORKIN, Ronald: *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa. 1988.

——— *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel. 1984.

——— *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel. 2012.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio: «¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? O de cómo en la actual teoría del derecho (casi) nada es lo que parece y (casi) nadie está donde dice», en *Isegoría, Revista de filosofía moral y política*, 2006, n.º 35, pp. 151-172.

LUZZATI, Claudio: *El principio de autoridad y la autoridad de los principios. La genericidad del derecho*. Madrid: Marcial Pons. 2013.

LA RENOVACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL DE PATENTES

Dr. Luis Manuel PILOÑETA ALONSO
Profesor Titular de Derecho Mercantil
(Universidad de Oviedo)

Los variadísimos sistemas adoptadas por la legislación de los diversos países acerca de la concesión de las patentes de invención pueden ser reducidos a dos arquetipos que se llaman de *previo examen* o de *falta de previo examen*, según que para que la patente sea concedida exijan o no la aprobación administrativa de la existencia del derecho que a obtenerla tenga el peticionario de la misma (M. DÍAZ VELASCO).¹

I.- NUEVO DERECHO DE PATENTES

El 25 de julio de 2015 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 24/2015, de Patentes, de 24 de julio de 2015, que implantará en España un nuevo Derecho de Patentes, más moderno y acorde con nuestra actual situación de desarrollo (lo cual no es decir mucho). El principal objetivo de la reforma es –como se afirma en su Preámbulo– el fortalecimiento del sistema de patentes, permitiendo a los innovadores españoles «la obtención rápida de títulos sólidos».

La entrada en vigor de la nueva Ley 24/2015, prevista (DF noventa) para el 1 de abril de 2017, marcará un hito fundamental en el desarrollo del Derecho de Propiedad Industrial español. Una *vacatio legis* tan extraordinaria (de más de veinte meses) resulta premonitoria del notable «impacto» que la norma está llamada a producir en el funcionamiento de nuestro sistema de patentes.

La posposición de su entrada en vigor se ha justificado alegando la necesidad de que la administración pública y los operadores económicos tuvieran tiempo para adaptarse a sus modificaciones, así como la conveniencia de que el inicio de su aplicación coincidiera en el tiempo con el de su Reglamento de ejecución (objetivo que, a estas alturas y tras los sucesivos retrasos en la formación de Gobierno, resulta hartamente dudoso).

¹ Vid. M. DÍAZ VELASCO, «Concesiones de títulos de propiedad industrial», en sus *Estudios sobre propiedad industrial. Selección de estudios editada en homenaje al autor en ocasión de su 80 aniversario*, a cargo del Grupo Español de la AIPPI, Barcelona, 1987, p. 31.

La Ley 24/2015 constituye el último eslabón de un largo proceso de evolución y supone un nuevo paso en la «ardua tarea» y el «noble propósito» de hacer de España un país de ciencia e innovación.²

Han transcurrido ya más de treinta (30) años desde que, coincidiendo con su adhesión a las Comunidades Económicas Europeas, el Reino de España asumió el compromiso de «hacer compatible» su vieja legislación de patentes «con los principios de la libre circulación de mercancías y con el nivel de protección de la propiedad industrial alcanzado dentro de la Comunidad, en particular en materia de las normas de licencia contractual, de la licencia obligatoria exclusiva, de la obligación de explotación de la patente, así como de la patente de introducción» (Protocolo n.º 8).³

Muy poco después, España promulgó la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, que tuvo como base el anteproyecto elaborado por el profesor Alberto Bercovitz,⁴ que sirvió

² La primera regulación española en materia de patentes fue la Ley de 16 de septiembre de 1811, auspiciada por el gobierno afrancesado de José Bonaparte, en plena Guerra de la Independencia. Un año antes, había sido creado el Conservatorio de Artes y Oficios, como órgano especial competente para velar por el establecimiento de derechos de propiedad exclusivos e individuales, válidos en todo el territorio nacional. Aunque esta primera Ley fue pronto derogada, lo cierto es que, poco después, la propia Constitución de Cádiz de 1812 incluyó un mandato específico (artículo 335.5) ordenando promover la educación de la juventud conforme a los planes aprobados y fomentar la agricultura, la industria y el comercio, protegiendo a los inventores de nuevos descubrimientos en cualquiera de estos ámbitos.

³ El Tratado de Adhesión llegó incluso a mencionar la necesidad de que España procediera a la inmediata derogación de uno de los preceptos de su viejo Estatuto sobre Propiedad Industrial (contenido en el Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929, cuyo Texto Refundido se aprobó por Real Orden 30 de abril de 1930) y más concretamente «el artículo 273 de su ley sobre patentes actualmente en vigor». El tenor de este precepto impedía decretar «el embargo preventivo de los productos, ni el sello de las máquinas y aparatos de una patente en vigor, ni por tanto privar 'a priori' al inculpado del ejercicio de su industria, ínterin los Tribunales competentes no hayan hecho declaración, en sentencia ejecutoria, sobre la nulidad de la patente del querellado y validez de la del querellante; pero sí se podrá obligar al dueño de la patente posterior, sea demandante o demandado, a constituir un depósito en metálico, fianza o caución bastante, para asegurar las resultas del juicio e indemnizar, en su caso, al poseedor de la primitiva patente». De igual modo, se establecía la improcedencia de «aquella medida si se demostrase que el querellado posee, explota y utiliza lo que constituye el objeto de la patente, con anterioridad al registro de esta». Sin perjuicio de que el Tribunal pudiera «adoptar aquellas medidas prudentes que estime convenientes para no perder los elementos de investigación y responsabilidad sumarial». Para concluir disponiendo su aplicación «a todas las modalidades de Propiedad Industrial».

⁴ Vid. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La nueva Ley de Patentes: ideas introductorias y antecedentes*, Madrid, 1986. Se trata de una Ley modernizadora y europeísta, que homologó nuestro Derecho de Patentes al vigente en cualquiera de los Estados de nuestro entorno económico; con algún que otro «sello de identidad» nacional, como la Disposición Transitoria primera: mantenimiento de la prohibición de patentar productos químicos y farmacéuticos hasta el 7 de octubre de 1992, en la que se concreta la tradicional «hostilidad» española hacia las patentes farmacéuticas. Situación que parece haber llegado a su fin con la Ley 24/2015, al admitir (art. 6.4) la denominada «excepción farmacéutica» que permite patentar una sustancia incluida en el estado de la técnica cuando pase a utilizarse en un método terapéutico nuevo; y con la admisión expresa (art. 6.5) de segundas y ulteriores indicaciones médicas

de colofón a un largo proceso de reforma, precedido de varios fracasos. La Ley 11/86 supuso un verdadero «giro copernicano» en la legislación española de patentes, contribuyendo decisivamente a su equiparación con la de los Estados de nuestro entorno.⁵

El paso del tiempo ha ido poco a poco desgastando y haciendo mella en la Ley 11/1986, a pesar de sus modificaciones, dejando entrever la necesidad creciente de acometer una reforma en profundidad de nuestro Derecho de Patentes, para adaptarlo a la regulación internacional y a las exigencias propias de nuestro tiempo. Lo que ha dado como resultado la promulgación de una nueva Ley de Patentes.

II.- PROTECCIÓN DE LAS INVENCIONES MEDIANTE PATENTES

Las patentes son derechos de propiedad intelectual que confieren a su titular la facultad de explotar temporalmente, con carácter exclusivo, una determinada invención susceptible de explotación industrial.⁶ La configuración de la patente como una modalidad especial de «propiedad» no solo no impide sino que permite a la ley determinar su contenido y alcance en razón a la «función social» que, como tal, está llamada a desempeñar.⁷

Entre los bienes intelectuales que pueden ser objeto de dominio o propiedad «especial» se encuentran las invenciones aptas para el aprovechamiento «industrial», que nuestro ordenamiento agrupa bajo la categoría específica de «propiedad industrial». Así entendida, la patente no es sino el derecho sobre la invención.⁸ Además de las patentes, existe también en España otro título de propiedad industrial sobre invenciones como los

sobre sustancias ya conocidas para su uso novedoso como medicamento o para nuevas aplicaciones terapéuticas.

⁵ Vid. J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «Proyecto de Ley de Patentes española», en *Actas de Derecho Industrial*, vol. VII, 1982; reproducido asimismo en su obra *Tecnología y Derecho. Estudios jurídicos del Prof. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra.*, pp. 305 a 420, part., pp. 305-306.

⁶ El término «patente» no tiene una única acepción. Tras analizar el concepto –*rectius* conceptos– de patente, el Prof. BOTANA define «primordialmente» la patente, de forma pragmática, como un «conjunto de derechos, facultades o poderes» que determinan «la posición jurídica de su titular». Vid. C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, J. M. OTERO LASTRES y M. BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad Industrial*, 2.^a edic., Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2013, pp. 104-105.

⁷ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, «Obligación de explotar. Licencias obligatorias», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015, de 24 de julio*, dirigido por A. BERCOVITZ, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 402.

⁸ Vid. M. DÍAZ VELASCO, «Patentes de invención», en *Diccionario de Derecho Privado*, t. II, Barcelona, 1950, pp. 2927 a 2932; así como en sus *Estudios sobre Propiedad Industrial*, Barcelona, 1987, pp. 135 a 143, part. p. 135.

modelos de utilidad; a los que la Ley 24/2015 ha añadido (art. 1) también los certificados complementarios de protección de medicamentos y de productos fitosanitarios.

En cuanto tales, estos títulos de propiedad industrial confieren al sujeto que los ostenta el derecho a prohibir a cualquier tercero, sin contar con su consentimiento, el aprovechamiento y la explotación mercantiles de las invenciones sobre las que recaen.

La atribución de tales títulos no es automática y se lleva a cabo a través de un procedimiento administrativo que concluye con la inscripción de su concesión en un Registro especial.

El Derecho no siempre ha protegido las invenciones. Durante siglos no contaron con más amparo que el del secreto, sobre el que se asentaba el sistema gremial y que marcaba incluso las relaciones de los maestros con sus aprendices.

Antes que las patentes, existieron privilegios concedidos por el Rey en favor de determinadas personas para la explotación en régimen de monopolio de nuevas industrias (*litterae patentae*). Estos privilegios regio constituían actos de soberanía.⁹

Las patentes actuales no dejan de constituir –asimismo– privilegios, en la medida en que confieren a su titular un monopolio económico, pero no se fundamentan ya en un acto de soberanía sino en la autoría intelectual de una invención.

En su desarrollo, a lo largo del siglo XIX y principios del XX, las patentes se configuran jurídicamente como derechos especiales atribuidos a los inventores o introductores de nuevas industrias, para proteger sus inventos e iniciativas, en tanto que propiedad suya y en aras también a permitirles su explotación económica.¹⁰

⁹ La primera *Real Cédula de Privilegio de Invención* de la que hay constancia en el Archivo de Simancas se remonta al año 1478 y fue concedida por la Reina Isabel a su médico, don Pedro Azlor, para explotar en exclusiva durante veinte años «un nuevo sistema de molienda aplicable a todo tipo de molinos, tanto de mano, como de sangre, hidráulicos o de viento». Vid. P. SÁIZ GONZÁLEZ, «La Historia como futuro», en *200 años de Patentes*, Oficina Española de Patentes y Marcas, pp. 19 a 25, part. p. 21 (www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Publicaciones/monografias/200_Años_de_Patentes.pdf).

¹⁰ Una curiosidad: como si de un prelude de la falta de iniciativa patria se tratase, la patente de invención número 1 que, bajo tales premisas, se concede en España (1826) es solicitada y obtenida por un extranjero: el francés afincado en Madrid, Jean Marie La-Perriere. Se trataba de un molino harinero portátil, movido a brazo, que él mismo había inventado y mejorado. Vid. J. Patricio SÁIZ GONZÁLEZ, *Propiedad Industrial y Revolución Liberal. Historia del Sistema Español de Patentes [1759 – 1929]*, Madrid, 1995, pp. 16-19).

Posteriormente, la atribución de derechos de patente se ha convertido también en un instrumento –más o menos eficaz– de política industrial, destinado a fomentar la innovación; y los Estados las utilizan para impulsar la industrialización y el progreso tecnológico.

Las patentes no dejan de ser el resultado de una «composición de intereses». A medida que se han ido afianzando las libertades de mercado, la concesión de patentes se ha convertido en el escenario jurídico de un «equilibrio» entre el interés privado de los inventores y el interés público de los Estados.¹¹ El Derecho «premia» el esfuerzo y la iniciativa de los primeros confiriéndoles un monopolio «legal», de carácter temporal, para proceder a la explotación mercantil de las resultas de sus invenciones. El silogismo básico que se esconde detrás del Derecho de patentes es *fecisti ut do*.¹²

A cambio de atribuirle el derecho temporal y exclusivo de explotación de su invención, el Derecho exige al titular de la patente su divulgación (de modo que pueda ser conocida y ejecutada por cualquier experto en la materia) contribuyendo de este modo al progreso del estado de la técnica.

Paralelamente, se impone también al titular de la patente la carga de llevar a cabo la explotación efectiva del objeto de su invención y suficiente para satisfacer la demanda suscitada en torno a la misma, haciendo partícipes de sus ventajas a cualesquiera interesados. Aunque ello no debiera suponer un inconveniente para el titular porque se entiende que dicha explotación está llamada a constituir también la fuente de aprovechamiento con que cuenta el inventor para sacar provecho de la invención patentada.

Esta segunda exigencia contribuye a poner de manifiesto que la capacidad de innovación y la creatividad del inventor nos son suficientes. El éxito de una patente requiere además su aprovechamiento y puesta en práctica, que constituyen –en último término– la confirmación de que el invento sobre el que recae es susceptible de reportar utilidad «industrial». La explotación efectiva de la patente presupone su incorporación a

¹¹ Vid. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*, 17.ª edic. con la colaboración de R. Bercovitz Álvarez, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 463-464.

¹² Como bien dice el Prof. José Antonio GÓMEZ SEGADÉ («La completa modernización del Derecho de patentes español», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 2015-2016 [Vol. 36], pp. 145), el sistema de patentes resulta objetable y no es ni de lejos plenamente satisfactorio, pero, al igual que sucede con la democracia, es el sistema «menos malo» de los conocidos.

los procesos de producción de bienes o de prestación de servicios a los que va destinada, lo que pasa por la participación activa de un empresario dispuesto a asumir las inversiones necesarias y a arrostrar los riesgos propios de su explotación. Así entendidas, las patentes se nos presentan también como el resultado de una «simbiosis» entre empresa e invención; o si se quiere entre inventores y empresarios.

III.- IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN Y DEL DESARROLLO TECNOLÓGICO: UNA CUESTIÓN DE «FE»¹³

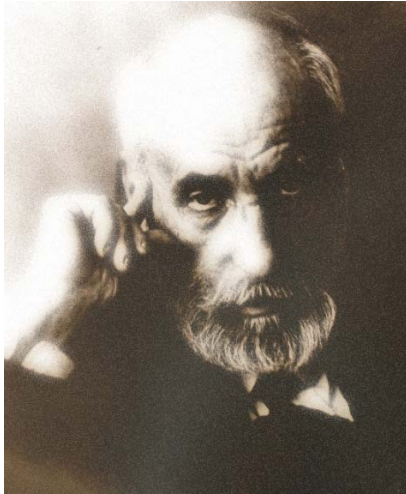
El Derecho de Patentes y su renovación se hallan en conexión con la apuesta por el progreso y la modernización de las naciones. En su actual fase de desarrollo histórico, el Derecho de Patentes corre paralelo con el intento, por parte de los Estados, de dotarse de una legislación eficaz en materia de propiedad industrial, para fomentar la investigación y promover la mejora de la competitividad de las empresas mediante el recurso a las nuevas tecnologías.

Así entendida, la patente constituye un «premio» al esfuerzo investigador y su concesión se nos presenta como un incentivo a la inversión en I+D. La investigación es la principal fuente del conocimiento y también del conocimiento útil, en cuya generación las ideas «felices» suponen un porcentaje residual y prácticamente anecdótico. Aunque es sabido que la apuesta por la investigación no suele arrojar resultados inmediatos sino a medio y largo plazo, lo que no contribuye a incentivar este tipo de procesos.

El tema resulta especialmente relevante en un país como España que arrastra un «déficit» histórico en I+D, hasta adquirir la dimensión casi de un mal endémico. No se trata de ahondar ahora en las razones del «maltrato» tradicional de la investigación en España, pero están ahí y existen datos objetivos, muy difíciles de refutar, que contribuyen a poner de manifiesto un cierto atraso intelectual y la distancia que – todavía – nos separa de los Estados más desarrollados.

IV.- ESPAÑA Y SU HISTÓRICO DÉFICIT EN I+D: LA «NECESARIA» CORRELACIÓN ENTRE PROGRESO E INNOVACIÓN

¹³ La gran pregunta es cómo hacer de España, un país tradicionalmente de hidalgos, «quijotes», aventureros, artistas, toreros y, últimamente, de futbolistas, un país de ciencia y conocimiento.



En la tradición española resuenan aún los ecos de aquella frase aciaga –y en parte sacada de contexto– que dejó escrita Miguel de UNAMUNO (tan distante de su noble empeño por defender la inteligencia): «Inventen, pues, ellos y nosotros nos aprovecharemos de sus invenciones»; para terminar sentenciando que «...la luz eléctrica alumbra aquí tan bien como allí donde se inventó».¹⁴

Esta postura contrasta abiertamente con la mantenida por otro español universal, don Santiago RAMÓN Y CAJAL, cuando afirmaba convencido que «la prosperidad duradera de las naciones es obra de la Ciencia y de sus múltiples aplicaciones al fomento de la vida y de los intereses materiales». De esta indiscutible verdad deducía CAJAL «la obligación inexcusable del Estado de estimular y promover la cultura, desarrollando una política científica encaminada a generar la instrucción y a beneficiar en provecho común de todos los talentos útiles y fecundos brotados en el seno de la raza»¹⁵. La afirmación de don Santiago no puede ser más certera.

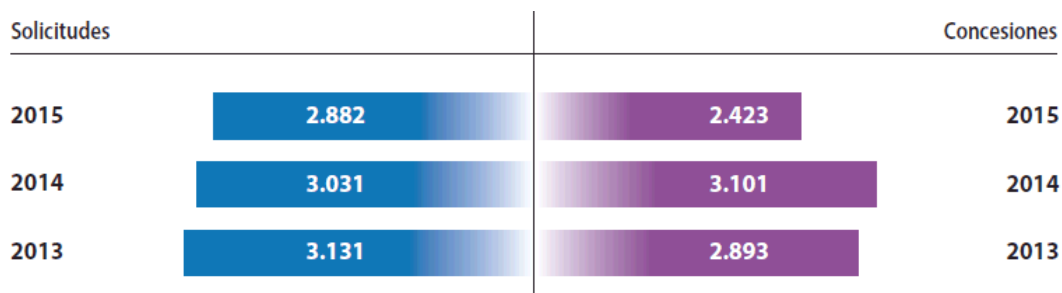
¹⁴ Vid. M. UNAMUNO, por boca de Román en *El pórtico del templo*, (1906). Y reiterada luego: «No ha mucho hubo quien hizo como que se escandalizaba de que, respondiendo yo a los que nos reprochaban a los españoles nuestra incapacidad científica, dijese, después de hacer observar que *la luz eléctrica luce aquí, y corre aquí la locomotora tan bien como donde se inventaron, y nos servimos de los logaritmos como en el país donde fueron ideados*, aquello de "¡Que inventen ellos!"» (M. UNAMUNO, *Del sentimiento trágico de la vida*, 1912). El que así piensa «peca» sin duda de liberal y confía excesivamente en el peso de las libertades de mercado. Al hacer esta afirmación, resulta evidente que don Miguel no tomada en cuenta las consecuencias globales del atraso tecnológico, los efectos de las patentes y el impacto real de los «royalties» en la competitividad y los costes de las empresas. Curiosamente fue también UNAMUNO quien dijo aquello de que «solo el que sabe es libre y más libre el que más sabe». Pero el saber solo no basta y el fin último (aun que no sea el único) del conocimiento debe ser su aplicación.

¹⁵ Vid. S. RAMÓN Y CAJAL, *Los tónicos de la voluntad. Reglas y consejos sobre investigación científica*, Madrid, 2006, p. 197. España –continúa diciendo el profesor RAMÓN Y CAJAL– «es un país intelectualmente atrasado no decadente» (p. 199). Al analizar la historia de la producción científica y filosófica española, concluye que el rendimiento de la ciencia española, apreciado globalmente, «ha sido

Más de un siglo después, los datos continúan poniendo de manifiesto la situación de déficit de la investigación española y la brecha que España mantiene con los países más desarrollados de nuestro entorno. Los resultados que arrojan las estadísticas son directamente malos y en muchos casos decepcionantes.

V.- LA INVENCION «ESPAÑOLA» ACTUAL EN CIFRAS

Por lo que respecta a las *patentes*, según datos de la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM),¹⁶ en el ejercicio 2015 se solicitaron dos mil ochocientos ochenta y dos (2882) patentes nacionales, por residentes y no residentes; y fueron concedidas un total de dos mil cuatrocientas veintitrés (2423). Estas cifras suponen un descenso con respecto a las de ejercicios anteriores, debido sin duda a la incidencia de la crisis económica.



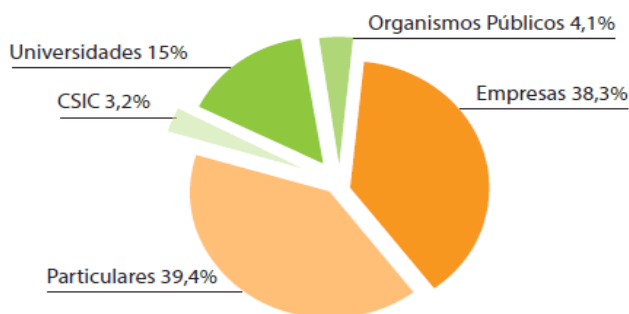
En función del tipo de solicitante, las solicitudes de patentes nacionales son de origen preferentemente privado, repartiéndose casi por mitad entre solicitantes particulares y empresas. Del porcentaje de patentes con origen en el sector público una parte muy significativa de forma corresponde a las universidades.¹⁷

pobre y discontinuo, mostrando, con relación al resto de Europa, un atraso y, sobre todo, una mezquindad teórica deplorable» (p. 200). Lo que convierte a los españoles un «pueblo ineducado» (p. 202).

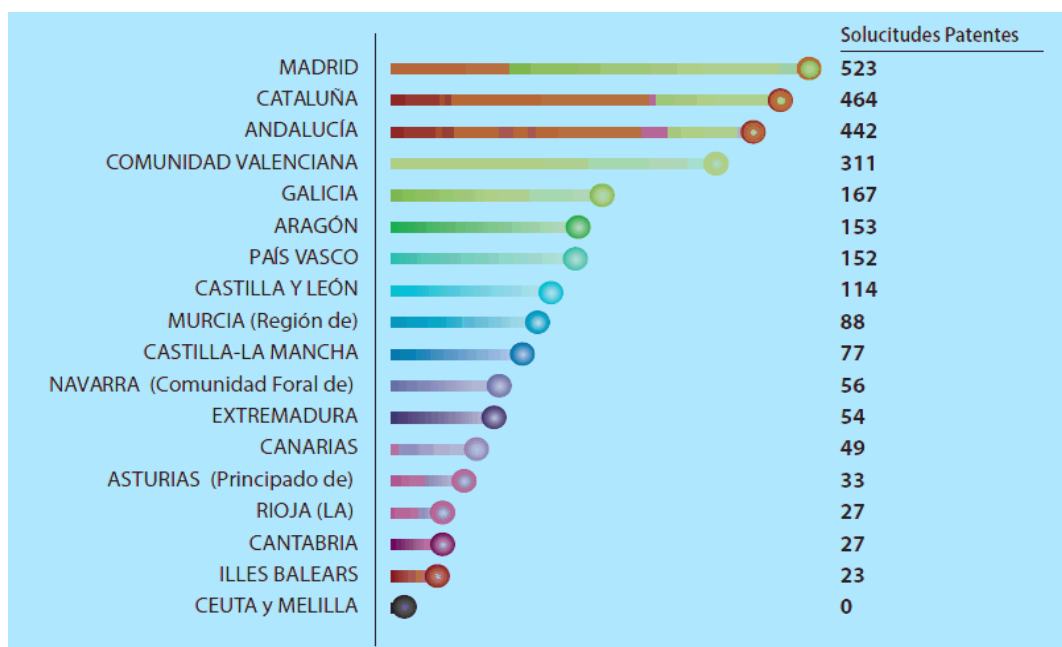
¹⁶ Cfr. *La OEPM en cifras 2015* (p. 3), publicación oficial de datos y cifras ofrecida por la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), accesible a través de la Web de la entidad (www.oepm.es), en la dirección www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Publicaciones/Folletos/La_OEPM_en_Cifras_2015.pdf.

¹⁷ Cfr. *La OEPM en cifras 2015, cit.*, p. 4.

Solicitudes de patentes según tipo de solicitantes



La inmensa mayoría de las solicitudes de patentes nacionales presentadas ante la OEPM en 2015 lo fueron por residentes en España, cuya distribución por Comunidades Autónomas aparece reflejada en el siguiente cuadro:



En su virtud y de acuerdo con los datos de la OEPM, en el año 2015, se solicitaron en Asturias tan solo treinta y tres (33) patentes nacionales¹⁸ y se concedieron un total de treinta y una (31) patentes, cuya distribución en función del tipo de solicitante se refleja en el siguiente cuadro:

CC. AA.	Tipo Solicitante	2013	2014	2015
ASTURIAS	Empresas	22	22	18
ASTURIAS	Organismos Públicos	1	1	2
ASTURIAS	Particulares (hombres)	9	11	8
ASTURIAS	Particulares (mujeres)	1	1	1
ASTURIAS	Universidad (es)	5	11	2
	TOTAL	38	46	31

¹⁸ Cfr. La OEPM en cifras 2015, cit., p. 3.

Estadísticamente, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) es el mayor solicitante a nivel estatal de patentes nacionales, seguido por la filial española de la empresa alemana BSH Hausgeräte GmbH (nacida de una *joint venture* entre Robert Bosch GmbH y Siemens AG). Llama la atención, asimismo, la posición destacada que ocupan algunos solicitantes particulares¹⁹. Así resulta del siguiente cuadro:



En este top 20 de solicitantes de patentes figuran diversas universidades (encabezadas por la Universidad Politécnica de Madrid), entre las que no se encuentra la Universidad de Oviedo.

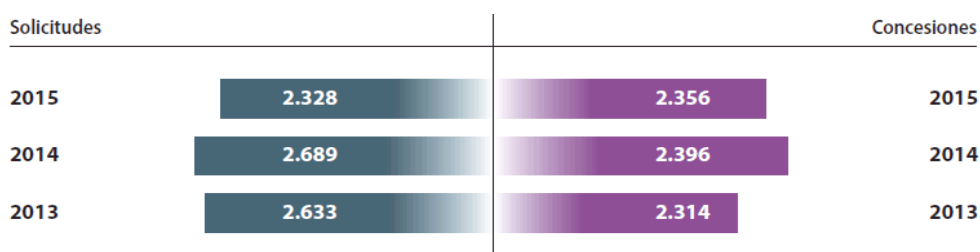
Los datos demuestran, asimismo, que la mayoría de las patentes nacionales se conceden por el procedimiento general, esto es sin examen previo de la novedad y de la actividad inventiva; y aunque el porcentaje se ha ido incrementando desde la implantación progresiva del procedimiento de examen previo, en 2015, las patentes «fuertes» estaban en torno únicamente del dieciséis coma treinta por ciento (16,30 %) del total de las concedidas en España.²⁰

¹⁹ Cfr. *La OEPM en cifras 2015, cit.,* últ.

²⁰ Información extraída de la base de datos estadísticos *on line* de la Oficina Española de Patentes y Marcas OEPMESTAD, disponible a través de su Web en la dirección <http://consultas2.oepm.es/ipstat/>.

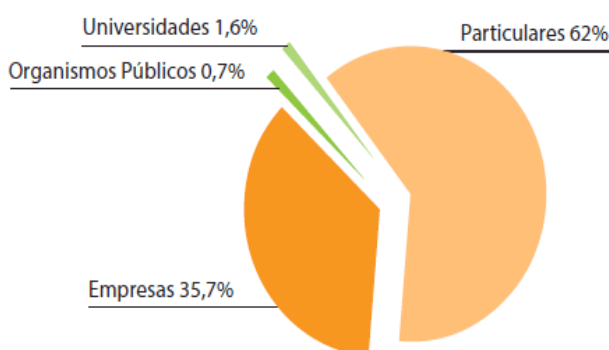
Concesiones	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Procedimiento general	2209	1288	1739	1786	2452	1915	2428	2011
Examen previo	1	15	171	195	209	192	175	191
TOTAL	2210	1303	1910	1981	2661	2107	2603	2202
	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	
Procedimiento general	2296	2403	2433	2348	2604	2771	2028	
Examen previo	211	266	286	305	289	330	395	
TOTAL	2507	2669	2719	2653	2893	3101	2423	

Por lo que respecta a los *modelos de utilidad*, en 2015 se solicitaron en España (por residentes y no residentes) un total de dos mil trescientos veintiocho (2328) y fueron concedidos dos mil trescientos cincuenta y seis (2356).²¹ De nuevo, estas cifras constituyen un descenso significativo en relación a las de los ejercicios precedentes.



Las solicitudes de modelos de utilidad corresponden principalmente a particulares y, aunque en menor medida, a empresas; mientras que el sector público no ha generado apenas este tipo de invenciones. En particular, las promovidas por las universidades suponen tan solo el 1.6 % del total.²²

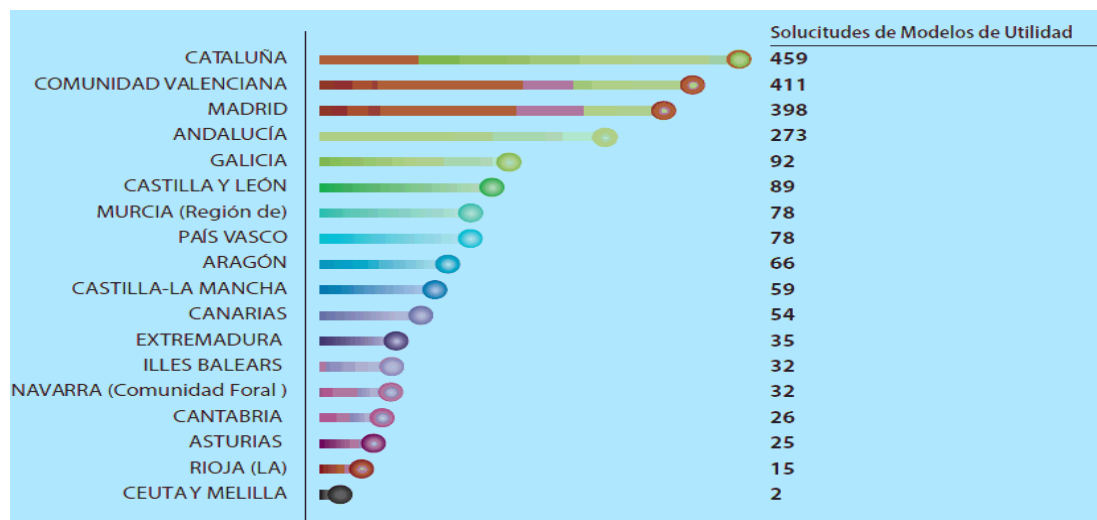
Solicitudes de Modelos de Utilidad según el tipo de solicitantes



²¹ Cfr. *La OEPM en cifras 2015*, cit., p. 6.

²² Cfr. *La OEPM en cifras 2015*, cit., p. 7.

El reparto de los modelos solicitados por residentes en España, atendiendo a la Comunidad Autónoma de referencia, está encabezado por Cataluña, seguida de la Comunidad Valenciana y de Madrid. Así lo refleja el siguiente cuadro:



Asturias ocupa un más que discreto antepenúltimo lugar, con tan solo veinticinco (25) solicitudes de modelos de utilidad.

Estas cifras, ya de por sí discretas, experimentan un retroceso considerable cuando se trata de *patentes europeas* (CPE) sometidas al Convenio de Múnich de 1973. En el último año del que se dispone de datos estadísticos (2015), del total de las sesenta y ocho mil cuatrocientas veintiuna (68 421) patentes europeas concedidas –por el procedimiento de examen previo– únicamente quinientas veintidós (522) tuvieron origen en España.

Concesiones CPE	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Número total	59 809	51 969	58 117	62 108	65 655	66 707	64 613	68 421
Origen ESPAÑA	416	348	393	381	405	395	467	522

En consecuencia y aunque la evolución que muestra el cuadro es positiva, solo una parte –relativamente pequeña– de las patentes originarias de España adquieren carácter europeo, optando los interesados por tramitar el grueso de sus solicitudes como patentes nacionales (en su mayoría por el procedimiento general, sin examen previo), al amparo de la Ley 11/1986. La «pobreza» del dato se confirma si nos fijamos en el reparto por

países de origen de tales patentes; y, muy particularmente, si lo comparamos con las catorce mil ciento veintidós (14 122) patentes asignadas a Alemania en 2015.²³

PATENTES EUROPEAS CONCEDIDAS (CPE)			
ESTADOS de residencia del solicitante	2015	2014	Variación
Austria	1.041	891	16,80 %
Belgium	866	723	19,80 %
Bulgaria	7	7	0,00 %
Cyprus	14	26	-46,20 %
Czech Republic	74	66	12,10 %
Germany	14 122	13 086	7,90 %
Denmark	698	599	16,50 %
Estonia	10	8	25,00 %
Spain	522	467	11,80 %
Finland	744	633	17,50 %
France	5433	4728	14,90 %
United Kingdom	2097	2072	1,20 %
Greece	22	23	-4,30 %
Croatia	6	7	-14,30 %
Hungary	38	41	-7,30 %
Ireland	270	254	6,30 %
Italy	2476	2274	8,90 %
Lithuania	11	10	10,00 %
Luxembourg	210	222	-5,40 %
Latvia	8	13	-38,50 %
Malta	19	21	-9,50 %
Netherlands	1998	1703	17,30 %
Poland	150	108	38,90 %
Portugal	46	22	109,10 %
Romania	9	4	125,00 %
Sweden	1939	1705	13,70 %
Slovenia	65	51	27,50 %
Slovakia	11	11	0,00 %
Subtotal 28 Estados EU	32 906	29 775	10,50 %
Otros Estados de origen	35 515	34 838	1,90 %
TOTAL	68 421	64 613	5,90 %

²³ Los datos proceden de las Estadísticas y la Memoria Anual de la *European Patent Office*, accesibles a través de su Web: www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics.html.

Es preciso, por lo demás, tomar en consideración otra circunstancia como es la notable disparidad entre el número de solicitudes y el número definitivo de concesiones de patentes europeas, que contribuye a poner de manifiesto las «dificultades» de tramitación con que, en general, se topan los solicitantes de este tipo de patentes (y los españoles en particular), en el procedimiento de concesión del Convenio de Múnich, basado en el sistema de examen previo de novedad. Si nos atenemos a las solicitudes con origen en los Estados parte en el Convenio de Múnich más significativos:²⁴

Solicitudes de Patentes Europeas (CPE)	2015	2014	Variación
ESTADOS DE ORIGEN			
Austria	1992	1964	1,4 %
Belgium	2041	1927	5,9 %
Switzerland	7088	6910	2,6 %
Czech Republic	213	167	27,5 %
Germany	24 820	25 633	-3,2 %
Denmark	1930	1983	-2,7 %
Spain	1527	1471	3,8 %
Finland	2000	2182	-8,3 %
France	10 781	10 614	1,6 %
United Kingdom	5037	4764	5,7 %
Greece	86	95	-9,5 %
Hungary	99	114	-13,2 %
Ireland	582	622	-6,4 %
Italy	3979	3649	9,0 %
Liechtenstein	371	278	33,5 %
Luxembourg	404	454	-11,0 %
Netherlands	7100	6874	3,3 %
Norway	512	529	-3,2 %
Poland	568	482	17,8 %
Portugal	137	113	21,2 %
Sweden	3839	3873	-0,9 %
Slovenia	118	125	-5,6 %
Turkey	447	403	10,9 %
Subtotal Estados Epo	75 671	75 226	0,6 %
Terceros Estados	83 925	77 118	8,8 %
TOTAL	159 596	152 344	4,8 %

²⁴ Cfr. *Annual Report 2015*, Oficina Europea de patentes, en el apartado de «European patent applications: www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/annual-report/2015/download-centre.html».

Sin embargo y en correspondencia con el nivel de crecimiento que alcanza el mercado español, cada vez son más las patentes europeas, concedidas por la Oficina de Múnich, que se validan en España y designan nuestro país como territorio de protección, llegando a alcanzar en porcentaje del 93 % en el año 2015:

AÑO	Total de concesiones de Patentes Europeas	Concesiones de Patente Europea que han designado a España	% Designaciones a España / total de concesiones de Patente Europea
2010	58.108	42.069	72,4%
2011	62.112	47.633	76,7%
2012	65.687	53.069	80,8%
2013	66.712	57.345	86,0%
2014	64.613	58.544	90,6%
2015	68.421	63.617	93,0%

El panorama no cambia si nos atenemos a las patentes internacionales amparadas por el Tratado de Cooperación en materia de Patentes de Whashington de 1970 (PCT). Por lo que se refiere al ejercicio 2015, las solicitudes de patentes de origen español fueron mil quinientas treinta (1530) y las presentadas a través de la OEPM mil ciento cincuenta y cinco (1155), que constituyen un porcentaje muy bajo del número total de las presentadas.

Patentes PCT	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
SOLICITUDES	159 933	163 241	155 404	164.341	182 437	195 334	205 294	214 318	216 966
Solicitudes de origen español (OMPI)	1297	1390	1563	1769	1732	1704	1705	1705	1530
Solicitudes de origen español a través OEPM	999	1065	1252	1415	1303	1255	1222	1226	1155

En términos absolutos y según los datos recogidos en el informe anual de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en el año 2015 se solicitaron en el mundo un total estimado de dos millones ochocientas ochenta y ocho mil ochocientas (2 888 800) de patentes, de las que tan solo tres mil veinte (3020) se presentaron ante la Oficina Española de Patentes y Marcas.²⁵ De acuerdo con la misma

²⁵ De acuerdo con estas cifras, el número mundial de solicitudes de patentes («applications») en 2015 creció respecto a 2014 un 7,8% en lo que constituye el sexto año consecutivo de incremento. En contraste con España, en Francia se presentaron 16 300 solicitudes, en Italia 9687, en México 18 071 y en Alemania 66 893. Cfr. *World Intellectual Property Indicators 2016* (WIPO Publication No. 941E, ISBN: 978-92-805-2805-3), accesible a través de la Web en: www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2016.pdf.

fuelle, el número total estimado de patentes en vigor en el mundo era, en 2015, de diez millones seiscientas dieciocho mil (10 618 000), de las cuales solo treinta y ocho mil ochocientas noventa y una (38 891) corresponden a la OEPM.

A pesar de esta «triste» realidad, España viene manteniendo desde hace años una auténtica «cruzada lingüística», a nivel internacional, en defensa del español como lengua oficial de patentes. La misma que le llevó, en su día, a retrasar –durante varios años– la ratificación del Convenio de Múnich de 1973, que no se produjo hasta nuestro ingreso en la CEE.²⁶

VI.- ACERCA DE LA NUEVA LEY ESPAÑOLA DE PATENTES

La Ley 24/2015 se ha propuesto la modernización del Derecho español de patentes, actualizándolo y acomodándolo a la realidad jurídica y económica de nuestro tiempo.

En el PLANO SUSTANTIVO O CONCEPTUAL, la Ley 24/2015 no incluye alteraciones estructurales y sigue, en lo esencial, la estela marcada por la Ley 11/1986. Pero ello no le ha impedido llevar a cabo bastantes ajustes, así como acometer modificaciones relevantes de la normativa sustantiva hasta ahora vigente.

1.- Introducción de los certificados complementarios de protección de medicamentos y productos fitosanitarios

La norma incluye (art. 1) entre los títulos de propiedad destinados a proteger las «invenciones industriales» a los certificados complementarios de protección de medicamentos y productos fitosanitarios (CCP).²⁷ Se trata de una nueva modalidad de títulos de protección de carácter accesorio, cuya finalidad es extender en el tiempo la vigencia de las patentes de medicamentos y de productos destinados a la curación y prevención de las enfermedades de las plantas hasta un periodo máximo de cinco (5) años; a fin de compensar el tiempo que suele transcurrir desde la concesión de tales patentes hasta la obtención de las autorizaciones necesarias para proceder a la comercialización efectiva de tales productos. De conformidad todo ello con lo

²⁶ En lo que ha dado en denominarse el «segundo» de los «tabúes» que planean sobre el Derecho español de patentes. *Vid.* J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «La completa modernización del Derecho de patentes español», *cit.*, p. 170 y nota 47.

²⁷ La Ley dedica el Capítulo IV de su Título V (arts. 45, 46 y 47) a la solicitud, tramitación y mantenimiento de estos títulos.

prevenido en el Reglamento (CE) 1610/1996 (productos fitosanitarios), el Reglamento (CE) 1901/2006 (medicamentos de uso pediátrico) y del Reglamento (CE) 469/2009 (medicamentos).²⁸

Estos títulos surten sus efectos una vez finalizado el periodo de vigencia de la patente a la que complementan; y su duración será cinco (5) años menos del tiempo transcurrido entre la fecha de presentación de dicha patente y la primera autorización de comercialización del producto en la Unión Europea, sin poder superar en ningún caso el plazo total de cinco (5) años.

2.- Mayor rigor en cuanto a la aplicación del requisito de la «novedad»

Para ello se determina (art. 6.3) la inclusión en el estado de la técnica del contenido de las solicitudes de patentes europeas (CPE) que designen España, así como de las solicitudes de patentes internacionales (PCT) en fase nacional en España.

Paralelamente, se endurece el requisito de novedad al restringir (art. 7) las divulgaciones consideradas «inocuas», precisando el concepto de «exposición» y dejando de considerar como tales las derivadas de los «ensayos» llevados a cabo por el solicitante o sus causantes (aun cuando no supongan un acto de explotación o un ofrecimiento comercial del invento).²⁹

No se reconoce, empero, ningún «periodo de gracia» para que los solicitantes de la patente o sus investigadores puedan anticipar la publicación de su aportación antes de la presentación de la solicitud, sin afectar por ello al requisito de la novedad.³⁰

3.- Reforzamiento del ámbito de protección de la patente

²⁸ La regulación sustantiva de estos certificados se lleva a cabo con carácter general en los citados Reglamentos, ocupándose la Ley únicamente de algunos aspectos adjetivos de procedimiento. *Vid.* J. MACÍAS MARTÍN, «Certificados complementarios de protección», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015, de 24 de julio*, dirigida por A. BERCOVITZ, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 219 a 246, part. pp. 221-222.

²⁹ *Vid.* A. BERCOVITZ, «Disposiciones preliminares de la Ley», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015, de 24 de julio, cit.*, pp. 55 a 61, part. pp. 57 y 58. Aunque esta disposición no resultará aplicable a los solicitantes de una patente hasta transcurridos seis (6) meses desde la entrada en vigor, el 1 de abril de 2017, de la nueva Ley. *Cfr.* su Disposición Transitoria cuarta.

³⁰ La cuestión llegó a suscitarse durante las comparecencias de los expertos ante la Comisión legislativa. Pero no pasó de ahí. *Vid.* I. QUINTANA CARLO, «Invenciones en Universidades y centros públicos de investigación», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015 de 24 de julio, cit.*, p. 172.

En el plano subjetivo, la Ley 24/2015 amplía (art. 3) la legitimación para solicitar la concesión de patente, siguiendo el criterio adoptado para los títulos comunitarios, y permite su obtención a cualesquiera personas físicas o jurídicas, incluyendo expresamente a las entidades de derecho público.

La nueva Ley ha ido más allá de su predecesora a la hora de determinar el ámbito de protección de la patente, que ya no se circunscribe exclusivamente al «contenido de las reivindicaciones», interpretadas de conformidad con «la descripción y los dibujos» de la solicitud.³¹ Siguiendo los postulados de la denominada «doctrina de los equivalentes»,³² la norma establece (art. 68) que, al hacerlo, deberá tenerse en cuenta, además, «todo elemento equivalente a un elemento indicado en las reivindicaciones», introduciendo de este modo un criterio de racionalidad que contribuirá a definir la esfera de protección jurídica de la patente.

De otra parte, se refuerza la posición acreedora del titular de la patente a la hora de determinar la cuantía de la indemnización a percibir en concepto de daños y perjuicios por la infracción de su patente, sin cerrar la posibilidad de implantación, por la jurisprudencia, de un sistema de «daños punitivos» o ejemplarizantes; al incluir la nueva Ley (art. 74.2.b), entre las posibles indemnizaciones, «una cantidad a tanto alzado» que comprenda «al menos» –y aquí reside la cuestión– la suma o contraprestación que le habría abonado el infractor por la atribución de la licencia amparando su actuación.³³

Además, el cálculo del importe concreto de la citada indemnización se deja para la fase de ejecución de sentencia, sin que sea menester fijarla ya en la demanda,³⁴ cuando el titular no dispondrá muchas veces de datos adecuados para hacerlo.

4.- Mejora de la regulación de las invenciones realizadas en el marco de una relación de empleo o servicios

³¹ Cfr. art. 60 Ley 11/1986.

³² Vid. J. A. GÓMEZ SEGADE, «La doctrina de los equivalentes en la jurisprudencia española», en *XXIX Jornadas de estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual*, Grupo Español de la AIPPI, Barcelona, 2014, pp. 33-52.

³³ Esta modificación tiene su origen en lo establecido en la Directiva 2004/48/CE (art. 13.1.b), pero lleva razón el profesor GÓMEZ SEGADE cuando sostiene que la misma no prohíbe a los Estados la adopción de sistemas de indemnización punitivos. Vid. J. A. GÓMEZ SEGADE, «La completa modernización del Derecho de patentes», *cit.*, pp. 163-164.

³⁴ Cfr. art. 74.5.

Se establece una regulación más precisa de las antiguas «invenciones laborales», empezando por su propia delimitación terminológica, pasando la nueva Ley a denominarlas invenciones llevadas a cabo «en el marco de una relación de empleo o de servicios», aumentando la seguridad jurídica y tratando de evitar el planteamiento de conflictos.

En su virtud, se precisan las condiciones relativas al ejercicio de los derechos reconocidos a cada una de las partes, buscando el punto de equilibrio entre el deber de información del dependiente y la respuesta y compromiso del empresario. La nueva normativa resulta más rigurosa en la delimitación entre las invenciones pertenecientes al empresario, las susceptibles de asunción por el mismo y las pertenecientes al empleado o prestador de servicios.³⁵

La norma suprime el derecho del empleador a reclamar la titularidad de las invenciones cuya patente fuera solicitada por el auxiliar dentro del año siguiente a la extinción de su relación de servicios y lo sustituye por una presunción «iuris tantum», de que la invención se gestó durante la vigencia de dicha relación (art. 19.1).³⁶

La regulación de las invenciones realizadas por el personal investigador al servicio de las Universidades Públicas y los Organismos Públicos de Investigación ha ido encaminada fundamentalmente a adaptar la legislación de patentes a lo establecido en la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación y la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, tomando en consideración además los márgenes de la autonomía universitaria.³⁷

5.- Concreción y simplificación de las licencias obligatorias

La Ley 24/2015 introduce novedades de cierta relevancia al regular la obligación de explotación impuesta al titular de la patente y, muy particularmente, en lo tocante al régimen de licencias obligatorias.

³⁵ Vid. P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, «El régimen jurídico de las ‘invenciones realizadas en el marco de una relación de empleo o de servicios’», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 31 (julio-septiembre 2016), pp. 176 a 198, part. pp. 180 y ss.

³⁶ Vid. A. ARROYO APARICIO, «Invenciones realizadas en el marco de una relación de empleo o de servicios («invenciones laborales»», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015 de 24 de julio*, cit., pp. 129 a 154, part. pp. 140-141.

³⁷ Sobre el tema, vid. el análisis de I. QUINTANA CARLO, «Invenciones en Universidades y centros públicos de investigación», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015 de 24 de julio*, cit., pp. 155 a 172.

La norma regula con mayor precisión las actividades empresariales cuya ejecución permite al titular de una patente cumplir el deber legal de proceder a su explotación, así como los plazos y las consecuencias de su infracción. Al hacerlo, adopta el concepto de «explotación» que propugna el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADEPIC), en cuya virtud la obligación de explotar queda cuando se abastece el mercado mediante la exportación del producto desde cualquier Estado miembro (art. 90). Además, la prueba de que la invención está siendo explotada se atribuye ahora al titular de la patente, que podrá servirse al efecto de cualquier medio probatorio.³⁸

Por lo demás, la reforma alcanza sobre todo al régimen de las licencias obligatorias, que se desvincula de los supuestos de falta o insuficiencia de explotación para fijarse también en las que se conceden por motivo de interés público (art. 94.4) y a raíz de prácticas contrarias a la libre competencia (art. 91.c).³⁹ La Ley incorpora y reproduce a nivel interno la regulación del Reglamento (CE) 816/2006, en torno a la concesión de licencias obligatorias sobre patentes dirigidas a la fabricación de productos farmacéuticos destinados a la exportación a Estados con problemas de salud pública (art. 91.e).⁴⁰

La nueva Ley ha querido llevar a cabo una simplificación de la normativa relativa a las características de las licencias obligatorias, así como de las condiciones de su cesión, modificación y cancelación.⁴¹

6.- Nueva configuración legal de los modelos de utilidad

La nueva Ley equipara el estado de la técnica a considerar para la obtención de modelos de utilidad con el que rige para la obtención de patentes (art. 139), aun cuando la determinación de su altura inventiva siga dependiendo de que no resulte del estado de la técnica de una manera «muy evidente» para un experto en la materia (art. 140.1). De

³⁸ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, «Obligación de explotar. Licencias obligatorias», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015, de 24 de julio, cit.*, pp. 401 a 433, part. pp. 423-424.

³⁹ En justa correspondencia con lo establecido en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. *Cfr.* su art. 53.2.b). Sobre el tema *vid.* de nuevo F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, últ., p. 425-426.

⁴⁰ Vid. M. BOTANA AGRA, en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, J. M. OTERO LASTRES y M. BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad Industrial*, 2.^a edic., *cit.*, pp. 205-211.

⁴¹ *Cfr.* arts. 100 y 101.

otra parte, se ha ampliado el contenido de las invenciones susceptibles de modelo de utilidad más allá de los objetos de tipo mecánico, prescindiendo de la lista ejemplificativa anterior que concretaba su ámbito de protección en «los utensilios, instrumentos, herramientas, aparatos, dispositivos o partes de los mismos».⁴²

De otra parte, la nueva Ley ha introducido cambios muy significativos en diversos ASPECTOS RELACIONADOS DEL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN de las patentes. En particular, pueden destacarse los siguientes:

Primero: Unidad de Registro

La Ley consagra la vigencia del principio de unidad de registro en todo el territorio español, al tiempo que atribuye la potestad administrativa de concesión de títulos a la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), «salvo lo previsto en los tratados internacionales en los que España es parte o en el derecho de la Unión Europea». De este modo, la intervención de las Comunidades Autónomas en orden, por ejemplo, a la recepción de las solicitudes de patente (art. 22), queda circunscrita al plano de la colaboración. Se trata de una consecuencia lógica del postulado constitucional de unidad de mercado, de la competencia exclusiva del Estado estatal en materia de legislación sobre propiedad industrial y del propio ámbito nacional de cobertura de los títulos.⁴³

La cuestión «registral» es esencial habida cuenta de que, en nuestro sistema de propiedad industrial, los derechos no se atribuyen por el hecho en sí de la autoría de la invención, sino por su inscripción en el Registro correspondiente. De este modo, la presentación de una solicitud de patente constituye el primer paso en el proceso conducente a la titularidad del derecho y su fecha se toma referencia de prioridad.

⁴² De modo que la posibilidad de ser protegidas como modelos de utilidad alcanza ahora a todas «las invenciones industrialmente aplicables que, siendo nuevas e implicando actividad inventiva, consisten en dar a un objeto o producto una configuración, estructura o composición de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación». Mientras, se exceptúan –además de las materias e invenciones excluidas de patentabilidad– las «invenciones de procedimiento, las que recaigan sobre materia biológica y las sustancias y composiciones farmacéuticas». *Cfr.* art. 137. *Vid.* M. VAREA SANZ «Modelos de utilidad: requisitos de protección», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015, de 24 de julio, cit.*, pp. 613 a 638, part. pp. 627 y 631.

⁴³ *Cfr.* art. 149.1.9.ª CE y art. 2 Ley 24/2015. *Vid.* A. BERCOVITZ, «Disposiciones preliminares de la Ley», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015, de 24 de julio, cit.*, pp. 55 a 61, part. pp. 55 y 56.

En relación a esto último, la nueva Ley admite (art. 30) la denominada «prioridad interna», que permite a quienes solicitan inicialmente la patente en España la presentación de solicitudes posteriores mejorando o corrigiendo su primera solicitud, aprovechándose del efecto de la prioridad.⁴⁴

Segundo: Mayor armonización de la normativa española con la regulación de los Convenios Internacionales en la materia

Consciente de que las legislaciones internas o nacionales constituyen una pieza –más– del sistema transnacional de patentes y de la manifiesta insuficiencia de la limitación de la protección al territorio aislado de un Estado, la Ley dedica especial atención a regular la obtención de patentes españolas a través del Convenio de Múnich de 1973 sobre Patente Europea (CPE), del Tratado de Washington de 1970, de Cooperación en materia de Patentes (PCT), o en virtud de la vía mixta conocida como «Euro-PCT».

La Ley 24/2015 dedica un nuevo Título (el XIV) a la «Aplicación de los Convenios Internacionales».⁴⁵ En él se regula la presentación de solicitudes de patente europea en España, a través de la OEPM. También, se reconocen plenos efectos a las solicitudes de patente europeas presentadas directamente ante la Oficina Europea de Patentes (OEP) y se les otorga protección provisional tras su publicación, previo pago de la tasa correspondiente y una vez la OEPM haga accesible al público la traducción de las reivindicaciones.⁴⁶

En relación a las patentes internacionales amparadas por el Tratado de Washington,⁴⁷ se regula la presentación, depósito y tramitación en España de las correspondientes solicitudes, así como la actuación de la OEPM en tales procesos. Asimismo, la

⁴⁴ *Cfr.* art. 30. El reconocimiento de esta prioridad permite evitar la discriminación que parecía pesar sobre los solicitantes de patentes en España, aunque se halla sujeta el cumplimiento de los mismos requisitos exigibles a la «prioridad externa». La primera consecuencia de esta admisión es la eliminación de las adiciones de patente reguladas en la Ley 11/1986. *Vid.* J. A. GÓMEZ SEGADE, «La completa modernización del Derecho de patentes», *cit.*, p. 161.

⁴⁵ A pesar de las mejoras técnicas introducidas, esta regulación apenas presenta novedades con respecto al derecho anterior. *Vid.* el juicio crítico de J. A. GÓMEZ SEGADE, «La completa modificación del Derecho de patentes español», *cit.*, pp. 151-152.

⁴⁶ En general, sobre el tema *vid.* L. A. DURÁN, «Patentes europeas y sus efectos en España», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015, de 24 de julio, cit.*, pp. 671 a 680.

⁴⁷ *Vid.* J. L. SÁNCHEZ BARRIOS, «Tratado de cooperación en materia de patentes», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015, de 24 de julio, cit.*, pp. 681 a 705.

designación o elección de España en una solicitud de patente internacional, para la obtención de la protección propia de una patente nacional. Además de los requisitos para la eficacia en España de las patentes concedidas sobre la base de solicitudes internacionales. Por último, se remite a lo establecido en el acuerdo concluido entre la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en el marco general del Tratado de Cooperación, en orden a las condiciones de actuación de la OEPM como «Administración encargada de la Búsqueda Internacional» y en calidad de «Administración encargada del Examen Preliminar Internacional de acuerdo con lo previsto en el Tratado de cooperación en materia de patentes».

Tercero: Implantación de un régimen de oposiciones retardado

La formulación de oposiciones a la patente por terceros se difiere hasta el momento inmediatamente posterior a su concesión y no cabe durante el proceso de tramitación de la misma. A tal fin, se establece el plazo de seis (6) meses a contar desde la fecha de publicación de la patente (art. 43).

La nueva fórmula va dirigida a evitar que las oposiciones puedan ser utilizadas con fines dilatorios,⁴⁸ al tiempo que simplifica el procedimiento y permite profundizar en el análisis de los requisitos legales de patentabilidad mediante la revisión ulterior de su concurrencia, tomando en consideración los datos aportados al expediente por cualquier interesado. El examen de las oposiciones de terceros constituirá así un nuevo filtro de legalidad y contribuirá –si cabe– aún más al fortalecimiento de los derechos de patente.⁴⁹

⁴⁸ Así y todo, bajo la vigencia de la Ley 11/1986, el tiempo medio de obtención de patentes nacionales ha sido en 2015 de 19,19 meses (21,51 en 2014; y 24,75 en 2013), por lo que respecta a las patentes con examen previo; y de 22,41 meses para las patentes tramitadas por el procedimiento general, sin examen previo (25,87 en 2014; y 30,16, en 2013). Según datos publicados por la propia OEPM. *Cfr.* <http://consultas2.oepm.es/ipstat/faces/IpsBusqueda.xhtml;jsessionid=e2H2upxI2t3wQ3SpmJdrd1D5.nodo1EAPConsultasPRO>.

La nueva Ley delega en el Ministro de Industria, Energía y Turismo –a propuesta de la Oficina Española de Patentes y Marcas– la potestad de fijar «los plazos máximos de resolución de los procedimientos administrativos de concesión y registro de las diversas modalidades de Propiedad Industrial», de conformidad con la previsión contenida en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible (art. 59.3). *Cfr.* su Disposición Adicional segunda.

⁴⁹ *Vid.* también en este punto las interesantes reflexiones de J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «La completa modificación del Derecho de patentes español», *cit.*, pp. 156-157.

La desestimación de su pretensión dará paso, asimismo, a la posibilidad de que el opositor interponga recurso administrativo contra la resolución denegatoria de la OEPM; y luego al ejercicio de la pertinente acción en vía contenciosa.

Cuarto: Modificación del contenido sustantivo de la solicitud de patente

En aras a flexibilizar la tramitación de las solicitudes y facilitar la concesión de patentes, la nueva Ley autoriza, en determinadas fases del procedimiento, al solicitante a modificar las reivindicaciones alterando la descripción de la invención para la que se solicita la patente, a fin de que pueda ajustarse a los datos e informaciones que se vayan conociendo.

Así ocurre cuando la Oficina Española de Patentes y Marcas aprecia falta de claridad o de coherencia en la descripción de la invención o en las reivindicaciones, de manera que impidan la elaboración –en todo o en parte– del informe sobre el estado de la técnica, previendo la Ley que se dé audiencia al solicitante para que formule alegaciones o modifique, si lo estima conveniente, las reivindicaciones contenidas en su solicitud (art. 36.3).

Otro momento clave a estos efectos es la puesta en conocimiento del solicitante del informe sobre el estado de la técnica y la opinión escrita de la OEPM, permitiéndose al mismo que, durante los tres (3) meses de que dispone para efectuar la petición del examen sustantivo, además de formular las observaciones que tenga a bien, modifique las reivindicaciones y los restantes documentos de la solicitud (art. 39.3).

De igual modo, el solicitante se halla autorizado para modificar las reivindicaciones, hasta por dos ocasiones, cuando le sean comunicados los motivos aducidos por la OEPM, a raíz del examen sustantivo de la solicitud, para negarle en todo o en parte la concesión de la patente (art. 40.2).⁵⁰

Más allá de estos supuestos, la Ley solo admite que puedan alterarse las reivindicaciones cuando se trate de subsanar errores manifiestos.⁵¹ La modificación

⁵⁰ Vid. D. PELLISÉ, «Procedimiento de concesión, y oposiciones y recursos», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015 de 24 de julio*, cit., pp. 195 a 218, part. pp. 208, 209 y 212.

⁵¹ Cfr. art. 48. 1 y art. 49. Aunque, si la petición de rectificación afecta a la descripción, las reivindicaciones, los dibujos o las secuencias biológicas, exige que la misma resulte «evidente» y «se deduzca inmediatamente» que no pueda haber sido propuesto por el solicitante «ningún otro texto, dibujo o secuencia» distinto del que resulte de la modificación.

legal de las reivindicaciones no requiere «contar con el consentimiento de quienes tengan derechos inscritos sobre su solicitud en el Registro de Patentes». La petición del solicitante habrá de formalizarse por escrito, dejando constancia de las «diferencias entre el texto nuevo y el texto sustituido», así como especificando la razón de las modificaciones y su alcance. La Ley impone, eso sí, una importante limitación al prohibir que los cambios amplíen el contenido del objeto de la solicitud «tal como se haya presentado inicialmente».⁵²

Como colofón a esta, la Ley permite al titular de una patente ya concedida, en cualquier momento, pedir su revocación o limitación modificando las reivindicaciones que la definen, interponiendo al efecto la correspondiente solicitud ante la Oficina Española de Patentes y Marcas.⁵³

Quinto: Restitución de derechos

La Ley confiere (art. 53) al titular de una patente, a su solicitante o a cualquiera que sea parte en un procedimiento que, por las circunstancias y a pesar de haber obrado diligentemente, no hubieran podido cumplir un plazo preceptivo en el marco de alguno de sus procedimientos, el derecho a pedir y obtener el restablecimiento en sus derechos.

Para ello, deberá solicitarlo al órgano competente para pronunciarse sobre el trámite incumplido mediante la interposición de un escrito debidamente motivado, en las condiciones que fija la propia Ley. La resolución que disponga el restablecimiento de derechos habrá de inscribirse en el Registro de Patentes y se publicará en el «Boletín Oficial de la Propiedad Industrial». Dicha resolución es susceptible, por lo demás, de recurso.⁵⁴

⁵² *Cfr.* art. 48.2 a 5.

⁵³ *Cfr.* art. 105. La fórmula no está permitida respecto a patentes sobre las que existan derechos reales, opciones de compra, embargos o licencias, debidamente inscritos en el Registro de Patentes, a menos que conste el consentimiento de los titulares de esos derechos. Tampoco es dable solicitar la revocación o limitación cuando figure inscrita en el Registro de Patentes la presentación de una demanda judicial reivindicando la titularidad de la patente o el reconocimiento de otros derechos patrimoniales sobre la misma en tanto no conste el consentimiento del demandante; y, hallándose pendiente un procedimiento judicial sobre la validez de la patente, la petición deberá venir autorizada por el juez o tribunal que conozca del procedimiento. Una vez tramitadas (art. 106) y decididas por la OEPM (art. 106), la revocación o limitación tendrán los mismos efectos que la nulidad total o parcial y las reivindicaciones modificadas determinarán retroactivamente el alcance de la protección de la patente. *Cfr.* art. 107.

⁵⁴ *Vid.* J. A. GÓMEZ SEGADE, «La completa modernización del Derecho de Patentes español», *cit.*, pp. 161-162. La regla no se aplica, empero, a todos los plazos. *Cfr.* art. 53.5. El derechohabiente restablecido

Sexto: Concesión acelerada y tramitación preferente de patentes.

La Ley prevé (Disposición Adicional tercera) la posibilidad de que reglamentariamente, a propuesta de la Oficina Española de Patentes y por orden del ministro del ramo, se disponga la tramitación preferente de determinadas solicitudes de patentes, relacionadas con los objetivos de sostenibilidad que postula la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Paralelamente, se autorizada (Disposición Adicional sexta) a la dirección de la OEPM el establecimiento de «programas de concesión acelerada de patentes», tratándose de solicitudes que no reivindiquen la prioridad de otras anteriores, cuyo interesado así lo pida junto con la publicación anticipada y la petición de examen de su solicitud (abonando por supuesto las correspondientes tasas), sin necesidad de ningún tipo de modificación.⁵⁵

Séptimo: Solución extrajudicial de conflictos en materia de patentes.

La Ley se ha ocupado expresamente de la resolución «extrajudicial» de conflictos en materia de patentes,⁵⁶ que no se limita ya a la posibilidad de acudir a una conciliación previa en caso de controversias relativas a invenciones llevadas a cabo en el marco de una relación de empleo o de servicios. La verdadera novedad consiste en permitir a los interesados (art. 136) recurrir a la mediación o someter a arbitraje «las cuestiones litigiosas surgidas entre ellos con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos en la Ley», siempre que se trate de cuestiones que el Derecho no haya excluido de la libre disposición de las partes.

tampoco podrá invocar su derecho frente a terceros de buena fe que, «en el periodo comprendido entre la pérdida del derecho y la publicación de la mención de restablecimiento de ese derecho», hubiesen comenzado a explotar la invención afectada o llevado a cabo preparativos serios y efectivos con tal fin, siempre que se limiten a iniciar o continuar dicha explotación en su empresa o para las necesidades de esta (art. 53.6).

⁵⁵ De presentar tales solicitudes defectos, la Oficina Española de Patentes y Marcas lo pondrán en conocimiento del solicitante y le dará un plazo para que los subsane; En caso contrario, se tendrá por no formulada la solicitud de concesión acelerada, continuando el procedimiento por la vía ordinaria, fuera ya del programa de concesión acelerada.

⁵⁶ *Cfr.* arts. 133 a 136, que conforman el Capítulo IV (con la rúbrica «Solución extrajudicial de controversias») de su Título XII.

El legislador de 2015 ha aprovechado también para ampliar el ámbito de actuación de la OEPM, incluyendo entre sus funciones el impulso y desarrollo de la mediación, así como la intervención como institución arbitral en la resolución de tales conflictos.⁵⁷

Octavo: Reducción de tasas

La nueva Ley decreta la reducción en un cincuenta por ciento (50 %) de las tasas tanto de solicitud como de búsqueda de Patentes y examen, en favor de determinados emprendedores, PYMES y Universidades. En el caso de las Universidades públicas, dicha rebaja puede llegar a una bonificación del cien por cien (100 %) si se acreditara la explotación «real y efectiva» de la patente en los plazos legales.⁵⁸

Pero la modificación sin duda más relevante que lleva a cabo la Ley 24/2015 es la relativa a la supresión del antiguo procedimiento de concesión de patentes sin examen previo y la INSTAURACIÓN DE UN ÚNICO SISTEMA DE CONCESIÓN DE PATENTES que pasa obligatoriamente por el control a cargo de la OEPM de los requisitos de novedad y de altura inventiva.

VII.- NUEVO RÉGIMEN... DE CONCESIÓN DE PATENTES

La nueva Ley establece un único sistema de concesión de patentes, con examen previo de los requisitos de novedad y de actividad inventiva, lo que pondrá también fin a la práctica seguida hasta ahora por la mayoría de los solicitantes de patentes españolas cuando optaban por el procedimiento de concesión sin examen previo. La medida

⁵⁷ Cfr. su Disposición adicional segunda, por la que se modifica el artículo 6 apartado seis de la Ley 15/1975, de Creación del Registro de Propiedad Intelectual, pasando a incluir entre las actividades a cargo de este organismo el desempeño «como institución mediadora y arbitral», en el marco de lo establecido en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, de «las funciones que por real decreto se le atribuyan para la solución de conflictos relativos a la adquisición, utilización, contratación y defensa de los derechos de Propiedad Industrial en aquellas materias no excluidas de la libre disposición de las partes conforme a derecho». Sobre el tema *vid.* M. ZUBIRI DE SALINAS, «Las soluciones extrajudiciales en la ley de patentes», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015 de 24 de julio, cit.*, pp. 591 a 612.

⁵⁸ Cfr. Disposición Adicional décima. Se refiere al plazo establecido por la propia Ley en su artículo 90.2. La medida alcanza tanto a las tasas de las patentes como a las de los modelos de utilidad. Producida la explotación, las Universidades podrán solicitar la devolución del importe de las tasas abonadas, en las condiciones fijadas reglamentariamente. *Vid.* I. QUINTANA CARLO, «Invenciones en Universidades y centros públicos de investigación», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015 de 24 de julio, cit.*, pp. 170-171.

causará, sin duda, un gran impacto en los futuros procesos de obtención de patentes y se traducirá, a corto plazo, en una reducción del número de concesiones, debido al control más riguroso de los requisitos de patentabilidad que habrá de llevar a cabo la Oficina Española de Patentes y Marcas.

La principal consecuencia de todo ello será el reforzamiento y la mayor solidez de las patentes de nueva concesión que, al haber sido objeto de análisis también en cuanto a la novedad y a la altura inventiva, tendrán más consistencia y resultarán, en principio, más difíciles de impugnar.

La legislación hasta ahora vigente contemplaba dos procedimientos alternativos para la concesión de patentes, uno con examen previo de la novedad y de la actividad inventiva y otro sin él, dejando a la discrecionalidad de los solicitantes la elección entre uno u otro procedimiento de concesión y, por tanto, la posibilidad de obtener una patente «fuerte» o una patente «débil». Esta fórmula opcional o «a la carta» –que la mejor doctrina no duda en calificar de *insólita*⁵⁹– fue el resultado de la reforma legal introducida por el Real Decreto-Ley 8/1998, de 31 de julio, de medidas urgentes en materia de propiedad industrial. Con anterioridad, la Ley 11/1986 contemplaba, al lado del procedimiento general de concesión, otro dirigido a la obtención de patentes fuertes, con examen previo de la novedad y de la altura inventiva, que estaba destinado a sustituir paulatinamente al primero hasta convertirse en el único sistema de concesión de patentes.

En el momento que precede a la entrada en vigor de la Ley 24/2015, el grueso de las solicitudes de patentes españolas que se tramitan ante la OEPM lo hacen por el procedimiento de concesión sin someterse al examen previo de su novedad y actividad inventiva, lo que puede ofrecernos una imagen distorsionada de la verdadera entidad de la investigación aplicada en España. La pregunta es si cabe invocar tales cifras como baremo de calidad o utilizarlas como criterio de medida objetiva para comprobar los resultados de la investigación o evaluar el currículum de profesores e investigadores.

Sin embargo, cuando se trata de solicitar y obtener patentes europeas (al amparo del Convenio de Múnich) mediante un procedimiento con examen previo o patentes internacionales (en el marco del Tratado de Washington), con arreglo al régimen de concesión vigente en los estados designados, el número de patentes con origen en

⁵⁹ Vid. J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «La completa modernización del Derecho de Patentes español», *cit.*, p. 155.

España desciende muy considerablemente. Esto solo puede tener una lectura y no es nada halagüeña.

La cuestión ha de plantearse fundamentalmente en términos cualitativos y no cuantitativos. Es evidente que un sistema de patentes serio y eficaz debe basarse en patentes contrastadas, fuertes y sólidas. No en patentes débiles o contingentes, con mayor probabilidad de ser anuladas por los tribunales y susceptibles, además, de distorsionar la vigencia de los postulados de libre competencia que están llamados a regir el funcionamiento de los mercados.

VIII.- EXAMEN PREVIO DE LA NOVEDAD Y DE LA ACTIVIDAD INVENTIVA

La nueva Ley exige que la concesión de una patente vaya precedida en todo caso de un examen por parte de la OEPM del cumplimiento por la invención para la que se solicita de los requisitos de «novedad» y de «actividad inventiva».

Al apostar por el sistema de concesión con examen previo, la Ley 24/2015 atribuye a la Administración la potestad de controlar las solicitudes de patente también en cuanto al cumplimiento de los requisitos de novedad y actividad inventiva o lo que es lo mismo: el poder de atribuir o denegar una patente en función de si el invento para el que se solicita es realmente nuevo y constituye o no una auténtica invención.

Ello no debe llevarnos a pensar que el control administrativo de los requisitos de novedad y altura inventiva es absoluto y determinante. La actuación de la OEPM seguirá estando sometida –de acuerdo con los postulados de cualquier Estado de Derecho– a revisión por los jueces y tribunales.

Tras la admisión a trámite de la solicitud por la OEPM y una vez verificada la idoneidad legal de su objeto, así como el cumplimiento de los requisitos formales, de representación y, en su caso, la reivindicación de prioridad (art. 35), se procederá por aquella a la emisión del «informe sobre el estado de la técnica» y de una «opinión escrita, preliminar y no vinculante» en relación a la solicitud de patente, de los que se dará traslado al solicitante (art. 36).

Superado el examen de oficio, se prevé (art. 37) que la Oficina Española de Patentes y Marcas proceda «lo antes posible» a la publicación de la solicitud de patente, anunciándolo en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial* y poniendo a disposición

del público el expediente de la solicitud; al tiempo que editará un folleto conteniendo el texto de la descripción con las reivindicaciones y, en su caso, los dibujos o las secuencias biológicas. Lo propio se hará, una vez elaborado, con el informe sobre el estado de la técnica (art. 37).

Llegados a esta punto, la novedad consiste en la implantación de un «examen sustantivo». A tal fin, la Ley dispone (art. 39) que «la Oficina Española de Patentes y Marcas examinará previa petición del solicitante y de acuerdo con lo establecido en el Reglamento, si la solicitud de patente y la invención que constituye su objeto cumplen los requisitos formales, técnicos y de patentabilidad establecidos en la Ley». El solicitante podrá pedirlo en cualquier momento desde el depósito de la solicitud y habrá de hacerlo, en todo caso «antes de que transcurra el plazo de tres meses contados desde la publicación del informe sobre el estado de la técnica», sin que dicha petición se considere realizada hasta que efectúe el pago de la tasa de examen. La falta de petición de dicho examen en el plazo establecido o su revocación equivalen a una retirada de la solicitud de patente. El solicitante podrá presentar, junto con la petición de examen sustantivo, «observaciones al informe sobre el estado de la técnica, a la opinión escrita y a las observaciones de terceros», así como modificar, si lo estima oportuno, las reivindicaciones y los restantes documentos de la solicitud con sujeción a lo dispuesto en el artículo 48 de la propia Ley.

De otra parte y aunque la Ley permite (art. 38) a los terceros realizar, en cualquier momento tras la publicación de la solicitud de la patente, observaciones «debidamente razonadas y documentadas» sobre el carácter patentable o no de una invención, ha implantado –como ya se ha dicho– un sistema de oposiciones diferido o «post concesión» (*belated opposition*).

Más allá, resta aún la posibilidad de reclamar la nulidad judicial de la patente concedida, por incumplimiento de los requisitos legales de patentabilidad y más concretamente de los de novedad o altura inventiva (art. 102), determinando la nueva Ley el carácter «público» de la acción de impugnación destinada a hacerla valer (art. 103).⁶⁰

⁶⁰ Fórmula, sin duda, respetuosa con el interés público que se trata de proteger; y que contrasta abiertamente con la restricción de la legitimación activa para el ejercicio de esta acción de nulidad, mantenida por la Ley 11/1986 (art. 113). *Vid.* J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «La completa modernización del Derecho de patentes español», *cit.*, pp. 160-161.

Ahora bien, la pregunta es si la administración española de patentes estará suficientemente cualificada para llevar a cabo dicho examen.

La OEPM no solo concede las patentes nacionales. En el marco de la aplicación del Tratado de Cooperación en materia de patentes, la Oficina Española de Patentes y Marcas ha sido reconocida primero como Administración de búsqueda internacional respecto a solicitudes relativas a Estados de lengua española; y desde el 1 de junio de 2003 es también Administración de examen preliminar internacional en relación a las solicitudes de patentes presentadas en Estados de lengua española, lo que la ha llevado a encargarse de realizar el examen de patentabilidad para todos los países de habla hispana adheridos al PCT. El denominado «examen preliminar internacional» tiene por objeto formular una opinión preliminar y no vinculante acerca de si la invención que se reivindica es aparentemente nueva, implica actividad inventiva y es susceptible de aplicación industrial.

Para garantizar el buen funcionamiento del nuevo sistema que pretende implantar la Ley 24/2015, la OEPM deberá llevarse a cabo una búsqueda de antecedentes de calidad, lo que presupone no solo la concurrencia de examinadores cualificados sino también el manejo de datos y conocimientos avanzados en los diversos campos de la técnica.

En cualquier caso, si la OEPM no cumple con su función de búsqueda, los solicitantes de patentes pueden optar por acogerse a otros procedimientos en función del tipo de patente que quieran conseguir (europea o internacional).

La modificación introducida va mucho más allá de un cambio formal o de procedimiento; aunque las patentes seguirán concediéndose por la OEPM «sin perjuicio de tercero y sin garantía del Estado en cuanto a la validez de la misma y a la utilidad del objeto sobre el que recae».⁶¹

En efecto, el control efectivo de los requisitos de novedad y de altura inventiva no constituye un cambio adjetivo o de forma sino que afecta al sistema de patentes en su conjunto, en la medida en que constituye una medida dirigida a verificar el concepto mismo de patente y cuya aplicación contribuirá en gran medida a reforzar la solidez y

⁶¹ *Cfr.* art. 42. Por eso, una vez concedida, cualquier tercero está legitimado para oponerse –dentro del plazo establecido al efecto– a su concesión (art. 43); y cualquier persona puede solicitar su nulidad ante los tribunales «durante toda la vida legal de la patente y durante los cinco años siguientes a la caducidad de esta» (art. 103.1 y 2).

coherencia de todo el sistema, evitando la concesión de patentes basadas en la mera apariencia.

Ello supondrá también restringir la concesión de estos títulos de propiedad industrial y evitar el otorgamiento de patentes débiles o formales. Lo que redundará en la mejora de nuestro sistema de patentes, que limitará su protección a un grupo más selectivo de títulos.

IX.- FUNDAMENTO Y RAZÓN DE SER DE LA PATENTE

El objetivo último del sistema de patentes es el fomento de la investigación y del desarrollo tecnológico en un mercado basado en la libre competencia.⁶² La libertad constituye el principio rector del funcionamiento de los mercados y la patente se nos presenta como una de sus restricciones «legales», basada en la conveniencia de promover la innovación y evitar las actitudes parasitarias y que el esfuerzo de unos pueda ser aprovechado indebidamente por los otros.⁶³

En este marco, la atribución de un derecho de exclusiva como el que permite al titular de una patente impedir a sus competidores la explotación «industrial» de las ideas amparadas por su patente, únicamente está justificada cuando se trate de invenciones que supongan realmente nuevas aportaciones al acervo tecnológico mundial. La validez y eficacia de una patente se halla condicionada al cumplimiento de la siguiente fórmula «lógica»:

Invención → Patente → Exclusiva

En puridad jurídica, una patente solo es válida y produce efectos cuando recae sobre una verdadera invención. Lo que ahora hace el legislador es someter las invenciones para las

⁶² Vid. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, cit., p. 463. El sistema de patentes ha sido definido como «un instrumento básico para el impulso del desarrollo económico» y «un elemento fundamental para el fomento de la investigación e innovación en el ámbito de la técnica». Vid. asimismo el Prof. BOTANA AGRA, «Invención y patente», en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, J. M. OTERO LASTRES y M. BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad Industrial*, cit., pp. 99-100.

⁶³ Las patentes constituyen «herramientas procompetitivas» cuya finalidad esencial es «generar eficiencias dinámicas» dirigidas a estimular «la creación, la innovación, la inversión y, con ello, el avance tecnológico, cultural, social y económico». Razones que hacen posible actualmente el entronque del Derecho de patentes con los postulados del Derecho de la Competencia. Vid. F. CARBAJO CASCÓN, «Obligación de explotar. Licencias obligatorias», en *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015, de 24 de julio*, cit., p. 401.

que solicita una patente española a un control previo en cuanto al cumplimiento de dos de los requisitos de validez de la patente. Esto es: la novedad y la actividad o altura inventiva. De modo que, en lo sucesivo, la Oficina Española de Patentes y Marcas únicamente conceda patentes sobre invenciones que –a juicio de sus técnicos o, en su caso, de los tribunales de justicia– comporten un verdadero avance en el estado de la técnica mundial.

Al disponerlo así, la modificación introducida por el legislador español resulta de todo punto coherente con el fundamento del sistema de patentes, porque tales requisitos forman parte de la esencia misma de la patente como título de propiedad industrial y constituyen una *conditio sine qua non* para la atribución a su titular de un derecho exclusivo sobre la explotación y aprovechamiento mercantil de la idea que incorpora. Se trata de premiar a los inventores para incentivar la competencia en nuestros mercados; no de protegerles sin más.

La libertad de competencia, como principio inspirador del funcionamiento del mercado, tiene pocas excepciones y, contrariamente a lo que pudiera pensarse, ampara la eventual imitación de las iniciativas empresariales ajenas. En efecto, la Ley considera lícita la imitación y permite, con carácter general, a las empresas adoptar soluciones útiles puestas en práctica por sus competidores, contribuyendo de este modo a su implantación efectiva en el mercado.⁶⁴

En un mercado libre, la competencia y la imitación constituyen los verdaderos motores de la actividad empresarial y están llamadas a desempeñar *mutatis mutandis* la función atribuida a la selección natural en los procesos biológicos, contribuyendo a la mejora progresiva de las condiciones económicas. Cuando se compite, la imitación de los otros no constituye, por sí misma, un acto desleal y su antijuridicidad depende de la

⁶⁴ Cfr. art. 11 de la Ley de Competencia desleal, bajo la rúbrica de *actos de imitación*. En su virtud, la «imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre», a menos que estén amparadas por algún «derecho de exclusiva reconocido por la Ley». El precepto reputa, no obstante, «desleal» y prohíbe la «imitación de prestaciones de un tercero [...] cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno»; a menos que los riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena sean inevitables, en cuyo caso, la imitación no podrá considerarse desleal. En su tercer párrafo, la norma califica en todo caso de «desleal» la conducta consistente en una «imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor», cuando forme parte de una «estrategia» que vaya «directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado». Sobre el tema *vid.* antes que nadie P. PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Madrid, 1995.

conurrencia de las circunstancias, vinculadas a la conducta del imitador, que la Ley considera contrarias a Derecho.⁶⁵

Pues bien, la patente constituye una de las –escasas– restricciones legales a la vigencia del postulado general de libre competencia. En cuanto tal, su reconocimiento persigue el avance del estado de la técnica, mediante el fomento de la innovación y de los nuevos desarrollos tecnológicos.

Las patentes existen con la finalidad de conferir a su titular el derecho exclusivo a la explotación de una invención que lo sea realmente por cumplir los requisitos establecidos al efecto en la Ley; y, muy particularmente, el de novedad. Esto es: monopolio de explotación por avance tecnológico.

Esta y no otra es la razón de que se concedan patentes y se reconozcan a los inventores derechos exclusivos de explotación mercantil sobre los resultados de sus invenciones. Las patentes no son simples derechos intelectuales concedidos por el Derecho al autor de una idea o mejor dicho solo lo son cuando recaen sobre invenciones susceptibles de aprovechamiento industrial y originales, por no estar comprendidas en el estado mundial de la técnica.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) al informar el Anteproyecto de Ley de Patentes se encargó de poner de manifiesto la permanente tensión que estos títulos de propiedad industrial mantienen con el Derecho de la Competencia. Para la CNMC, las patentes son instrumentos jurídicos dirigidos a « paliar el fallo de mercado derivado del carácter económico de bien público que tiene el conocimiento e incentivar, en consecuencia, la innovación y la inversión pública y privada en I+D+i ». Con este objeto y no otro « conceden a su titular un monopolio legal, limitado en el tiempo, a cambio de la revelación de una invención y el cumplimiento de los requisitos fijados normativamente para su obtención ».

Más allá de su cualidad de títulos de propiedad intelectual, la CNMC los concibe como « monopolios legales »; y, en cuanto tales, les atribuye « efectos restrictivos de la competencia », que deben ser analizados como cualquier otra restricción, en términos de necesidad,⁶⁶ proporcionalidad⁶⁷ y no discriminación.⁶⁸

⁶⁵ Vid. J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 1999, pp. 343-344.

⁶⁶ ¿Está realmente justificada la introducción de dicho monopolio?

⁶⁷ ¿Existe otra manera menos restrictiva para la competencia de obtener el resultado perseguido?

No es dable, pues, «instrumentalizar» la patente para restringir la competencia y utilizarla para tratar de obtener ventajas competitivas en forma de monopolios de explotación frente al resto de las operaciones económicas y potenciales clientes.

Esto explica que la CNMC afirme que «Las denominadas *patentes débiles* crean una restricción injustificada a la libre competencia», pues implican la concesión de un monopolio legal amparada en una invención cuya novedad y actividad inventiva no han sido previamente acreditadas. De modo que, «aun tratándose de patentes que pueden ser declaradas nulas tras el correspondiente procedimiento judicial», surge una «barrera» desde el momento en que se traslada «a los competidores la carga económica y administrativa de impugnarlas». Para concluir sosteniendo de modo rotundo que «su eliminación del sistema merece una valoración muy positiva».⁶⁹

La conexión lógica entre la legislación de patentes y el Derecho de la Competencia trae consigo importantes consecuencias. Toda patente está sujeta al cumplimiento de los requisitos legales exigidos para su concesión y, cuando no lo hace, es evidente que se produce una infracción de la legislación de patentes; y ello con independencia del procedimiento seguido para su consecución y de que la invención sobre la que recaiga haya sido o no objeto de control en cuanto a alguno de tales requisitos. Esta circunstancia permite calificar la conducta del titular de una patente, carente de los requisitos de novedad o de altura inventiva, que se apoya en la titularidad «formal» de la misma para restringir el mercado como contraria a la libre competencia por abusiva; o incluso como un acto de competencia desleal cuando la hace valer frente a sus competidores intentando prevalerse de una ventaja competitiva obtenida mediante la infracción de la legislación de patentes.⁷⁰

X.- PANORAMA DE FUTURO... O JUICIO DE PROGNOSIS

Llegados a este punto es lógico preguntarse por la suerte que correrán las patentes «débiles» concedidas hasta ahora por la OEPM «sin perjuicio de tercero y sin garantía

⁶⁸ ¿Se está excluyendo del mercado a oferentes, incluso potenciales, de forma innecesaria?

⁶⁹ Cfr. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *IPN/DP/004/14 Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Patentes*, accesible a través de su Web (www.cnmc.es) en la dirección: www.cnmc.es/sites/default/files/424343_10.pdf.

⁷⁰ Cfr. art. 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia; y art. 15 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal. En conexión directa con esta idea se halla la posibilidad, contemplada en la nueva Ley 24/2015, de disponer la concesión de licencias obligatorias para poner remedio a prácticas anticompetitivas.

del Estado en cuanto a la validez de la misma y a la utilidad del objeto sobre el que recae». Tales patentes mantendrán, por su puesto, su validez a no ser que sean declaradas nulas por los jueces y tribunales, habida cuenta de que, respecto de las mismas y con independencia de la presunción de validez derivada de su concesión, el control del cumplimiento de los requisitos de «novedad» y de «actividad inventiva» seguirá teniendo que realizarse en ellas a posteriori.

Por su parte, las solicitudes de patentes en curso, presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, continuarán tramitándose y serán resultas conforme a la normativa de la Ley 11/1986, vigente en el momento de su presentación, lo que permitirá a sus titulares someterse al procedimiento de concesión sin examen previo y eludir la aplicación de la nueva Ley.⁷¹

En el futuro, los solicitantes de títulos de propiedad industrial sobre invenciones que no quieran someter su novedad y altura inventiva al control de la OEPM podrán «refugiarse» en los modelos de utilidad y ello a pesar de que la nueva Ley se lo ha puesto un poco más «difícil», al someter estos títulos de propiedad industrial a los mismos estándares de novedad (universal) que las patentes, aun cuando permita que su actividad inventiva sea de menor fuste.

El mantenimiento de los modelos de utilidad como segundo pilar de innovación fue cuestionado durante los trabajos legislativos. La CNMC llegó a proponer (en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Patentes*) la supresión de los mismos por considerarlos «sustitutivos imperfectos de las patentes» y entender que contribuyen al consumo ineficaz de recursos escasos, «generando monopolios para inversiones que no han demostrado superar los estándares de novedad y actividad inventiva». Pero, a lo largo de los años, estos títulos «menores» de propiedad industrial (más fáciles de obtener y menos costosos) han demostrado con creces su utilidad para las empresas de muchos países, como lo demuestra en España el dato de que en un porcentaje del 95 % sus solicitudes sean de origen nacional.

Por Ley y a diferencia de las patentes, los modelos de utilidad continuarán concediéndose sin examen previo y sin emisión de informe sobre el estado de la técnica, aunque con llamamiento a oposiciones y dejando abierta la posibilidad de que su formulación conduzca a la denegación de su concesión.

⁷¹ Cfr. Disposición transitoria primera, relativa al «régimen transitorio de los procedimientos».

Además, la Ley 24/2015 exige (art. 148.3) para el ejercicio de las acciones dirigidas a hacer valer los derechos de exclusiva conferidos por un modelo de utilidad –solicitado con posterioridad a su entrada en vigor– la previa solicitud u obtención del *informe sobre el estado de la técnica* previsto para las patentes.⁷²

Ahora queda esperar a la pronta aprobación de un buen Reglamento de desarrollo; y continúa sobre todo pendiente la definitiva implantación de la patente europea con efecto unitario.⁷³

La cuestión de fondo que todos nos planteamos es si la nueva Ley contribuirá significativamente al ansiado cambio de nuestro modelo económico; y si será capaz de hacer de España un país de ciencia e innovación. Aunque me temo que para hacer de España –o de México– un país de ciencia y de innovación se necesitan mucho más que Leyes. Habría que empezar por cambiar la mentalidad de muchas personas... En esta ingente tarea, la Universidad está llamada a desempeñar una segunda labor esencial: formar técnicos e investigadores capaces de innovar. La primera es ponerse realmente al servicio de la sociedad orientando la investigación de sus profesores hacia el conocimiento útil.

⁷² Aunque la dicción literal del precepto limita esta exigencia a los modelos de utilidad solicitados bajo la vigencia de la Ley 24/2015, la Disposición Transitoria segunda, al disponer la «normativa aplicable a los títulos de protección de las invenciones concedidos conforme a la legislación anterior», no excluye de la aplicación de este «efecto de concesión» (incluido en cuanto tal en el Capítulo III del Título XIII de la nueva Ley) a los modelos de utilidad de la Ley 11/1986.

⁷³ A día de hoy, uno de marzo de dos mil diecisiete, está accesible a través de la Web de la Oficina Española de Patentes y Marcas, el borrador del citado Reglamento, a la espera de su aprobación definitiva. Cfr.

www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Propiedad_Industrial/Normativa/Borrador_Reglamento_para_ejecucion_Ley_24_2015_de_24_de_julio_de_Patentes.pdf.

El pasado 24 de noviembre de 2016, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMyC) publicó su informe sobre el citado borrador, trasladando al Gobierno varias recomendaciones. Entre ellas, la de acometer una simplificación general de los distintos procedimientos, justificar la cuantía de las tasas a aplicar, suprimir la preceptiva intervención de los agentes de propiedad industrial en relación a las solicitudes de patentes extra-comunitarias y la reconsideración de la figura de los modelos de utilidad. Puede consultarse el contenido de este informe en la propia Web de la CNMyC: www.cnmc.es/sites/default/files/1548731_0.pdf.

LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y EL SEGURO¹

Dra. D.^a María Luisa MUÑOZ PAREDES

Profesora titular de Derecho Mercantil.

Universidad de Oviedo

SUMARIO. I. LA *UBERIZACIÓN* DEL SEGURO Y LOS NUEVOS RIESGOS LIGADOS A LAS PLATAFORMAS DE ECONOMÍA COLABORATIVA. II. SEGUROS *PEER TO PEER (P2P)*. 1. Realidad actual en el mercado. 2. Problema regulatorio. III. COBERTURA DE LOS RIESGOS PROPIOS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA. 1. Insuficiencia de los seguros tradicionales. 2. Reacción del mercado ante la nueva necesidad de cobertura. 3. ¿Debe mantenerse la libertad en la fijación de primas?

I. LA *UBERIZACIÓN* DEL SEGURO Y LOS NUEVOS RIESGOS LIGADOS A LAS PLATAFORMAS DE ECONOMÍA COLABORATIVA

Nadie desconoce a estas alturas el fenómeno de la economía colaborativa, que afecta tanto a bienes de todo tipo como a servicios de variada naturaleza, incluidos los financieros. En ambos campos, tanto en bienes como en servicios, su desarrollo está ligado al uso de plataformas informáticas que ponen en común a una masa de personas y a la idea fundamental de rentabilizar recursos ociosos.

En esta nueva forma de industria hay que distinguir tres tipos de elementos: (i) las plataformas (*marketplace*), que son el mercado, el lugar que facilita el intercambio de bienes o servicios entre pares; (ii) los sujetos que ofrecen esos bienes o servicios en el mercado, que pueden ser particulares o pequeños empresarios (*entrepreneurs*), y (iii) los consumidores o usuarios, que son los individuos que demandan esos bienes o servicios para su compra, alquiler o consumo (*consumers*). En este tipo de mercados suele tratarse como a pares a los sujetos que ofrecen sus bienes o servicios y a los que los demandan, aunque los primeros no sean necesariamente particulares. El pago de las prestaciones se realiza a través de la plataforma, que suele cobrar una comisión a una de las partes,² pero, aparte de facilitar los pagos, la plataforma también puede ofrecer

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MICINN-DER-2014-54661-P.

² Esta definición, tan clara, es la que ofrece A. SUNDARARAJAN en «Peer-to-Peer Businesses and the Sharing (Collaborative) Economy: Overview, Economic Effects and Regulatory Issues» (Written testimony for the hearing titled, The Power of Connection: Peer-to-Peer Businesses, held by the Committee on Small Business of the United States House of Representatives, January 15th, 2014), publicada en http://smallbusiness.house.gov/uploadedfiles/1-15-2014_revised_sundararajan_testimony.pdf.

servicios complementarios, como la gestión de reclamaciones y el aseguramiento de los daños que puedan eventualmente sufrir los partícipes.³

El desarrollo de esta nueva corriente es universal y parece que imparable.⁴ Solo en España, pese a la prohibición judicial cautelar de la actividad de *Uber*,⁵ que para poder operar en nuestro mercado hubo de adecuar su modo de actuar y someterse a la solicitud de licencias de vehículos con conductor, han ido surgiendo plataformas de todo tipo, unas fundadas en la idea del ahorro de costes y otras, en la de hacer más grata una experiencia, como un viaje, entre otros fines. Según una infografía elaborada por *Relendo.com*, que es una plataforma que permite el alquiler de bienes de uso de todo tipo (desde taladros a vestidos de fiesta), después de ella misma, las principales iniciativas españolas en este campo son, entre otras, las siguientes: *Alterkeys.com*, que conecta a particulares que tienen un lugar para alquilar con quienes buscan alojamiento; *Spacebee.com*, que permite reservar espacios de trabajo de cualquier tipo cuando los dejan libres otros profesionales; *Trip4Real.com*, que pone en contacto a viajeros con gente de la localidad a la que quieren desplazarse para que les enseñe su ciudad; *Traity.com*, que ofrece a sus usuarios certificados de reputación que pueden ser usados en cualquier plataforma, además de otros servicios, como el seguro de alquileres; *Zank.com*, que facilita la concesión de préstamos entre particulares; *Tutellus.com*, que conecta a profesores de español con alumnos; *WeSmartPark.com*, que constituye una red de parkings colaborativos de bajo precio, o *Shipeer.com*, que conecta a particulares que viajan por España con quienes quieren ahorrar dinero en el envío de paquetes.⁶

³ Aspecto este que es señalado por la Comisión Europea en «*Comission Staff Working Document. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A European agenda for the collaborative economy European agenda for the collaborative economy - supporting analysis*»[COM(2016) 356 final], p. 5 (en adelante, citado como *Working Document* de 2 de junio de 2016).

⁴ PWC calcula que en 2025 producirá unos beneficios globales anuales de 335 000 millones de dólares estadounidenses (<http://www.safeshareinsurance.com/insurance-is-the-unlikely-key-to-the-sharing-economys-future/>).

⁵ Mediante Auto del Juzgado Mercantil núm. 2 de Madrid de 9 de diciembre de 2014 (AJM M 74/2014 - ECLI:ES:JMM:2014:74^a), y, sobre esto, por todos, G. DOMÉNECH, «La regulación de la economía colaborativa en el transporte urbano de pasajeros», (http://www.academia.edu/27979712/La_regulacion_de_la_economia_colaborativa_en_el_transporte_urbano_de_pasajeros), p. 5.

⁶ Hay otras plataformas, también destacadas en la citada infografía, que son relevantes, especializadas en el alquiler de coches entre particulares, caravanas o barcos y otras que permiten compartir (siempre entre particulares) taxi, billetes de Ave baratos con la tarifa mesa de Renfe o incluso guardamuebles. V. esta infografía en <http://spacebee.com/blog/una-ruta-por-la-economia-colaborativa-en-espana/>, o en <http://www.elmundo.es/economia/2015/09/02/55e6d51846163fc87b8b4576.html>.

En relación con el seguro, esta nueva evolución de la economía presenta varias vertientes, de las que nos vamos a ocupar a continuación.⁷

Por un lado, a modo de *Uber* o *Airbnb* del seguro, han surgido en el mercado estadounidense y en el de distintos países europeos, en un periodo que no va más allá de una década, plataformas de seguros *peer to peer* (*P2P*) que ofrecen servicios complementarios a las aseguradoras e incluso sustitutivos de estas y que no responden a los esquemas tradicionales, lo que plantea de inmediato en qué medida pueden ajustarse a la regulación del sector. También surge la cuestión, que se formuló ya en nuestro mercado en el ámbito del taxi, de si su actuación supone un acto de competencia desleal frente a las compañías tradicionales, por actuar sin el sometimiento a las normas de control del mercado asegurador que sujeta a estas últimas.

Por otro lado, el desarrollo de negocios a través de plataformas de economía colaborativa, sean del género de actividad que sean, desde alquiler de viviendas al de envíos a través de coches particulares como medio de transporte de cosas alternativo a los servicios de mensajería, da lugar al nacimiento de nuevos riesgos y con ello a la necesidad de su cobertura, a la que podrán acudir las aseguradoras tradicionales, sin duda, pero en una vuelta más de tuerca, también podrá haber seguros *P2P* de otras plataformas de economía colaborativa.

II. SEGUROS *PEER TO PEER* (*P2P*)

1. Realidad actual en el mercado

Bajo el común denominador de la economía colaborativa han ido surgiendo en todos los mercados de países desarrollados distintas plataformas relacionadas con la actividad aseguradora. No obstante, en el sector del seguro su implantación es aún tímida y no es de extrañar que en el citado *Working Document* de la Comisión de 2 de junio de 2016, sobre la economía colaborativa, la atención se centre en los sectores del transporte y el alojamiento y las escasas referencias que hay al seguro están relacionadas con la cobertura de los riesgos derivados de la actividad de plataformas de economía colaborativa, más que a plataformas de economía colaborativa de seguros en sí mismas.

⁷ A las que ya me aproximé, desde otra perspectiva, en «La nueva economía y el sector asegurador», en *Almacén de Derecho*, v. <http://almacenederecho.org/la-nueva-economia-y-el-sector-asegurador/>.

Tampoco es extraño que tarde más en expandirse este nuevo fenómeno económico en el ámbito del seguro. La sencillez del alquiler, que es la base de la mayoría de estas plataformas, contrasta vivamente con la complejidad técnica de aquel contrato. Así como es imaginable que un arrendamiento, como una compraventa, se celebre aisladamente, es impensable que un seguro se contrate de manera esporádica.

En un primer estadio, como se sabe, surgieron los comparadores de seguros (como *Rastreator.com*), como una alternativa a la mediación de seguros tradicional, pero apoyada en unos recursos tecnológicos que permitía a estos mediadores poner en conexión a un número muy elevado de compañías aseguradoras con una masa muy grande de potenciales clientes a quienes podían atender simultáneamente. Pero, esta actividad solo tiene en común con la economía colaborativa el uso de esos recursos tecnológicos, pues el factor quizás más característico de esta nueva tendencia, que es la reunión de iniciativas de particulares que buscan solucionar entre ellos un problema común de una manera económicamente más eficiente que la que encuentran en las empresas establecidas en el mercado, no se da en los comparadores de seguros, dado que los servicios que se pueden obtener a través de ellas no los ofrecen en ningún caso particulares, sino las empresas aseguradoras tradicionales.

Por ello nos vamos de ocupar de aquellas experiencias que han surgido en el mercado más recientemente y que cumplen los dos requisitos expuestos. En algunos casos, las plataformas no hacen más que colmar lagunas que presentan los seguros contratados con compañías tradicionales, pero en otros asumen el papel de aseguradoras directas. En fin, en ambos casos, como ocurre con otras instituciones que surgen espontáneamente en el mercado, la novedad es solo parcial, pues el seguro nació en la época medieval de una forma similar, en el seno de hermandades de personas pertenecientes a un mismo lugar (conocidas como «guildas») y que asumían de manera colectiva los riesgos que amenazaban de manera particular a cada uno de los miembros (desde el de incendios, el robo de ganado, etcétera).⁸ Esa base mutualista ha permanecido viva a lo largo de los siglos a través de las mutuas y cooperativas de seguros.

El discurso de la economía colaborativa encaja muy bien en la institución del seguro y el hecho de que unos particulares asuman el rol de cumplir una función similar o

⁸ Sobre las guildas y su papel en el origen del seguro, en particular en los territorios del norte de Europa, v., por todos, G. BIEHL, *Das Rechtsinstitut der Neuwertversicherung im Inland und Ausland unter besonderer Berücksichtigung seiner geschichtlichen Entwicklung*, Jena (Scheitler u. Sohn), 1938, pp. 13 y ss.

auxiliar a la de las aseguradoras no deja de ser un regreso a sus orígenes, aunque con nuevos tintes, resultantes del paso por el tamiz del recurso a las nuevas tecnologías.

Por un lado, surgen plataformas que ofrecen coberturas a personas que ya estén aseguradas por una compañía tradicional. Es el caso de *Friendsurance* en Alemania, que es la primera aseguradora basada en el sistema de economía colaborativa. Fundada en 2010, su funcionamiento es el siguiente: se forman pequeños grupos de personas (de entre 4 y 16 miembros) que comparten el mismo tipo de seguro; por tanto, no es un seguro sustitutivo del tradicional, sino complementario de este. La prima que pagan los partícipes se divide en dos partes: una parte se ingresa en una especie de cuenta común del grupo («olla» –«*Topf*»– la denominan gráficamente sus creadores) y la otra parte de la prima la ingresa la aseguradora. Los pequeños siniestros de cualquier miembro del grupo se sufragan con el dinero que está en la olla. Si los siniestros exceden de cierta cuantía, el exceso lo asume la aseguradora. Al finalizar el año, cada miembro recibe una parte del dinero que quede en la «olla». Claro está que cuantos más siniestros se reclamen, más bajará el retorno que pueda recibir cada partícipe. Por otro lado, si no existe suficiente dinero en la «olla» para hacer frente al pago de algún siniestro, lo cubre un *stop-loss insurance*. De esta forma, todos los siniestros resultan cubiertos y el asegurado no tiene que pagar más prima que la que pagaría a su aseguradora tradicional.

La característica fundamental de esta fórmula, que explica el éxito que ha tenido en el mercado, aunque, por ahora, se reduzca al alemán, es que es ventajosa no solo para los asegurados, sino también para las aseguradoras tradicionales. Para los primeros, porque pagando la misma prima tienen la posibilidad de recibir un retorno si el grupo al que pertenecen no da un elevado número de partes de siniestros, por lo que saben que, a diferencia de cualquier seguro contratado con una sociedad anónima, en el que se paga una prima al inicio del periodo y nunca se recupera nada, aunque no se dé ni un solo parte de siniestro a la aseguradora, aquí podrán recuperar una parte si no agotan la «olla». Para las aseguradoras, la plataforma, al tener como base un seguro tradicional (pues solo pueden participar asegurados o quienes vayan a asegurarse), sirve como medio para captar clientela. Además, al dividir a los asegurados en grupos pequeños, aquellos no se sienten personalmente desligados, como ocurre cuando se contrata un seguro ordinario con una anónima de seguros sin más, sino, por el contrario, unidos por los intereses económicos del grupo y moralmente vinculados (con un claro sentimiento «mutual») al cuidado de la «olla» grupal, cuyo volumen desciende a medida que se dan

partes de siniestros, por lo que la intervención de *Friendsurance* disminuye el riesgo subjetivo. No en vano, uno de los motivos que propulsó la creación de esta plataforma fue el elevado número de siniestros (incluidos los fraudulentos) que se declararon en Alemania en 2010.⁹ Por ello, en la actualidad esta plataforma está asociada con más de sesenta aseguradoras y para los ramos de hogar, responsabilidad civil, defensa jurídica, automóvil y dispositivos electrónicos.¹⁰

Muy similar a esta es otra iniciativa, en este caso de origen británico, llamada *Guevara*,¹¹ que lleva funcionando para el seguro de automóviles desde 2013. Su funcionamiento se asemeja al de *Friendsurance*, pero con una diferencia fundamental, y es que *Guevara* no actúa de enlace con aseguradoras tradicionales, sino que actúa ella misma como aseguradora en solitario. Es ella la que ofrece la cobertura en relación de competencia con las aseguradoras tradicionales, con lo que se da un paso más en la autonomía del nuevo sistema frente al conocido hasta ahora.

Su funcionamiento es el siguiente: primero, *Guevara* evalúa el perfil del riesgo del interesado como lo haría cualquier aseguradora tradicional, atendiendo a los criterios comunes (edad, automóvil, ubicación y experiencia). Con esos datos la compañía calcula un «precio base» que tiene pagar el interesado. Superada esta fase inicial, se entra ya en la fase «colaborativa», que se asemeja al modo de actuar de *Friendsurance*: (i) el asegurado tiene que elegir un grupo, de los que ya están constituidos, o crear él mismo un grupo con un mínimo de 5 personas en total; (ii) del precio base, una parte se ingresa como cuota del seguro y otra se integra en un fondo del grupo; (iii) cuanto mayor sea el grupo, mayor será el porcentaje que destina a su propio fondo y menor, por tanto, el que se aplica al pago de las cuotas del seguro; (iv) los siniestros se pagan con los fondos del grupo; si al finalizar un periodo sobra dinero, ese sobrante no se reparte, pero lo mantiene el grupo para el ejercicio siguiente, lo que supone que solo tendrá que reponer las cantidades que han salido del fondo para hacer frente al pago de siniestros, además de pagar las cuotas del seguro (que, como quedó dicho, cuanto mayor sea el

⁹ Como indica E. GÓMEZ, «La economía colaborativa también en los seguros», en <http://www.lantern.es/2015/01/la-economia-colaborativa-llega-tambien-al-mundo-del-seguro/>, este fue el elemento que propulsó la aparición de esta plataforma más aún que la búsqueda del ahorro de costes para los asegurados, y en 2014 *Friendsurance* logró reducir en un 33 % los fraudes, gracias al sentimiento de pertenencia al (pequeño) grupo que genera.

¹⁰ V. <https://www.friendsurance.de>, con toda la información (más que www.friendsurance.com).

¹¹ V. <https://heyguevara.com/help/guevara#203681632>. También, v. E. GÓMEZ, «La economía colaborativa...», cit.

grupo, menores serán);¹² (v) si el fondo del grupo fuera insuficiente para liquidar los siniestros de un periodo, entrará en juego el seguro cuyas cuotas también se están pagando por cada uno de los miembros y cada asegurado miembro del grupo deberá pagar la prima base entera para la renovación, sin descuento alguno (lógico, puesto que hay que formar nuevamente el fondo de maniobra del grupo desde cero, como al inicio de la vigencia del contrato, y pagar la cuota del seguro); (vi) si el grupo da pocas partes y, por tanto, mantiene su fondo para la siguiente renovación exigiendo pocos desembolsos para reponer la cantidad que tenía en inicio, la aseguradora calcula que puede ahorrarse cada asegurado un 50 % de los costes de renovación.¹³

En el mercado francés, funciona desde febrero de 2015 una plataforma *P2P* llamada *Inspeer*,¹⁴ cuyo objeto se reduce a cubrir de forma mutual las franquicias de los seguros que tengan contratados sus partícipes, en los ramos de hogar, auto y moto, por lo que su papel es complementario al de las aseguradoras tradicionales, en modo alguno sustitutivo. Su funcionamiento es así: *Inspeer* invita a los asegurados de cualquier compañía de los ramos citados a que contacten con personas de su confianza para que se comprometan recíprocamente a cubrir sus franquicias en caso de siniestro. Producido el siniestro de cualquier partícipe, este tiene que comunicárselo a su aseguradora y luego a

¹²	<i>Group Size</i>	<i>Insurance fees</i>	<i>Pool contribution</i>
	5-9	80 %	20 %
	10-24	70 %	30 %
	25-49	65 %	35 %
	50-74	60 %	40 %
	75-99	55 %	45 %
	100+	50 %	50 %

¹³ Esta misma sociedad, JFloat Ltd., había lanzado también en 2013 la noticia (v. <https://anziif.com/members-centre/articles/2014/03/is-there-an-opportunity-for-insurers-in-a-sharing-economy>, y <http://www.visiblebanking.com/insurance-innovation-jfloat-new-uk-p2p-insurance-platform-coming-soon-9697/>) de que iba a crear una aseguradora *P2P* con similares características a la que opera en el mercado bajo el nombre comercial de *Guevara*, pero, por ahora, el proyecto que realmente ha cuajado es este último.

¹⁴ <https://www.inspeer.me/>. Antes de ella, en 2009, y también en Francia, se había introducido otra plataforma *P2P* llamada *Kontsurous* (kontsurous.fr), por Generali, pero fracasó y tuvo que cerrar por falta de suscriptores. En Francia, falta cultura de reparto de riesgos, apuntan sus creadores. En cuanto a *Inspeer*, que redujo inicialmente su objetivo a la cobertura mutual de las franquicias, está ampliando sus miras y prepara actualmente un seguro en colaboración con una aseguradora tradicional para lanzarlo a finales de este mismo año 2016 (sobre el asentamiento de los seguros *P2P* en Francia, v. A. FREDOUELLE, «En France, l'assurance P2P devra miser sur les communautés à risque» (<http://www.journaldunet.com/economie/finance/1174568-en-france-l-assurance-collaborative-devra-miser-sur-les-communautés-a-risque/>), de 8 de marzo de 2016, y C. MOLÉ-GENLIS, «Le site Inspeer.me donne le coup d'envoi à l'assurance collaborative en France» (<http://www.argusdelassurance.com/acteurs/le-site-inspeer-me-donne-le-coup-d-envoi-a-l-assurance-collaborative-en-france.90658>), de 4 de marzo de 2015.

Inspeer, que se encarga de recolectar de los integrantes del grupo el importe que no cubre la aseguradora. Hasta que no se produce un siniestro en el seno del grupo, *Inspeer* no cobra nada y es cuando se produce cuando, del importe recolectado, retiene para sí un 10 %.

Aunque la función de *Inspeer* es complementaria de la que realizan las aseguradoras tradicionales, y en este sentido no es una amenaza para ellas en el plano concurrencial, no obstante, supone un cambio en el sistema de aseguramiento de los daños que no es neutro, pues las franquicias más comunes, consistentes en que de cada siniestro, sea cual sea su cuantía, una cantidad fija la asume el propio asegurado, cumplen un papel limitador del riesgo subjetivo. En cambio, si el asegurado sabe que cualquier siniestro va a ser plenamente cubierto entre la indemnización de la aseguradora y la cobertura complementaria de la franquicia, puede perder interés en la conservación del interés, en evitar agravaciones del riesgo o, por lo menos, ser menos reticente a comunicar siniestros. De hecho, hasta ahora, las franquicias que dejaba una aseguradora no eran habitualmente asumidas como riesgo por otra aseguradora, sino que quedaban a cargo del asegurado. Ahora bien, el hecho de que la cobertura de la franquicia se haga a través de un sistema como el de *Inspeer*, lejos de incrementar el riesgo subjetivo, puede reducirlo, porque quien va a asumir su importe no es una sociedad anónima, sino un grupo de particulares formado por los familiares y amigos del propio asegurado. Esto es algo realmente novedoso, que hasta ahora no existía, y que solo es pensable en el seno de una plataforma *P2P*.

Distinto es el caso de *Lemonade*,¹⁵ una compañía aseguradora que opera, solo en el ramo de hogar y desde la primavera de este mismo año, en el estado de Nueva York, aunque con la pretensión de expandirse a otros dentro de Estados Unidos. Aunque se inscribe ella misma en la tendencia *P2P insurances*, y declara que trata el dinero que recauda con las primas como si fuera dinero de cada asegurado, no ofrece propiamente seguros *P2P*, pero tiene rasgos que la acercan: (i) la sustitución de *brokers* por sistemas de comunicación *online* avanzados; (ii) la transparencia en la aplicación de sus ingresos, y, ante todo, (iii) el compromiso de entregar una buena parte de sus ingresos a causas sociales a cuya elección contribuyen los propios asegurados. En efecto, el rasgo que más la distingue de las compañías aseguradoras típicamente capitalistas tradicionales es que limita su lucro a una cantidad fija de las primas recaudadas; otra parte la destina

¹⁵ V. <https://lemonade.com>, y sobre ella, <http://fortune.com/2016/03/17/insurance-sharing-economy/>.

fundamentalmente a pagar los siniestros y costear el reaseguro y el resto lo invierte en causas sociales elegidas por los propios asegurados. No existe, en cambio, aquí, a diferencia de *Friendsurance*, la creación de grupos reducidos de asegurados con un fondo común propio ni esa especie de derecho subjetivo a recibir el retorno del dinero sobrante cada año tras el pago de los siniestros. Este último queda sustituido por el compromiso a invertir una parte de los ingresos conjuntos de la sociedad en fines sociales que interesen a los asegurados.

La actividad de estas plataformas por ahora se reduce al mercado asegurador en el que han surgido, pero es lógico pensar, aunque las actividades de seguros transfronterizas estén dificultadas, incluso dentro de la UE, por las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales, que traten de expandirse a otros mercados.¹⁶ Por ahora, como hemos visto, se está expandiendo la tendencia, pero en cada mercado se lanza una plataforma con perfiles propios, adaptada a las necesidades de ese mercado.

En España apenas existen aún, con alguna excepción,¹⁷ aseguradoras *P2P* ni plataformas *P2P* con actividades complementarias a las de aseguramiento como las que acabamos de reseñar y es demostrativo que en las «Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa» publicadas por la CNMC en marzo de 2016¹⁸ se estudien específicamente los sectores del alojamiento y del transporte, pero no otros como el del seguro. No obstante, al igual que han ido surgiendo plataformas en el ámbito del alquiler de bienes de todo tipo y otros sectores en que la economía colaborativa tiene ya bastante arraigo, es esperable que esta tendencia se extienda, de forma natural y creciente, también al seguro, por lo que vamos a estudiar a continuación el hábitat regulatorio en el que se encontrará.¹⁹

¹⁶ Las diferencias entre legislaciones estatales en materia contractual es un impedimento a las operaciones transfronterizas que impide, según señala la Comisión Europea, a las compañías aseguradoras beneficiarse completamente del Mercado Único. Por ello acabar con esos «cuellos de botella» forma parte de la «*Commission's «Europe 2020» strategy for promoting sustainable economic growth throughout Europe*» (V. http://ec.europa.eu/justice/contract/insurance/index_en.htm).

¹⁷ Me refiero a la start-up *Sharenjoy* (www.sharenjoy.es) que está en proceso de lanzamiento al mercado y promete ofrecer «microseguros» de cobertura de los riesgos ligados a la participación del asegurado en eventos multitudinarios, como fiestas o conciertos, que se contratarían rápidamente a través de una aplicación instalada en el teléfono móvil (sobre ella, v. <http://www.expansion.com/economia-digital/companias/2016/06/08/57583257268e3ead0f8b462e.html>).

¹⁸ V. <https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTllqyWvobVqreR-iAzzs1mhxy2y0/mobilebasic>.

¹⁹ La expansión podrá ser, como hasta ahora, mediante imitación de iniciativas similares de otros mercados o mediante la expansión de esos operadores a otros mercados. Pese a las diferencias entre legislaciones, el hecho de estar basada esta nueva industria en el uso de las nuevas tecnologías puede

2. Problema regulatorio

En la medida en que las actividades de economía colaborativa puedan calificarse como «seguro directo», «reaseguro» u «operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro», estarán sujetas a la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Esta Ley exige la obtención de una autorización administrativa sometida al cumplimiento de múltiples requisitos. Puede darse por sentado que ninguna de las experiencias examinadas en el apartado anterior cuenta con la autorización administrativa exigida en España o en los restantes Estados miembros de la UE.

En este sentido, más de que «competencia desleal» habría que hablar, en su caso, de actividad ilegal por incumplimiento de la Ley de ordenación. No existe ninguna laguna legal o régimen de favor para la actividad aseguradora que se preste en el marco de la economía colaborativa.

La Ley 20/2015 no define la actividad aseguradora. Sin embargo, pueden obtenerse algunos datos interesantes a partir del artículo 5.1.a), que prohíbe que las entidades aseguradoras realicen operaciones «que carezcan de base técnica actuarial» y del artículo 3.2, que dice que no están sometidas a la Ley las operaciones «efectuadas por organizaciones sin personalidad jurídica que tengan por objeto la garantía mutua de sus miembros, sin dar lugar al pago de primas ni a la constitución de provisiones técnicas» y también «[l]as realizadas por los organismos de previsión y de asistencia que concedan prestaciones variables según los recursos disponibles y que exijan a sus partícipes una contribución a tanto alzado» [letras d) y e), respectivamente].

El régimen sancionador de la Ley 20/2015, tan detallado como suele serlo el de las Leyes sectoriales recientes (con multas de hasta el 1 % del volumen de negocio de la entidad infractora, más la revocación de la autorización administrativa), solo contempla

favorecer las operaciones transfronterizas. En esta línea apunta el *Libro verde sobre los servicios financieros al por menor. Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas*, de 10 de diciembre de 2015 [COM(2015) 630 final], p. 12: «El desarrollo de canales de distribución en línea reviste especial interés a escala de la UE. Al permitir las ventas a distancia con mayor facilidad y a un menor coste, la digitalización permite acceder a una mayor base de clientes en el mercado único que pueden beneficiarse de las mejores ofertas disponibles. En principio, la digitalización debería fomentar la actividad transfronteriza sin necesidad de que las empresas se establezcan en otros Estados miembros».

la realización, por entidad no autorizada, de actividades aseguradoras, en un precepto aislado, el 208, cuyo apartado 1 dispone:

Las personas o entidades, así como quienes de hecho o de derecho ejerzan cargos de administración o dirección en ellas, que realicen operaciones de seguro o reaseguro sin contar con la preceptiva autorización administrativa o que utilicen las denominaciones propias de las entidades aseguradoras o reaseguradoras, sin serlo, serán sancionadas con multa por importe de hasta 500 000 euros, además de darse publicidad a la conducta constitutiva de la infracción. Si, requeridas para que cesen inmediatamente en la realización de actividades o en la utilización de las denominaciones, continuaran realizándolas o utilizándolas, serán sancionadas con multa por importe de hasta 1 000 000 de euros, que podrá ser reiterada con ocasión de posteriores requerimientos.

Existe una cierta falta de coordinación entre este tipo infractor y la regulación común de las infracciones y sanciones (artículos 193-206), que solo contempla el incumplimiento por las aseguradoras autorizadas de normas reguladoras de su actividad. Como consecuencia de esta falta de coordinación puede suceder que el «intrusismo» en la actividad aseguradora reciba una sanción más leve que ciertas infracciones cometidas por los aseguradores autorizados, a pesar de que los primeros, al no estar sometidos a norma alguna, son «intrusos» y además pueden incumplir cualquier otra norma aplicable a los aseguradores autorizados.

Esa falta de detalle en la regulación del supuesto de ejercicio de la actividad aseguradora por parte de sujetos no autorizados parece indicar que no es una situación que se haya dado en la práctica.

Las actividades propias de la economía colaborativa que se han enumerado previamente, ¿requerirían la autorización previa en la Ley 20/2015, que, casi con toda seguridad, no podrían obtener? En realidad, buena parte de ellas son actividades complementarias de las propiamente aseguradoras, de modo que difícilmente puede decirse que su realización vulnera la Ley 20/2015.

Cabe sostener que estas experiencias constituyen, en los casos más similares al seguro, una figura paralela que puede cumplir alguna de sus funciones pero que, al no disponer de la autorización prevista en la Ley 20/2015, no sirve para cumplir la exigencia legal

de aseguramiento obligatorio allí donde exista (por ejemplo, los seguros obligatorios de responsabilidad civil).

En este sentido, existe una situación intermedia entre la obtención de la autorización prevista en la Ley 20/2015 y la aplicación de su régimen sancionador, y es la realización de esas actividades en una situación de vaguedad, sin que estén perseguidas, pero sin que puedan anunciarse como «actividad aseguradora» ni sirvan como seguro obligatorio.

En la práctica, es muy probable que la difusión, todavía muy escasa, de estas fórmulas que podemos denominar «para-aseguradoras», haga innecesaria una regulación más estricta. No cabe duda de que el móvil que justifica la intervención estatal sobre el seguro es el hecho de que mediante este contrato se cubren riesgos que generan situaciones de gran vulnerabilidad (ante accidentes de tráfico, incendios, etcétera), de modo que el legislador considera inasumible el riesgo de que los contratos de seguro no se cumplan (y queden sin cobertura esas situaciones de máxima vulnerabilidad) como consecuencia de la falta de solvencia de los aseguradores. En la medida en que los seguros obligatorios queden reservados a sujetos sometidos a plena intervención administrativa (es decir, los que tienen la autorización prevista en la Ley 20/2015), es difícil que se produzcan esas situaciones.

Se trata de hacer efectiva la idea de que pueden existir grados diversos de seguridad, entre los que los ciudadanos deben poder elegir responsablemente. La participación en estas fórmulas de «seguro paralelo» sería una cobertura adicional a la del seguro o complementaria, o bien, en casos concretos, incluso alternativa, pero en el bien entendido de que los interesados conocen el riesgo que comporta.

Por otro lado, en una fase ulterior en la que la frecuencia del fenómeno haga inevitable su regulación (o en la que esa regulación sea necesaria para que el fenómeno pueda seguir creciendo), se podría plantear una regulación adaptada a sus peculiaridades, en la que se tenga en cuenta (en el caso del seguro *P2P*) la peculiaridad de las plataformas como entes que en ningún caso serían aseguradores y que tienden a ofrecer una primera garantía o protección frente a los riesgos de contratar con los sujetos que se encuentran al otro lado de la plataforma. Así, la Administración actuaría más bien como garante del buen funcionamiento de la plataforma, en la que tendrían que resolverse, al menos en primera instancia, algunos problemas básicos como la solución de conflictos entre

operadores (en la que la propia plataforma dispone de elementos de fuerza como la posibilidad de exclusión de operadores o la disposición sobre las fianzas que estos pueden verse obligados a constituir) o la gestión de mecanismos de «creación de prestigio» (mediante recomendaciones de usuarios) que adquieren gran importancia en este contexto. Por otro lado, la pluralidad de operadores (de plataformas) contribuiría a garantizar su buen funcionamiento y a evitar el riesgo de abuso de posición dominante (por ejemplo frente a los operadores).

La existencia de esta regulación no tendría por qué suponer un problema de trato desigual con los operadores tradicionales. En primer lugar, porque en realidad se produciría más bien una convergencia entre ellos, en la medida en que esos operadores también podría distribuir sus productos a través de las plataformas. Y en segundo lugar, porque la existencia de regímenes jurídicos diversos entre los participantes en un mercado es algo consustancial al mismo y mientras cada operador cumpla su propio estatuto jurídico, no infringe norma alguna y no se le puede acusar de competencia desleal por violación de normas (art. 15.1 Ley 3/1991, de Competencia Desleal).

Este problema se planteó recientemente en relación con la Ordenanza de la ciudad de Chicago de 2014 que regula la actividad de transporte llevada a cabo por particulares a través de una plataforma como *Uber*. Esta Ordenanza fue impugnada por una asociación de taxistas por considerar incluso contrario a la Constitución que fuera más permisiva que la que regula la actividad de los taxis en varios aspectos, como las tarifas. La sentencia, que acaba de dictarse por la *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*, siendo ponente POSNER, con fecha de 7 de octubre de este mismo año, desestima íntegramente la demanda.²⁰ POSNER argumenta, por un lado, que el modo de funcionamiento de *Uber* es distinto del modo de funcionamiento de los taxis, y que siendo cosas distintas, merecen diferente regulación.²¹ Por otro, no admite que la licencia de los taxistas sea una especie de derecho a operar sin competencia en el mercado y utiliza la siguiente imagen: «una patente confiere el derecho de exclusiva a producir y vender el producto patentado, pero no [otorga] el derecho a impedir que un competidor, sin violar la patente, invente un objeto sustitutivo que elimine el beneficio

²⁰ Esta sentencia puede consultarse en <http://media.ca7.uscourts.gov/cgi-bin/rssExec.pl?Submit=Display&Path=Y2016/D10-07/C:16-2009:J:Posner:aut:T:fnOp:N:1842508:S:0>.

²¹ Para señalar las diferencias entre un modelo de negocio y otro se apoya en K. HALL-GEISLER, «5 Ways why Uber is Really Different from a Regular Taxi» (<http://auto.howstuffworks.com/tech-transport/5-ways-uber-really-different-from-regular-taxi.htm>).

de la patente». ²² Lo contrario, frenaría el progreso. En fin, frente al argumento de que supone para los taxis un trato discriminatorio que *Uber* y otras plataformas no estén sometidas al mismo régimen de licencias y tarifas que ellos (las tarifas para los taxis las fija el Ayuntamiento), el juez señala que ese «es un argumento anticompetitivo», pues su premisa es que todo nuevo competidor que entre al mercado tiene que someterse a las mismas normas que los que ya están en él. Y para ilustrar la debilidad de tal argumento ofrece la siguiente analogía: la mayoría de los Ayuntamientos exigen licencias para los perros, pero no para los gatos, porque los primeros son mayores, más fuertes, más temidos, más sucios, más ruidosos, mientras los gatos no suelen ser molestos y viven confinados en sus casas. Pretender que, siendo distintos, tenga que someterse a los gatos a la misma obtención de licencia que los perros no se sostiene. Lo mismo ocurre, en definitiva, con las plataformas tipo *Uber*, que siendo distintas a los taxis, merecen una regulación distinta.

Más allá de la solución de este caso concreto, que se planteó en iguales términos en Milwaukee, y puede surgir en cualquier otro lugar, la sentencia apunta en una dirección que compartimos, tendente a no tratar de encajar sin más estos nuevos modelos de negocio en marcos regulatorios pensados para modelos de negocio tradicionales. Además de estar injustificado, se corre el riesgo de impedir su desarrollo.

III. COBERTURA DE LOS RIESGOS PROPIOS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

1. Insuficiencia de los seguros tradicionales

²² La lucha de fuerzas entre los operadores tradicionales y los propios de esta «economía disruptiva» está muy bien descrita entre nosotros por P. SALVADOR CODERCH, «Pie de foto: Innovaciones disruptivas y externalidades pecuniarias», en *Almacén de Derecho* (<http://almacenederecho.org/pie-de-foto-innovaciones-disruptivas-y-externalidades-pecuniarias/>): «...aquí me interesa deshacer un equívoco que suele contrabandearse agazapado entre tantas buenas o medianas razones para apelar a la prohibición o a la regulación de la actividad del innovador: el innovador hace mucho daño, sin duda, pero el daño principal de una innovación disruptiva consiste en el trastorno brusco que causa en un mercado tradicional. Entonces, el punto de partida normativo es que tal daño no debería ser indemnizable, no debería dar lugar a una acción de daños por responsabilidad civil. Como regla, no. La aplicación de una innovación tecnológica por sí misma no es ningún daño derivado de competencia desleal (un *tort*, al fin y al cabo). Es competencia». Para terminar con un pensamiento que solo podemos compartir: «La incidencia final de la distinción en el mercado regulatorio dependerá de las asunciones básicas de nuestra sociedad y de sus instituciones ante el principio de eficiencia: llevaré treinta años escribiendo que no todo aquello que es eficiente es además justo, pero si todo es ineficiente, nada puede ser justo. Por esto, siempre hay que tener en cuenta a los perdedores, pero esto no implica darles la razón cuando reclaman cerrar el mercado a todo innovador por el mero hecho de serlo. Uno no sabe a dónde nos acabarán llevando los inventos de los demás. Pero tiene claro a dónde no quiere volver: "A un país de arrieros"».

La cuestión más relevante y que más interés suscita en relación con el seguro y la economía colaborativa, más allá de las incipientes plataformas de seguros *P2P*, como *Friendsurance* y otras, a las que ya nos hemos referido, es el aseguramiento de los riesgos que esta nueva industria genera.

Aquí está el verdadero reto al que se enfrenta la industria aseguradora y afecta a todos los sectores en que se desarrolla la economía colaborativa, desde el transporte y el alojamiento a cualquier otro en que se pongan al servicio de terceros bienes propios de particulares.

El problema, pese a las diferencias existentes entre las legislaciones de seguros de cada Estado, es universal, porque las pólizas de seguros tradicionales están pensadas para cubrir riesgos derivados del uso de automóviles, viviendas o cualquier otro activo patrimonial, distinguiendo en función de que el uso que se dé al bien sea a título particular o comercial. Lo normal es que un propietario que participa en una plataforma de economía colaborativa tenga contratado un seguro de automóvil o de vivienda, por poner los ejemplos más comunes, para uso particular, pero en la medida en que alquila su vivienda o su automóvil a un tercero, los daños que puedan producirse al usuario, al propio bien, o a terceros por el uso del bien, pueden quedar al descubierto.

A la vez, dado que los participantes en plataformas ponen en común sus bienes de forma esporádica y no profesional, la solución de ofrecerles que contraten una póliza pensada para usos empresariales no es realizable, pues las primas de estos seguros están calculadas para usos industriales y a un particular probablemente no le compensaría participar en una plataforma si es a cambio de tener que pagar a su aseguradora una prima relativa a la cobertura de un riesgo comercial, que realmente no se corresponde con el que le afecta.

La solución pasa, si no se quiere ahogar el desarrollo de esta industria en expansión, por una adaptación de las compañías aseguradoras a los nuevos riesgos derivados de la actividad desarrollada por estas plataformas, ofreciendo pólizas específicas de nuevo cuño, adaptadas a un nuevo uso de los bienes que no es ni privado ni comercial, sino en parte de un tipo y en parte de otro. En este sentido, desde la práctica se propone como modelo a seguir la evolución que ya experimentaron hace unos años las compañías

aseguradoras mediante la creación de seguros *usage-based* o *pay as you drive*.²³ Estos seguros, implantados en los principales mercados de seguros, incluida España, donde los ofrecen aseguradoras como *Mapfre* o *Generali*, pero sin que se hayan generalizado, gozan de una peculiaridad consistente en que sus primas se adaptan mes a mes a la forma de conducir del asegurado, que es controlada por un dispositivo electrónico instalado en el automóvil, al medir factores como la velocidad a que se conduce o la brusquedad en la conducción.

Es esa idea de la flexibilidad de las pólizas ligada al *uso* que del automóvil hace el usuario la que se entiende por numerosos prácticos que puede extenderse o servir de base para elaborar seguros que cubran los riesgos relativos a vehículos de motor u otro tipo de bienes que vayan a ser sometidos al doble *uso* particular/comercial en el marco de una plataforma de economía colaborativa.²⁴ Y ese es el camino seguido ya en Estados Unidos por alguna aseguradora que actúa allí como socia de *Uber*, caso de *Metromile*,²⁵ que ofrece seguros del tipo *usage-based* a cualquier tipo de conductor, pero incluyendo ahora específicamente a quienes participen en esta concreta plataforma.

2. Reacción del mercado ante la nueva necesidad de cobertura

La respuesta del sector asegurador, ante el escaso tiempo que lleva desarrollándose este modelo de industria, no podía ser inmediata, pero, aun siendo aún escasa, es claro que va en aumento, atendiendo a la información que puede extraerse de la publicación que ofrecen, por un lado, las propias plataformas y, por otro, las compañías aseguradoras que colaboran con ellas.

Numerosas plataformas *P2P* de todos los sectores ofrecen a sus usuarios el aseguramiento de los riesgos inherentes a participar en ellas a través de una compañía aseguradora, pero estos seguros no siempre son adecuados. De hecho, en el estado de Nueva York, el Department of Financial Services alertó (en 2013) a los consumidores de que (i) formar parte de una plataforma de economía colaborativa de uso compartido de vehículos como *RelayRides* (que más tarde se rebautizaría como *Turo*), les exponía a quedar sin cobertura aseguradora, pues el hacer ese tipo de uso del vehículo suponía

²³ Sobre este seguro, v., entre nosotros, M. ALCAÑIZ ZANÓN, M. AYUSO GUTIÉRREZ, y A. M.^a PÉREZ MARÍN, «El seguro *pay-as-you-drive*», *RES*, n.º 155, pp. 385-396.

²⁴ V., por ejemplo, el artículo de la actuario de seguros C. WESTON «Is there an Uber future in Australia?», ([https://anziif.com/members-centre/articles/2015/05/is-there-an-uber-future-in-australia?p=1&mbs=is there an uber future&cat=all](https://anziif.com/members-centre/articles/2015/05/is-there-an-uber-future-in-australia?p=1&mbs=is%20there%20an%20uber%20future&cat=all)), 21 de mayo de 2015.

²⁵ V. <https://www.metromile.com/>.

(frente a lo que se indicaba en la plataforma de que no afectaba a su seguro de auto) un incumplimiento contractual y (ii) que los riesgos a que se veían expuestos no estaban cubiertos por los seguros que ofrecían esa y otras plataformas similares, que eran insuficientes.²⁶ Otra plataforma de uso compartido de vehículos que opera en varios estados de EE. UU., llamada *Getaround*, declara que asegura todos los viajes que se hagan mediante ella, hasta un máximo de un millón de dólares estadounidenses, incluyendo responsabilidad civil, colisión, daños patrimoniales, protección contra conductor no asegurado y robo, aclarando algo evidente: que los propietarios de los vehículos tienen que mantener su propio seguro cuando usen el vehículo fuera de la plataforma. También la plataforma del mismo ramo *Drivy*, que opera en España, cuenta con un seguro específico, a través de *Allianz*, que deben suscribir obligatoriamente todos los que participen en la plataforma y que, cuando se reserva un alquiler en *Drivy*, reemplaza automáticamente al seguro del propietario del vehículo durante el alquiler. La prima del seguro se incluye en el precio del alquiler, representando aproximadamente la mitad de la comisión que cobra la plataforma.²⁷ En el sector del alojamiento, *Airbnb*, tras alguna mala experiencia sufrida por sus anfitriones, que en ocasiones vieron sus casas completamente destrozadas tras el paso de algún huésped luego ilocalizable, ofrece la llamada «garantía de anfitrión», que no es un seguro y cubre solo, y con limitaciones y exclusiones, los daños patrimoniales (no personales) del dueño de la casa y en ningún caso los que pueda sufrir el huésped.²⁸ Por eso, la cobertura de tales riesgos por esta vía puede resultar insuficiente sin un seguro de los afectados que la complementa. En fin, por indicar otros ejemplos, *Traity*,²⁹ que se dedica fundamentalmente a otorgar certificados de reputación estándar para participantes en cualquier plataforma de economía colaborativa, ofrece además un seguro de alquileres a través de *DAC* y *Relendo*,³⁰ otro de daños en las cosas alquiladas a través de esta plataforma mediante la aseguradora *Zurich*, bajo la modalidad de seguro a primer riesgo.

²⁶ V. el aviso completo en http://www.dfs.ny.gov/consumer/relay_rides_consumer_alert.htm.

²⁷ V. <https://www.drivy.es/seguro>. A esto hace referencia la propia Comisión en su citado *Working Document*, p. 25.

²⁸ V. https://www.airbnb.es/terms/host_guarantee. Sobre esta garantía y otros seguros de las plataformas, v. el documento citado en la nota siguiente (*passim*).

²⁹ V. <https://seguros.traity.com/>. Sobre ella, v. <http://www.consumocolaborativo.com/2015/07/09/las-aseguradoras-se-ponen-las-pilas-con-el-consumo-colaborativo/>.

³⁰ V. <https://www.relendo.com/es-es/infos/terminos-y-condiciones>.

La solución mejor, que no se alcanza en todos los casos, es la creación de pólizas *ad hoc*, de nuevo cuño, que ofrezcan una cobertura suficiente de los nuevos riesgos de esta industria y que a la vez tengan un coste en primas asumible para los que participen en las plataformas.³¹ En el mercado británico, hay ya aseguradoras especializadas en el aseguramiento de plataformas de economía colaborativa de todo tipo (automóvil, productos, servicios profesionales, hogar). Una de ellas es la *start-up Safe Share Global*,³² que opera en gran cantidad de países, incluida España, y a la que pueden asociarse todo tipo de plataformas de economía colaborativa para cubrir los riesgos de su negocio, ya afecten a usuarios o a proveedores.³³

3. ¿Debe mantenerse la libertad en la fijación de primas?

En nuestro ordenamiento, conforme a lo previsto en los artículos 94 y 95 de la Ley 20/2015, las compañías aseguradoras son libres a la hora de redactar sus condicionados generales, así como para fijar sus tarifas de primas, pues esa libertad responde a la necesidad de mantener la libre competencia en el mercado. Es más, la salvaguarda de este principio obliga a que la fijación de tarifas se haga individualmente por cada compañía, sin incurrir en prácticas restrictivas, aunque se les permite a modo de excepción que compartan estadísticas comunes para la posterior elaboración de sus tarifas de primas particulares.

Con todo, la libertad no es absoluta, sino limitada, y así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 94 de esa Ley, (i) las tarifas de primas deben fundamentarse en bases técnicas y en información estadística de acuerdo con lo previsto en esa Ley y en sus normas de desarrollo; (ii) deben ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas;

³¹ En esta línea, la *British Insurance Brokers' Association* redactó en 2014 una especie de guía en la que, tras poner de manifiesto que la conjunción de los seguros de los particulares con los propios seguros de las plataformas era insatisfactoria, tal como hemos expuesto, anima a sus asociados a participar en la creación de un nuevo tipo de seguros adaptados a los riesgos reales de esta nueva industria (v. <http://content.yudu.com/Library/A36b3t/BIBASupplement2014Au/resources/index.htm?referrerUrl=http://free.yudu.com/item/details/2414722/BIBA-Supplement-2014---Autumn-2014>).

³² V. <http://www.safeshareinsurance.com>.

³³ Sobre la necesidad de adaptación de las compañías aseguradoras tradicionales a este nuevo panorama hay mucho escrito. En el enlace siguiente hay varias entradas en este sentido <http://insuranceblog.accenture.com/tag/sharing-economy>.

(iii) no pueden establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres; y (iv) deben respetar los principios de equidad, indivisibilidad e invariabilidad.

Tanto las condiciones generales y modelos de pólizas, como las tarifas de primas y las bases técnicas, no solo son de libre fijación por cada aseguradora, sino que ni siquiera deben someterse a autorización administrativa de modo previo a su utilización. Es más, las aseguradoras no tienen que enviar sistemáticamente todos estos documentos a la Dirección General de Seguros, sino que les basta con tenerlos a su disposición por si en algún momento se les requieren, pero sin que esto pueda constituir para la entidad aseguradora una condición previa para el ejercicio de esta actividad (art. 95 Ley 20/2015).

Ahora bien, es cuestionable que este modelo deba mantenerse sin más para el aseguramiento de los riesgos derivados de la economía colaborativa, esto es, que el legislador deba situarse totalmente al margen de las condiciones en que vayan a cubrirse por las compañías aseguradoras privadas los riesgos derivados de esta industria emergente. No en vano, en varios Estados de EE. UU. (por lo menos en California, Oregón y Washington) se han aprobado reformas legales para hacer frente a las necesidades creadas por las plataformas de economía colaborativa de vehículos de motor.³⁴

Así, la ley de California aprobada sobre este particular en 2010, ha aclarado que: (i) un automóvil particular no puede ser clasificado como vehículo de uso comercial a efectos de seguro en tanto en cuanto los beneficios obtenidos por participar en una plataforma de *P2P* no excedan de los costes anuales asociados a la tenencia como propietario y el uso del vehículo; (ii) que la compañía aseguradora del que participa en calidad de usuario (arrendatario) en una plataforma de *P2P* de uso compartido de vehículos no es responsable de los daños resultantes mientras el automóvil está siendo usado en el marco de la plataforma; (iii) en su lugar, la plataforma debe proveer de un seguro válido al usuario y al propietario del automóvil mientras este siga siendo usado como parte de su programa, y (iv) el asegurador del automóvil no puede cancelar el seguro por el solo hecho de que el asegurado participe en una plataforma de *P2P*.³⁵

³⁴ V. P. Y. MANG y W. M. WILT, «Insurance in the Sharing Economy», <http://docplayer.net/849356-Insurance-in-the-sharing-economy.html>, p. 8.

³⁵ V. nota anterior.

Volviendo a nuestro mercado, no parece que deba dejarse total libertad a las aseguradoras para hacer frente a estos nuevos riesgos, tanto en la elaboración de los condicionados relativos a los bienes usados en el seno de plataformas de *P2P* como a la tarificación de los riesgos. El seguro debe acompañar a esta nueva industria, cuyas virtudes han sido destacadas por la propia Comisión Europea en su citado *Working Document* de 2 de junio de 2016,³⁶ ofreciendo coberturas suficientes, pero sin que la exigencia de primas antieconómicas suponga un freno para su firme implantación y progresiva expansión. Como tampoco es deseable que los participantes en la plataforma no sean conscientes de la necesidad de cobertura de los riesgos asociados y de la suficiencia o no del seguro que tengan contratado y utilicen sus vehículos o viviendas sin tener presente que con un seguro estándar de automóviles o de hogar para uso doméstico no pueden sin más usar el bien asegurado para fines comerciales, provocando una agravación del riesgo subsumible bajo el artículo 11 LCS, con las consecuencias jurídicas que esto comporta (art. 12 LCS) e incluso perdiendo la eventual cobertura del siniestro causado por incurrir en una exclusión contractual. A estos efectos, quizás sería adecuado que se previera legalmente la obligación a cargo de la plataforma de contratar un seguro bastante por cuenta de sus clientes, para evitar que quede en manos de aquellos el control de la suficiencia de su cobertura.

³⁶ V., en particular, p. 6.

DIGNIDAD Y REPUTACIÓN DE LAS PERSONAS FALLECIDAS: LA TUTELA CIVIL DE LA MEMORIA DE LOS DIFUNTOS

Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO

Profesora titular de Derecho Civil (acreditada como catedrática, 2009).

Universidad de León (España)

mpguts@unileon.es

RESUMEN: Si bien la muerte implica el fin de la personalidad (art. 32 Código Civil), el legislador español ha previsto que, más allá del límite temporal de existencia de su titular, quepa la tutela *post mortem* de ciertos derechos extrapatrimoniales del mismo en aras al respeto debido a la persona fallecida (su fama, prestigio, buen nombre, reputación y estimación personal y social), lo que se traduce en lo que la doctrina jurídica viene denominando, en gráfica expresión, la «protección de la personalidad pretérita».

Aparte de la clásica tutela penal de la memoria de los difuntos, en el plano civil la protección de la personalidad ya extinguida se articula, de modo principal, por vía de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, donde se confiere legitimación a ciertos sujetos para la defensa de los referidos derechos de la personalidad lesionados tras la muerte de quien fuera su titular (arts. 4 y 5). Desde una óptica distinta, y configurados el honor, la intimidad y la propia imagen como derechos fundamentales (art. 18 Constitución Española), a la tutela civil de los mismos se suma –tras una importante evolución de la doctrina constitucional en este punto– la protección reforzada, a través del recurso de amparo, de la «dignidad» de las personas fallecidas (art. 10 Constitución Española).

En otro orden de cosas –y amén de que la Ley Orgánica 2/1984 permita a los herederos del perjudicado aludido en la información difundida ejercitar el oportuno derecho de rectificación, y de que en sede de propiedad intelectual se contemple la defensa *post mortem auctoris* de algunas de las facultades comprendidas en el derecho moral de autor (arts. 15 y 16 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual)–, la legislación reguladora de la autonomía del paciente posibilita que, con determinados requisitos y limitaciones, terceras personas –ambiguamente concretadas por la norma– accedan a la historia clínica de un fallecido (art. 18.4 Ley 41/2002); posibilidad esta que se revela como clara excepción legal a la exclusión general de los datos referidos a personas fallecidas del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos personales (art. 1 Ley Orgánica 15/1999 y art. 2.4 Real Decreto 1720/2007), como de forma reiteradísima tiene declarado la Agencia Española de Protección de Datos.

ABSTRACT: While death entails the end of the personality (art. 32 Civil Code), the Spanish legislature provided that, beyond the time limit of existence of its holder, fit the *post mortem* protection of certain extrapatrimonial rights of the same in order to respect due the deceased (his fame, good name, reputation and personal and social estimate), which is what the doctrine comes denominating, in graphic expression, the «protection of the bygone personality».

Apart from the classic criminal protection of the memory of the dead, in the civil plane the protection of extinct personality is regulated, mainly, in the LO 1/1982 of civil protection of the rights to honor, privacy personal and family and reputation, where legitimacy is granted to certain subjects to defend those rights of personality injured after the death of his former owner (arts. 4-5). From a different perspective, and configured the honor, privacy and self-image as fundamental rights (art. 18 CE), in addition to civil protection –after an important evolution of constitutional doctrine on this point– there is the protection reinforced, through the amparo action, of the dignity of the deceased (art. 10 CE).

In another order of things –not to mention that the LO 2/1984 allows the heirs of the injured party mentioned in the information disseminated timely exercise the right of correction, and that in the field of intellectual property is contemplated the defense *post mortem auctoris* of some of the powers within the moral copyright (arts. 15-16 TRLPI)–, the Spanish legislation regulating patient autonomy enables, with certain conditions and limitations, third party –ambiguously concretized by the precept– access to history clinic deceased (art. 18.4 Law 41/2002); a possibility which is revealed as legal exception to the

general exclusion of data relating to deceased persons from the scope of the rules of protection of personal data (art. 1 LO 15/1999 and art. 2.4 RD 1720/2007), as the Spanish Data Protection Agency has declared repeatedly.

SUMARIO: 1. La muerte como fin de la personalidad *vs.* la denominada «personalidad pretérita».- 1.1. *Excursus* previo sobre los efectos jurídicos del fallecimiento en el orden personal y sobre las disposiciones no patrimoniales de la persona para después de su muerte.- 1.2. Notas introductorias sobre el respeto a la memoria de los difuntos, la protección de la «personalidad pretérita» y la proyección particular del llamado «derecho al olvido» respecto de las personas fallecidas.- 2. La protección *post mortem* de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.- 2.1. Defensa *civil* de los referidos derechos de la personalidad lesionados tras el fallecimiento de su titular.- 2.2. Recurso de amparo y tutela *constitucional* de la «dignidad» de las personas fallecidas.- 2.3. Breve referencia al derecho de rectificación de la información difundida sobre una persona fallecida.- 3. La tutela frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de personas fallecidas.- 3.1. La exclusión general de los datos referidos a un fallecido del ámbito de aplicación de la normativa reguladora de la protección de datos personales.- 3.2. La posibilidad de acceso a la historia clínica de un fallecido.- 4. Derecho moral de autor y protección *post mortem auctoris*.

1. La muerte como fin de la personalidad *vs.* la denominada «personalidad pretérita»

Así como los arts. 29.1 y 30 del Código Civil español sitúan en el momento del nacimiento con vida el comienzo de la personalidad de las personas físicas, el vigente art. 32 establece que tal personalidad acaba por la muerte: «La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas», reza textualmente ese precepto desde su reforma por la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Y en términos prácticamente idénticos, también el art. 211.1-3 del Código Civil de Cataluña (Libro Segundo, aprobado por Ley 25/2010 de 29 julio) dispone que «la personalidad civil se extingue con la muerte».

Desaparecidas de nuestro ordenamiento causas de pérdida de la personalidad que, como la esclavitud, la muerte civil, etcétera, se reconocieran históricamente en tiempos pasados –y que hoy serían claramente contrarias a la dignidad humana (y, por ende, al art. 10 y concordantes de la Constitución Española)–, solo el hecho físico de la muerte priva a la persona de su aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Siendo pues el fallecimiento la única causa de extinción de la personalidad, se tendrá esta mientras la persona viva y únicamente a su muerte la perderá.

Así pues, dado que se es persona hasta que se muere, en el momento del fallecimiento desaparece la persona en cuanto tal, con sus atributos y cualidades, extinguiéndose sus relaciones y derechos personalísimos o vitalicios y pasando los patrimoniales a los sucesores (en la que medida en que sean susceptibles de transmisión *mortis causa*, *ex* arts. 657, 659 y 661 CC). Huelga advertir que, puesto que el trascendental hecho de la muerte irradia sus inexorables efectos extintivos de la capacidad jurídica de la persona sobre infinidad de situaciones o ámbitos jurídicos de la misma (ya de orden privado, ya público), excede obviamente del propósito de este estudio, no ya examinar, sino enumerar siquiera, el amplísimo y heterogéneo haz de repercusiones que tiene el fallecimiento tanto en sede familiar (p. ej. arts. 85, 88, 101.2, 116, 126, 132.2, 133.2, 136.1 y 3, 137.3 y 141 *in fine*, 150 y 152.1, 169.1, 171.2.1.º, art. 175.4 y 176.4, 276.3.º, 910, 1392.1 y 1415 CC, art. 765.2 LEC 1/2000) como en el plano puramente patrimonial (arts. 513.1 y 529, 1161, 1595.1 y 2, 1700.3 y 1704, 1732.3, 1738 y 1739, 1742 CC).

Sin embargo, sí considero de interés comenzar realizando un somero recordatorio de algunas de las consecuencias más destacadas de la muerte en la esfera estrictamente *personal*, a efectos de vincular la idea de que el fallecimiento conlleva el fin de aquellas relaciones jurídicas que se fundan y tienen como presupuesto la existencia de la persona misma, con la posibilidad de que esta haya realizado determinadas disposiciones no patrimoniales para después de su muerte; todo ello, como punto de partida para aproximarnos al específico tema de nuestro estudio, que será –como se anuncia en el propio

título del presente trabajo— *la defensa de la memoria de los difuntos*, lo que se ha dado en llamar la «protección de la personalidad pretérita» —en expresión acuñada por LACRUZ—. ¹

1.1. *Excursus* previo sobre los efectos jurídicos del fallecimiento en el orden personal y sobre las disposiciones no patrimoniales de la persona para después de su muerte

Una de las más inmediatas consecuencias de la muerte es la *conversión en cadáver del cuerpo del fallecido*. Muerta la persona, su cuerpo se transforma en cadáver y pasa así a ser algo cuya naturaleza es configurada jurídicamente como una «cosa» —según entiende la doctrina prácticamente unánime—. ² Con todo, siendo cierto que el cadáver no puede ya ser calificado como persona y aun admitida su «cosificación» —en palabras de ROCA I TRÍAS—, ³ el respeto a la dignidad de la persona fallecida con anclaje último en el art. 10 CE —la «dignidad humana del cadáver» de que habla ANGOITIA GOROSTIAGA— ⁴ conduce a predicar el carácter *extrapatrimonial* del mismo, con la consiguiente exclusión de la libre disponibilidad sobre el cuerpo muerto (o sus partes) y la limitación de las posibilidades de realizar negocios jurídicos que lo tengan por objeto, no siendo admisibles sobre el mismo contratos con prestaciones económicas; todo ello, amén de la protección dispensada en el ámbito penal al cadáver inhumado (*ex art. 526 CP*). ⁵

Desde esas premisas, debe tenerse en cuenta que *la eventual voluntad que en vida manifestara el fallecido* va a desplegar su eficacia jurídica *post mortem*, aparte de en relación al destino de su patrimonio a través del fenómeno sucesorio, también en cuanto *al futuro destino de su propio cuerpo*. Aun cuando la llamada *pietas* familiar y el respeto a los legítimos sentimientos de los familiares del difunto justifican los tradicionales poderes de disposición de los parientes más próximos respecto a la determinación del destino del cadáver, dichas facultades no pueden configurarse como un auténtico derecho subjetivo al cadáver o sobre el cadáver (SS. AP Alicante 7 julio 1995 [AC 1995/1280] y 2 julio 2003 [JUR 2008/159293]). Sobre la voluntad de aquellos habrá de prevalecer la voluntad que, en su caso, hubiere manifestado el causante, la cual, en términos generales, deberá ser respetada y atendida siempre que en ella se exprese una disposición del propio cadáver (entero o de partes del mismo) que no exceda de los límites autorizados por la ley, la moral y las buenas costumbres y se sitúe dentro de las coordenadas del orden público. Así, frecuentemente se tratará de *previsiones acerca de la organización de los funerales y exequias* (modo de inhumación o incineración, forma y lugar de sepultar el cadáver, destino de las cenizas, etcétera), aunque también serán posibles disposiciones relativas al destino del cuerpo a *finés científicos, didácticos, médicos, de investigación*, etcétera. ⁶

Si ya a los efectos indicados pueden resultar de utilidad las declaraciones efectuadas a través del llamado «testamento vital» (el documento de *voluntades anticipadas* al que se refieren diversas leyes autonómicas, o documento de *instrucciones previas* contemplado a nivel estatal por el art. 11 de la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y

¹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. DE A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO, F., RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil*, I-2.º, 6.ª ed. revisada y puesta al día por J. DELGADO, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 23, 107.

² Vid. por todos, DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España*, II, Civitas, Madrid, 1984, p. 146; reedición facsimilar, Instituto de Estudios Políticos, 1952.

³ ROCA I TRÍAS, E.: «Com. arts. 32 a 34 CC», en *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 232.

⁴ ANGOITIA GOROSTIAGA, V.: «El régimen reglamentario de la extracción y trasplante de órganos», en *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, coord. por C. ROMEO CASABONA, Comares, Granada, 2005, pp. 156-165. Vid. también, en la misma línea favorable a la preservación de la dignidad del cadáver, ampliamente LAFUENTE BENACHES, M.ª M.: *Exhumaciones jurídicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

⁵ Vid. sobre esta protección penal las SSTS Sala 2.ª 20 enero 2004 (RJ 2004/3384), 12 diciembre 2007 (RJ 2009/6614), 29 enero 2013 (RJ 2013/975) y 20 enero 2016 (RJ 2016/375).

⁶ Vid. al respecto, p. ej. ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I*, Edisofer, Madrid, 18.ª ed., 2009, pp. 473-474; GORDILLO CAÑAS, A.: *Trasplantes de órganos: «pietas» familiar y solidaridad humana*, Civitas, Madrid, 1987, p. 34; ANGOITIA, V.: *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 115 y ss.

documentación clínica), particular relieve cobra dicho documento y el derecho a disponer en vida sobre el destino del propio cadáver o de partes del mismo en el marco de la *extracción y trasplante de órganos*. En efecto, si la propia determinación temporal del advenimiento de la muerte asume particular trascendencia cuando se trata de aprovechar los restos humanos para trasplantes, también este asunto se da la mano con la disponibilidad del propio cadáver con tales fines, admitiéndose la cesión gratuita de piezas anatómicas y órganos (así como de células y tejidos humanos) o el permiso de extracción otorgado por una persona para cuando fallezca.

En este ámbito, la vigente normativa española sobre extracción y trasplante de órganos regula las condiciones y requisitos de la extracción de órganos de fallecidos, mostrando una preocupación especial por el tema del *consentimiento del donante* –ligado al *testimonio familiar* al respecto–. Pocos son relativamente (o, al menos, deberían ser) los problemas que se plantean cuando el futuro donante *ha manifestado expresamente en vida* (con su tarjeta de donante, mediante documento de instrucciones previas, en la historia clínica, etcétera) *su voluntad de que a su fallecimiento su cuerpo sea utilizado con fines terapéuticos*; declaración inequívoca de autorización de la extracción, que no podría ser deformada o suplantada por la decisión en contra de sus familiares.⁷ Pero, además, y salvo que conste la oposición explícita en vida del fallecido –oposición, total o parcial, cuya expresión no necesita ninguna formalidad especial–, es sabido que, en nuestro ordenamiento, la extracción de órganos es lícita y posible, *aunque la persona en cuestión no hubiera expresado su voluntad favorable a la cesión*. Esta presunción legal *iuris tantum* de considerar donante a todo aquel que muere aparece ya recogida en el art. 5.2 de la Ley 30/1979, de 27 octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, a tenor del cual «la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que estos *no hubieran dejado constancia expresa de su oposición*». En desarrollo de ese precepto –y «corrigiendo» en parte su tenor–, dispone asimismo el art. 9.1.a) del vigente Real Decreto 1723/2012, de 28 diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, que la obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos (que no científicos) podrá realizarse si se cumple el requisito, entre otros, de que «la persona fallecida de la que se pretende extraer órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos».⁸

Por tanto, a la luz de la citada normativa, una vez producido el fallecimiento de la persona *se presume* su consentimiento a la extracción –a menos que conste su expresa oposición–; sistema del consentimiento presunto del finado que, si bien ha recibido el respaldo mayoritario de la doctrina, no deja de presentar dificultades en su aplicación práctica, sobre todo a efectos de conciliarlo con la preceptiva «consideración» del testimonio familiar [art. 9.1.b) RD 1723/2012] y a fin de «dilucidar hasta qué punto la manifestación en uno u otro sentido de los familiares o allegados del difunto obedece, efectivamente, a *la voluntad o convicciones de quien ha fallecido*, particularmente cuando la misma no se apoya en signos inequívocos o fehacientes, o responde, por el contrario, a la propia voluntad y convicciones de quienes solo están llamados a prestar su testimonio y no su consentimiento».⁹ Ciertamente, la extracción de los órganos del cadáver no está sometida en rigor a una auténtica «autorización» de la familia del finado y la voluntad «propia» de los familiares al respecto resulta intrascendente, de forma que la consulta a los mismos habría de valorarse *únicamente como modo de recabar información sobre los verdaderos deseos y designios del propio difunto* –papel de los familiares como *fuentes de conocimiento* en el proceso de indagación de la voluntad de un eventual

⁷ Vid. ROMEO CASABONA, C.: «Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos», en *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, coord. por C. ROMEO, Comares, Granada, 2005, pp. 45-47.

⁸ Vid. igual fórmula de presunción del consentimiento, respecto a la donación y obtención de células y tejidos humanos de personas fallecidas, en el art. 8 del Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio.

⁹ Vid. ANGOITIA, «El régimen reglamentario de la extracción...», 2005, p. 224.

donante fallecido a la extracción de sus órganos para trasplante, del que se ha ocupado la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 junio 2014 (TEDH 2014/43)–.¹⁰

Sin embargo, a nadie se oculta que esta solución legal es a menudo modulada, disfrazada o, si se quiere, burlada en la práctica clínica y hospitalaria cotidiana donde, según advierten los autores especializados en el tema, es habitual que en los protocolos de actuación de las coordinaciones de trasplantes se conceda «una posición de absoluta centralidad a la familia del donante a lo largo de todo el proceso», lo que conduce a «un sistema de autorización expresa y escrita de los familiares con carácter previo a la extracción de los órganos para trasplante» y desvirtúa el sentido de la valiente opción legislativa por el consentimiento presunto convirtiéndolo en «un procedimiento de consentimiento informado», de manera que «la oposición de los familiares a la extracción de órganos del difunto suele conllevar *de facto* la inaplicación del art. 5 LTO y, a la postre, la imposibilidad de obtención de órganos».¹¹

Si anteriormente nos hemos referido a las posibles disposiciones extrapatrimoniales de la persona sobre el destino de su *cadáver* (tanto a efectos de su inhumación, como de donación del mismo a fines científicos o de extracción de órganos para trasplante), conviene ahora recordar telegráficamente la regulación legal del consentimiento para la fecundación *post mortem* y la inseminación con material reproductor del marido fallecido que establece el art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Bajo la rúbrica de «Premoriencia del marido», dispone ese precepto,¹² en lo que aquí interesa, que «el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer».

En aplicación de dicha norma (segundo párrafo del citado art. 9), y según declara al respecto el Auto de la AP Santa Cruz de Tenerife de 2 junio 2010 (AC 2010/1755), «la autorización requerida al marido es personalísima, sin que pueda ser suplida por nadie, menos aún cuando ya se ha extinguido la personalidad civil por la muerte de la persona» (art. 32 CC), y formal, sin que quepa ser suplida por otras pruebas documentales o testificales», por lo que «en ausencia de documento público, testamento o documento de instrucciones previas, que la Ley de Reproducción Asistida requiere como forma en la que se preste el consentimiento libre, consciente y formal por el esposo para que se proceda a utilizar el material reproductor cuya congelación autorizó a la Unidad de Reproducción Humana Asistida del

¹⁰ Sobre esta Sentencia (caso «Petrova v. Letonia»), *vid.* el comentario de RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: «Trasplante de órganos y tejidos. Especial mención a la problemática específica del consentimiento informado», *La Ley*, n.º 8430, 27-11-2014.

¹¹ *Vid.* LASARTE, *Principios de Derecho civil I*, 2015, p. 160; URRUELA MORA, A.: «Trasplante de órganos y tejidos: aspectos jurídicos y sociológicos ligados al consentimiento familiar», en *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, coord. por C. ROMEO CASABONA, Comares, Granada, 2005, pp. 337-339, 343-350.

¹² El texto completo del citado art. 9 de la Ley 14/2006, tras su modificación por la Ley 19/2015 de 13 de julio, es el siguiente: «1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, *el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer.* Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. 3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad».

Hospital Universitario de Canaria», no existe «precepto legal alguno que prevea la posibilidad de la autorización judicial instada por la mujer recurrente». ¹³

Hemos ofrecido hasta aquí una panorámica general de algunos de los ámbitos no patrimoniales de decisión de la persona en los que esta puede efectuar disposiciones para después de su muerte –desde las relativas a los funerales, pasando por la donación de órganos para trasplante o donación del cadáver para la ciencia, o las referentes a la conservación de óvulos o espermatozoides o la inseminación *post mortem*–. Seguidamente abordaremos la proyección de tal tipo de previsiones en las principales vertientes de la protección de la personalidad pretérita, entre ellas las concernientes a las acciones *post mortem* de protección civil de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, o a la legitimación *mortis causa* para el ejercicio de facultades morales incluidas en el derecho de autor. Pero antes de ello quisiera, de una parte, remitir a la lectura del interesante esbozo que ha realizado CAPILLA RONCERO sobre los nuevos campos de operatividad del juego de la autonomía privada en lo personal y a sus reflexiones acerca del notable ensanchamiento que, a resultas de la revolución científica y tecnológica, ha experimentado el ámbito material de la libertad de decisión del individuo en su esfera personal. ¹⁴ De otra parte, y especialmente, no me resisto a rescatar la ilustrativa opinión que sobre el significado y la *ratio* última de las mencionadas disposiciones extrapatrimoniales vierte DELGADO ECHEVARRÍA ¹⁵ cuando escribe que «los ejemplos anteriores muestran como en la experiencia jurídica contemporánea las personas físicas encuentran motivos para disponer para después de su muerte sobre asuntos e incumbencias que les atañen personalmente y que no tienen *prima facie* un contenido patrimonial, bien sea respecto de su cuerpo o sus restos físicos, o bien sea sobre su reputación o su memoria. No son las mismas disposiciones que constituyeron contenido acaso principal de los testamentos cristianos medievales, sino que corresponden a las creencias y preocupaciones extendidas en las sociedades actuales, que, por otra parte, pueden ser muy plurales. Creo que la tendencia a este tipo de disposiciones y previsiones está creciendo, desbordando la definición legal del testamento como acto de disposición de bienes (art. 667 CC), que siempre fue demasiado estrecha. El fundamento de la facultad de disponer para después de la muerte sobre incumbencias no patrimoniales –destaca DELGADO– no puede ser, simplemente, la propiedad, es decir, en términos constitucionales, el art. 33.1 CE. *El fundamento se encuentra en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)*, que de este modo se superpone en un plano superior al de la propiedad. *La libertad de disponer para después de la muerte no corresponde al individuo en cuanto propietario (no corresponde a todos los propietarios, solo a las personas físicas), sino en cuanto persona humana*».

1.2. Notas introductorias sobre el respeto a la memoria de los difuntos, la protección de la «personalidad pretérita» y la proyección particular del llamado «derecho al olvido» respecto de las personas fallecidas

Que el Derecho proteja plenamente a la persona desde su nacimiento hasta su muerte no significa que sea indiferente *al tiempo precedente y al consecuente*. ¹⁶ Si el art. 29.2 CC tutela jurídicamente al concebido no nacido –antes de ser aún persona y careciendo, por tanto, de la capacidad para ser titular

¹³ Vid. igualmente el Auto AP Barcelona de 17 mayo 2011 [AC 2011/1256]; y dictados aún al amparo del art. 9.2 de la primitiva Ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Asistida, los asuntos resueltos por los Autos de la AP Valencia de 23 diciembre 2003 [JUR 2004\164422] y de la AP de A Coruña de 3 noviembre 2000 [AC 2001/183], este último comentado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Reproducción asistida *post mortem*», *Aranzadi Civil*, n.º 8, 2001.

¹⁴ CAPILLA RONCERO, F.: «Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona; o la autonomía personal en el Derecho privado», *La Ley*, n.º 7675, 18 julio 2011.

¹⁵ DELGADO ECHEVARRÍA, J.: «El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte», *La Ley*, n.º 7675, julio 2011, p. 5.

¹⁶ Vid. GARCÍA RUBIO, M.ª P.: «La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas», *Teoría y Derecho*, n.º 14, diciembre 2013, p. 92.

actual de derechos—,¹⁷ las emanaciones de la «personalidad» pueden también *transcender a la existencia misma de la persona* y contemplarse jurídicamente tras dejar esta de tener tal condición de persona al fallecer.¹⁸

Así pues, si bien la muerte implica el fin de la personalidad y, por ende, la inevitable extinción de los inherentes derechos de la personalidad del fallecido, ello no empece que en determinados supuestos, y más allá del límite temporal de existencia de su titular, quepa la tutela *post mortem* de ciertos derechos extrapatrimoniales del mismo con el fin de proteger rasgos, atributos o cualidades de la persona ya desaparecida.¹⁹ Ello se traduce en lo que comúnmente se viene denominando la «protección de la memoria pretérita»²⁰ o «protección de la personalidad pretérita», gráfica locución de la que se hace eco el grueso de la doctrina.²¹

Sobre ese particular, comienza recordando LASARTE que, aunque «una de las constantes antropológicas de la mayor parte de las civilizaciones conocidas reclama honrar la memoria de los muertos..., a decir verdad la protección de la personalidad pretérita o la honra de nuestros muertos o difuntos ha sido un tema bastante extraño al Derecho, siendo contemplado básicamente por normas religiosas o convenciones sociales de índole extrajurídica».²²

Asimismo apunta el citado autor²³ que «en Derecho español, hasta tiempos bien recientes, la protección de la memoria de los difuntos prácticamente quedaba limitada al ejercicio de las acciones penales por parte de sus herederos cuando creyeran que los muertos habían sido objeto de injurias o calumnias (cfr. art. 466 CP)».²⁴

¹⁷ Vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La protección jurídico-civil del nasciturus y del recién nacido*, Aranzadi-Lex Nova, Valladolid, 2015.

¹⁸ CAPILLA RONCERO, F.: Voz «Persona», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, Civitas, 1995, p. 4860.

¹⁹ Vid. las reflexiones que sobre esa suerte de «perdurabilidad y de continuidad histórica, afectiva y espiritual» de la persona, realiza COBAS COBIELLA, M.^a E.: «Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión», en *Revista Boliviana del Derecho*, n.º 15, enero 2013, pp. 112-129; y «Protección *post mortem* del derecho al honor», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.), *Derecho al Honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 317-321.

²⁰ Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C.: «Persona, personalidad, capacidad», en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, I, dir. por GETE-ALONSO, M.^a C. y coord. por SOLÉ RESINA, J., Cizur Menor, Civitas - Thomson Reuters, 2013, p. 96; ROVIRA SUEIRO, M.^a E.: «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, coord. por BUSTO LAGO, J. M., REGLERO CAMPOS, F., Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2.^a ed., 2013, pp. 557, 559; ALONSO PÉREZ, M.: «Daños causados a la memoria del difunto y su reparación», <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>, pp. 2-3.

²¹ Vid. entre otros, p. ej. HUALDE SÁNCHEZ, J.: «La personalidad» y «Los derechos de la personalidad», en PUIG Y FERRIOL, L., GETE-ALONSO, M.^a C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE, J., *Manual de Derecho Civil*, I, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 124, 353; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «La persona física: comienzo y fin de la personalidad» y «Los derechos de la personalidad», en *Curso de Derecho Civil I*, coord. por P. DE PABLO, Colex, Madrid, 4.^a ed., 2011, pp. 349-350, 572; y «Com. art. 32 CC», en *Código Civil Comentado*, dir. por CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA, R., I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 287; GONZÁLEZ GOZALO, A.: «Com. art. 32 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Cizur Menor, 4.^a ed., 2013, p. 166; MARTÍN PÉREZ, J. A.: «Com. arts. 657 y 659 CC», en *Código Civil Comentado*, dir. por CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO, P., ORDUÑA, J., VALPUESTA, R., II, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 250; ECHEVARRÍA DE RADA, T.: «Comienzo y fin de la personalidad», en *Tratado de Derecho Civil*, III, Vol.1, dir. por RAMS ALBESA, J., Madrid, Iustel, 2014, p. 178; VENDRELL CERVANTES, C.: «La protección jurídica de los intereses morales de la personalidad tras la muerte del titular», en *El mercado de los derechos de imagen (El consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisión de derechos de imagen)*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 472 y ss. (BIB\2015\5358).

²² LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho civil I*, Marcial Pons, Madrid, 21.^a ed., 2015, p. 153.

²³ Vid. LASARTE, *Principios de Derecho civil I*, 2015, p. 153.

²⁴ Este artículo 466, sin embargo, corresponde al primitivo Código Penal de 1973 –al amparo del cual alguna jurisprudencia llegó a aplicar el precepto, no solo para admitir la sucesión procesal en la acción ejercitada por el ofendido, sino en casos de ofensas a personas ya fallecidas antes de iniciarse el proceso penal (SSTS Sala 2.^a 3 febrero 1984 [RJ 1984/716] y 16 marzo 1990 [RJ 1990/2537], STC 123/1993, de 19 abril [RTC 1993/123])–; pero tal norma sobre la tutela penal del honor de los difuntos se encuentra hoy derogada y sin homóloga en el vigente Código Penal, dentro de cuyo Título X de su Libro II son los arts. 197 a 201 los que regulan los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, siendo en el Título XI

Con todo, sin perjuicio de las anteriores consideraciones, en el presente estudio nos interesa dar cuenta especialmente de las principales manifestaciones legales que, aparte de la clásica tutela penal (o administrativa) de la memoria de los difuntos, se encuentran previstas en nuestro ordenamiento jurídico *civil* en aras a la referida protección de la personalidad pretérita.²⁵ Si algunas de ellas datan de hace ya años y otras de fechas más cercanas, tampoco se puede obviar, aun cuando no vayamos aquí a ocuparnos de ello, que la incidencia en esta materia del vertiginoso desarrollo de la sociedad de la información vendría a suscitar problemas hasta poco tiempo atrás desconocidos, que reclamarían efectuar reajustes o a reinterpretar el tradicional material normativo, pues –como advierte GARCÍA RUBIO–²⁶ «al igual que sucede con otras facetas de la persona, el avance tecnológico y científico plantea nuevos retos que de momento carecen de una clara respuesta jurídica: piénsese, por ejemplo, en *la enorme cantidad de huellas que una persona puede dejar al morir en el llamado entorno digital y en la dificultad de decidir, con las herramientas normativas que hoy tenemos, sobre el destino de todas ellas*».²⁷

La problemática a la que acaba de aludirse se encuentra en parte relacionada, siquiera tangencialmente, con el denominado «derecho al olvido» en su concreta vertiente digital²⁸ –vinculada a la irrupción y uso masivo y global de internet y a su potencial «peligrosidad» sobre la privacidad por su inmensa capacidad de conservar y transmitir informaciones–²⁹ y con los controvertidos límites del archivo y la «conservación» en la Red de datos sobre la persona y de la permanencia de la posibilidad de acceder a los mismos, reproducirlos y divulgarlos públicamente por medios telemáticos.³⁰

donde se tipifican los delitos contra el honor –calumnia (arts. 205 a 207) e injuria (arts. 208 a 210), con las disposiciones generales comunes a ambos que se recogen en los arts. 211 a 216–.

Vid. en general, las conocidas reflexiones que sobre el difícil equilibrio entre la tutela penal y la defensa civil del derecho al honor han realizado SALVADOR CODERCH, P., CASTIÑEIRA PALOU, M.ª T.: *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, Marcial Pons, 1997; SALVADOR CODERCH, P. (dir.): *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990; PANTALEÓN PRIETO, F.: «La Constitución, el honor y unos abrigos», *La Ley*, n.º 4033, 10 mayo 1996, pp. 3 y ss.; y «La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 10, 1996, pp. 209 y ss.

²⁵ *Vid.* sobre el tema en el *common law*, DE LAS HERAS VIVES, L.: «La protección civil del honor en el ordenamiento norteamericano», en DE VERDA, J. R. (coord.), *Derecho al Honor...*, 2015, pp. 540-541.

²⁶ GARCÍA RUBIO, «La persona en el Derecho civil...», *Teoría y Derecho*, n.º 14, 2013, p. 93.

²⁷ Muy ilustrativo al respecto, si bien referido al entorno del *common law*, <http://www.standar.co.uk/lifestyle/esmagazine/welcome-to-ihaven-how-to-protect-your-digital-life-after-death-8609638.html>.

²⁸ *Vid.* por todos, TOURIÑO, A.: *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*, Catarata, Madrid, 2014; DE TERWANGNE, C.: «Privacidad en Internet y derecho a ser olvidado/derecho al olvido», *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 13, 2012, pp. 53-66; y SIMÓN CASTELLANO, P.: *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Valencia, Tirant lo Blanch, Madrid, 2012; y *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Barcelona, Bosch, 2015.

²⁹ *Vid.* al respecto CASTILLO JIMÉNEZ, C.: «Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información», en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, vol.1, Universidad de Huelva, pp. 35-48; ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: *La protección judicial de los derechos en Internet en la jurisprudencia europea*, Madrid, Reus, 2014, pp. 12 y ss.; CORDERO CUTILLAS, I., FAYOS GARDÓ, A.: «Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI», en *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, coord. por FAYOS GARDÓ, A., Dykinson, Madrid, 2015, pp. 19-37; ESCRIBANO TORTAJADA, P.: «Algunas cuestiones sobre la problemática del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en Internet y en las redes sociales», en *Los derechos a la intimidad y a la privacidad...*, 2015, pp. 61-85; NOAIN SÁNCHEZ, A.: *La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004-2014)*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016; y el documentado estudio de MOLINA GARCÍA, M.ª J.: «Comprensión jurídica del ejercicio de los Derechos Humanos en Internet: afectación a la libertad, privacidad y seguridad de las personas», *Actualidad Civil*, n.º 6, junio 2015, pp. 1-28.

³⁰ *Vid.* al respecto las SSTs Sala 1.ª 15 octubre 2015 (RJ 2015/4417) y 5 abril 2016 (RJ 2016/1006) y la STS Sala 3.ª 14 marzo 2016 (JUR 2016/59136), comentadas por SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M.: «El «derecho al olvido digital». Problemas de configuración jurídica y derivados de su incumplimiento a la vista de la STS de 15 de octubre de 2015», *Actualidad Civil*, n.º 12, dic. 2015, pp. 1-11; MALDONADO RAMOS, I.: «Sobre el puerto seguro, el derecho al olvido y el derecho a la Historia», *El Notario del siglo XXI*, n.º 64, noviembre-diciembre 2015, pp. 182-184; y STROIE, I. R.: «¿Es o no Google Spain responsable del tratamiento de datos personales?», *Publicaciones Jurídicas Centro de Estudios de Consumo*, 21 abril 2016, pp. 1-7 (www.uclm.es/centro/cesco).

Pero, amén de la referida alusión al derecho al olvido en el concreto contexto virtual, cabe asimismo traer a colación, de forma incidental, que la construcción doctrinal y jurisprudencial del «derecho al olvido» como categoría *general* –el silencio sobre el pasado de las personas (por ejemplo, sobre sus remotos hechos delictivos) sin reabrir o remover al cabo de los años tal pasado ni divulgarlo y recordárselo al público de forma innecesaria, gratuita e injustificada– puede jugar su papel no solo durante la vida de la persona (STS Sala 1.ª 25 marzo 2013 [RJ 2013/3682]), sino también *luego de su muerte*.³¹ Aun partiendo de que, por regla general, «el paso del tiempo debilita el interés general al conocimiento de los hechos pasados o, al menos, la implicación penal en ellos de una concreta persona, carente de habitual proyección pública»,³² ello no obsta a que, como excepción, tal derecho al olvido deba ceder –también cuando la persona ha muerto– en los supuestos en que persista un interés general (por ejemplo, un interés histórico, científico, didáctico o social) al conocimiento actual de hechos pasados.³³ De ahí precisamente que, por razón de esa trascendencia *histórica*, la STS Sala 1.ª 30 diciembre 1989 (RJ 1989/8880)³⁴ considerase legítimo que en un programa de televisión («La huella del crimen») se emitiera un capítulo, bajo el título de *La envenenadora de Valencia*, dedicado a narrar la historia del proceso penal que condujo a la muerte por garrote vil de la última mujer ejecutada en España; rechazo por el tribunal de la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad de aquella, fallecida muchos años atrás, que implicó la desestimación de la demanda interpuesta por los familiares de la condenada en defensa de la memoria de la difunta.

Vid. asimismo la S. TJUE Gran Sala 13 mayo 2014, C-131/2012 (TJCE 2014/85) –caso «Google Spain»–, comentada, entre otros muchos autores, por DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Responsabilidad del gestor del motor de búsqueda por los contenidos por la indexación y almacenamiento de datos contenidos en sitios de internet: la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 1, agosto 2014, pp. 251 y ss.; LYCZKOWSKA, K.: «Matando al mensajero Google. Tienes derecho a que lo olviden... salvo que ellos tengan derecho a recordarlo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 10, 2014; MALDONADO RAMOS, I.: «Derecho a la Memoria. Derecho al Olvido», *El Notario del siglo XXI*, n.º 56, julio-agosto 2014; ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C.: «Sentencia Google Spain y derecho al olvido», *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, n.º 38, oct. 2014, pp. 118 y ss.; VILASAU, M.: «El caso Google Spain: la afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido», *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 18, junio 2014, pp. 32 y ss.; BOIX PALOP, A.: «El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el derecho al olvido y las libertades informativas tras la Sentencia Google», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 38, 2015, pp. 9 y ss.; AZURMENDI, M.: «Por un derecho al olvido para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso *Google Spain* y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional española de 29 de diciembre de 2014», *Revista de Derecho Político*, n.º 92, 2015, pp. 275 y ss.; GARCÍA DE PABLOS, J. F.: «El derecho al olvido en la red», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 36, 2014, pp. 12 y ss.; RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014; LÓPEZ PORTAS, B.: «La configuración jurídica del derecho al olvido en el Derecho español a tenor de la doctrina del TJUE», *Revista de Derecho Político*, n.º 93, mayo-agosto 2015, pp. 143-175; MINERO ALEJANDRE, G.: «A vueltas con el derecho al olvido. Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 30, 2014-II, pp. 129-155; GUASCH PORTAS, V., SOLER FUENSANTA, J. R.: «El derecho al olvido en internet», *Revista de Derecho UNED*, n.º 16, 2015, pp. 1001-1005; MARTÍNEZ OTERO, J. M.: «El derecho al olvido en Internet: debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJCU Google *vd.* AEPD y Mario Costeja», *Revista de Derecho Político. UNED*, n.º 93, mayo-agosto 2015, pp. 103-142; CARAPEZZA FIGLIA, G.: «Derecho al honor y libertad de expresión. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia italiana», en DE VERDA, J. R. (coord.), *Derecho al Honor...*, 2015, pp. 503-509 y la bibliografía que ahí se cita; SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: «Los derechos fundamentales a la intimidad, honor y protección de datos en la era digital: mecanismos jurídicos de protección, carencias y retos del legislador. De las leyes de 1982 (LOPHII) y de 1999 (LOPD) al Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016», *RDP*, n.º 6, noviembre-diciembre, 2016, pp. 77-125, en especial pp. 114-117.

Cfr. además el art. 17 (y los Considerandos 65 y 66) del Reglamento europeo 2016/679, de 27 de abril, sobre protección de datos de las personas físicas.

³¹ COBAS COBIELLA: «Protección *post mortem* del derecho al honor», en *Derecho al Honor...*, 2015, pp. 318, 333.

³² *Vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., VIDAL ALONSO, J.: «Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): el interés público de la noticia», en DE VERDA (coord.), *Derecho al Honor...*, 2015, p. 100.

³³ *Vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Breves reflexiones sobre el llamado derecho al olvido», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 1, agosto 2014, pp. 32-33.

³⁴ Sentencia comentada por DEL CARPIO FIESTAS, V.: «Divulgación de antecedentes penales y protección del derecho al honor y a la intimidad», *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 1, 2005, p. 18 y ss.

2. La protección *post mortem* de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen

Con fundamento último en el respeto debido a la persona fallecida (sobre todo, a su fama, buen nombre, reputación y estimación personal y social), la protección de la personalidad ya extinguida (*rectius*, de la *memoria defuncti*) se articula en el plano civil a través de diferentes vías, entre las que sobresale la consagrada en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Su propia Exposición de Motivos señala expresamente que «*aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho*». Y el propio Tribunal Constitucional ha bendecido tal declaración legal –por ejemplo, en la Sentencia de 12 noviembre 1990 (RTC 1990/172) sobre las informaciones periodísticas vejatorias relativas a la vida privada y la honorabilidad profesional de un piloto fallecido en un accidente aéreo–; afirmación que asimismo ha sido reiterada por la jurisprudencia menor –entre otras ocasiones, en las SS. A. P. Badajoz 17 abril 2000 (JUR 2000\191940) y Sevilla 25 septiembre 2007 (AC 2008\197917) o en el célebre caso «Fundación Gala-Salvador Dalí» que resolviera la SAP Girona 30 marzo 2006 (AC 2006/1622)–. Con todo, según puntualiza al hilo de esa declaración del preámbulo de la LO 1/1982 DE VERDA Y BEAMONTE,³⁵ cabe dudar, sin embargo, de «si lo que aquí se repara es un daño moral por intromisión en el derecho al honor, intimidad o propia imagen de una persona, ya fallecida, *lo que es un poco absurdo*, ya que la muerte extinguió su personalidad (*ex* artículo 32 CC); o si, por el contrario, lo que se repara es el daño moral que experimentan los parientes más próximos, al haberse cuestionado la reputación de un familiar difunto, haberse desvelado datos privados o haberse utilizado la imagen del mismo sin el consentimiento de aquellos».³⁶

2.1. Defensa civil de los referidos derechos de la personalidad lesionados tras el fallecimiento de su titular

A la luz del postulado legal anteriormente transcrito, la mencionada LO 1/1982 posibilita y regula, con cierta exhaustividad, la tutela civil de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen cuya lesión se hubiere producido tras la muerte de la persona que era titular de los mismos.

Adviértase, como cuestión previa, que el tema que ahora nos ocupa de la protección de la personalidad pretérita del fallecido y, en concreto, el de la defensa y reivindicación de la memoria de quien ya no está se centra en rigor en los supuestos de ofensas *post mortem*; esto es, cuando el titular del derecho en cuestión *ya había fallecido cuando se produjo la lesión* y, por tanto, la afrenta o injerencia ilegítima tuvo lugar *después del fallecimiento* de aquel. Ello no obsta a que la LO 1/1982 establezca similares previsiones, por vía de remisión, para los casos –sustancialmente distintos– en que la ofensa o lesión se produjo *antes de la muerte* del titular del derecho:³⁷ así, por un lado, cuando el titular del

³⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «La protección constitucional del derecho al honor», en DE VERDA (coord.), *Derecho al Honor...*, 2015, p. 54.

³⁶ *Vid.* las consideraciones que en torno a la tesis que trata de fundamentar la protección *post mortem* de los derechos de la personalidad en «la relación familiar» realiza COBAS COBIELLA, M.ª E.: «Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Algunas notas sobre el tema», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.), *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 212 y ss.

Cfr., por contraste, el deslinde entre la protección de la memoria del propio fallecido y la protección frente a las ofensas a las personas vivas ligadas a él, que defienden ROVIRA, «Daños a los derechos de la personalidad...», en *Lecciones...*, 2013, p. 558; y CABEZUELO ARENAS, A. L.: «Breves notas sobre la protección *post mortem* del honor, intimidad e imagen», *La Ley*, 1999-1, p. 1580.

³⁷ Es ocioso advertir que caen completamente fuera del ámbito subjetivo de operatividad de cualesquiera de estas normas aquellas hipótesis en que –como ahora ejemplificaré– *no llega realmente a producirse el fallecimiento* del sujeto cuyo derecho al honor, intimidad o propia imagen se considera vulnerado. Sobre tan singular caso se pronuncia la SAP Barcelona de 15 junio 2016 (Sentencia 359/2016, en *La Ley*, n.º 8865, 17-11-2016), en la que se enjuicia una publicación periodística que daba noticia del *fallecimiento del hijo de la demandante* cuando, en realidad, al tiempo de darse la noticia dicho hijo se debatía entre la vida y la muerte, pero finalmente *sobrevivió*. Aparte de no apreciarse la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor –pues la noticia del fallecimiento, aunque errónea (como fruto de la información equivocada

derecho lesionado *hubiere fallecido después de haber ejercitado la acción* de defensa de su derecho, se legitima a determinadas personas para *continuar post mortem* la acción entablada por el titular (art. 6.2)³⁸ –supuesto de *sucesión procesal* del que es muestra la citada SAP Sevilla 25 septiembre 2007 (AC 2008\197917) que estimó la legitimación de la esposa para la continuación del procedimiento que su marido había ya iniciado, poco antes de morir, por intromisión ilegítima en el derecho al honor del mismo–; por otro lado, si el titular del derecho lesionado en vida hubiese *fallecido sin haber podido ejercitar la acción por sí* (o por sus representantes legales), siendo su intención y voluntad inequívoca interponerla, también se permite ejercitarla a aquellas mismas personas (art. 6.1).³⁹ No subsistirán, en cambio, las acciones si, producida la lesión antes del fallecimiento, el titular del derecho lesionado pudo ejercitarlas y no lo hizo (ya por indiferencia, inercia, renuncia, perdón...), al existir en tal supuesto – como explica la propia Exposición de Motivos de la LO 1/1982– «una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o su representante legal». De ahí que la SAP A Coruña 27 marzo 2013 (JUR 2013\186176) denegara legitimación activa a la hermana de la fallecida para ejercitar la acción de protección del derecho a la intimidad de esta cuando, en vida, la propia ofendida podría haber ejercitado por sí misma tal acción y decidió, en cambio, no interponerla.

Cerrado este breve paréntesis, y hecha la anterior aclaración, son concretamente el art. 4 –modificado por LO 5/2010, de 22 junio⁴⁰– y el art. 5 de la LO 1/1982 los que posibilitan el ejercicio de acciones para la defensa civil de los referidos derechos de la personalidad *lesionados tras la defunción* de quien fuera su titular;⁴¹ preceptos que han de ser complementados, en especial, con las particularidades que en la regulación de la indemnización establece el art. 9.4.⁴²

que la Policía local había proporcionado al periódico), no contenía expresiones o mensajes insultantes o vejatorios–, destacó el tribunal *la falta de legitimación activa de la demandante, madre del aludido*, pues «la Ley reguladora del derecho al honor dispone que para el ejercicio de la acción solo está legitimado el titular del derecho lesionado, que en el caso no es la demandante sino su hijo [vivo y no fallecido], mayor de edad y que se encuentra en pleno estado y facultades, tal y como pudo observarse cuando declaró como testigo en la vista».

³⁸ Vid. al respecto, p. ej. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.ª E.: «El contenido no patrimonial de la herencia: los derechos al honor, intimidad e imagen del difunto», *RdP*, n.º 15, 2005, pp. 90-95.

³⁹ Vid. al respecto, p. ej. GARCÍA GARNICA, M.ª C.: «Consideraciones generales acerca de la distinción de las vertientes moral y patrimonial de los derechos a la intimidad y la propia imagen y su trascendencia jurídica» en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, I, por GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles-Universidad de Murcia, 2004, p. 1883.

⁴⁰ Vid. sobre esta reforma, ROVIRA SUEIRO, M.ª E.: «Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo ¿sigue siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendiente?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 8, 2015, Westlaw BIB 2015/4425, pp. 8-11.

⁴¹ Del estudio detenido de este tema se han ocupado, p. ej., YSÁS SOLANES, M.ª: «La protección a la memoria del fallecido en la LO 1/1982», en *Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, VI, Madrid, 1988, pp. 789 y ss.; y «Derechos en la esfera moral», en GETE-ALONSO, M.ª C. (dir.), SOLÉ RESINA, J. (coord.: *Tratado de Derecho de la Persona Física*, II, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 868-873; CABEZUELO: «Breves notas sobre la protección *post mortem*...», *La Ley*, 1999-1, pp. 1577-1586; GARCÍA PÉREZ, C.: *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 118 y ss.; ALONSO PÉREZ, M.: «La protección de la personalidad pretérita: regulación positiva», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, I, coord. por GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles-Universidad de Murcia, 2004, pp. 117-137; HUALDE SÁNCHEZ, J.: «La protección *post mortem* de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido», en *Bienes de la personalidad*, Universidad de Murcia, 2008, pp. 93-148; YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. por REGLERO CAMPOS, F., BUSTO LAGO, J. M., II, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 5.ª ed., 2014, pp. 1378 y ss.

⁴² En efecto, a la hora de concretar las posibles pretensiones de los sujetos legitimados para la defensa de la memoria del fallecido, la LO 1/1982 se remite, con carácter general, a las acciones derivadas de la intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen previstas por el art. 9 de dicha Ley (art. 4.1). De ahí que dichos sujetos cuenten, por un lado, y con base en el art. 9.2, con las pretensiones típicas que son propias de la acción inhibitoria o de cesación en sentido amplio –tanto de la acción de cesación (en sentido estricto) como de la acción de prohibición– y de la acción de remoción. Vid. en este sentido VENDRELL: «La protección jurídica de los intereses morales de la personalidad tras la muerte del titular», en *El mercado de los derechos...*, 2014, pp. 497-498, quien asimismo examina la más que discutible posibilidad de que tales personas legitimadas, ante la lesión de la memoria del fallecido por medio de la publicación no autorizada de su

A efectos del ejercicio de tales acciones, se encuentran legitimados *ope legis* los tres siguientes grupos de sujetos:

1.º - En primer término, aquella persona (física o jurídica) a la que el fallecido hubiere designado *a tal efecto* en su testamento⁴³ (art. 4.1). Como muestra de la prevalencia que, con buen criterio, otorgó en este punto el legislador español a la autonomía privada del causante, el designado *ad hoc* por el testador puede ser cualquier persona de su confianza, al margen de que ostente o no la cualidad de heredero y ya se encuentre o no dentro de su círculo más cercano de parientes. En caso de que el lesionado hubiere designado varias personas, cualquiera de ellas podrá ejercitar la acción, salvo disposición en contrario del fallecido (art. 5.2).

En el supuesto apuntado de que el ejercicio de la acción corresponda a una *persona jurídica* designada en testamento –legitimación que recientemente ha sido denegada a la Fundación Gala-Salvador Dalí por la STS Sala 1.ª 20 junio 2016 (RJ 2016/2537)–,⁴⁴ el art. 4.3 *in fine* de la LO 1/1982 establece como límite temporal –aplicable igualmente al caso de legitimación activa del Ministerio Fiscal, como luego se dirá– la exigencia de que la ofensa al buen nombre o al recuerdo del causante haya tenido lugar en el plazo máximo de ochenta años desde el fallecimiento del afectado.⁴⁵ Producida

imagen o de su vida privada, dispongan de una pretensión restitutoria por el enriquecimiento injustificado obtenido por el usurpador.

Por otro lado, los legitimados para la defensa *post mortem* de la memoria del difunto pueden también ejercitar *acciones indemnizatorias*; si bien precisa a este respecto el art. 9.4 de la LO 1/1982 (en conexión con el art. 4.2) que, en el caso del daño moral, el *importe de la indemnización corresponderá*, con independencia de la persona que ejercita legítimamente la acción, al «*cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados*». *Vid.* ampliamente, y con puntos de vista distintos sobre las implicaciones de este precepto y sobre los límites de la acción indemnizatoria (y hasta del propio concepto de daño) en tales supuestos, VENDRELL CERVANTES, «La protección jurídica de los intereses morales...», en *El mercado de los derechos...*, 2014, pp. 499-501; y SALVADOR CODERCH, *El mercado de las ideas*, 1990, p. 202.

⁴³ Si bien el precepto establece que la voluntad del titular de designar a una persona o personas para ejercitar *post mortem* las acciones de la LO 1/1982 ha de ser expresada por aquel en *testamento* –y a la designación *testamentaria* propiamente dicha restringen la operatividad de la norma algunos autores (ALONSO: «La protección de la personalidad pretérita...», 2004, p. 122)–, existe un amplio sector doctrinal que admite la aplicabilidad de la misma a otras formas de vocación hereditaria, como el codicilo o como la sucesión *mortis causa* de naturaleza contractual (en aquellos ordenamientos donde se admitan dichas formas). *Vid.* en favor de esta interpretación extensiva, p. ej. YSÁS SOLANES, «La protección a la memoria del fallecido...», en *Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, VI, 1988, p. 796; y HUALDE: «La protección *post mortem*...», 2008, pp. 117-119. Dando un paso más en esta dirección, la SAP Girona 30 marzo 2006 (AC 2006/1622) afirmó que, aunque «el principal acto en el que se plasma tal voluntad es el testamento en el que se instituye heredero..., no existe ningún inconveniente para que en otro acto jurídico, sin ser *stricto sensu* un testamento, se pueda disponer de los bienes y de los derechos». Con esta argumentación, la AP concluyó –en una interpretación ciertamente amplia– que, en el concreto asunto litigioso, la escritura pública de constitución notarial de la «Fundación Gala-Salvador Dalí» por el pintor universal en 1983 podía reputarse como una designación testamentaria a los efectos del art. 4.1 LO 1/1982 y, por consiguiente, cabía considerar a la Fundación como la persona jurídica legitimada para ejercitar las acciones de protección civil *post mortem* del honor, la intimidad o la imagen de Dalí. Diametralmente opuesto a ese criterio es –como de inmediato se verá– el seguido, respecto a esa misma «Fundación Gala-Salvador Dalí», por la STS Sala 1.ª 20 junio 2016 (RJ 2016/2537).

⁴⁴ Confirmando la SAP Barcelona 24 julio 2013 (AC 2013\1662), declaró el TS que la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de defensa de los derechos de imagen de Salvador Dalí correspondía únicamente al Ministerio Fiscal, sin que pudiera reconocerse dicha legitimación a la Fundación Gala-Salvador Dalí, puesto que «la escritura de constitución de la fundación no es el testamento que exige el art. 4.1 de la LO 1/1982; ni siquiera es un codicilo..., sino el negocio jurídico constitutivo de una persona jurídica de tipo fundacional».

⁴⁵ Como bien explica VENDRELL: «La protección jurídica de los intereses morales de la personalidad tras la muerte del titular», en *El mercado de los derechos...*, 2014, pp. 492-496 (BIB\2015\5358), cuando la defensa de la memoria del fallecido corresponde a una *persona física* designada testamentariamente (o, en su defecto, *ex lege* conforme al art. 4.2) no es necesario fijar un plazo de vigencia del contenido de dicha protección *post mortem*, ya que *la muerte de la persona física* designada (o la del cónyuge y últimos descendientes, ascendientes o hermanos del fallecido, *ex art. 4.2*) *determinará el final de dicha protección*. Así pues, los actos difamatorios o de explotación de la intimidad o la imagen del fallecido realizados *con posterioridad al fallecimiento de la última persona física* designada por testamento (o por el art. 4.2) no constituirán actos ilícitos con arreglo a la LO 1/1982.

En cambio, para el supuesto de que el sujeto designado por el testador sea una persona jurídica (y también para el supuesto en que la legitimación activa corresponda al Ministerio Fiscal, *ex art. 4.3*) el legislador decidió limitar temporalmente la protección *post mortem* mediante la fijación de un plazo de 80 años, de modo que en esos casos dichos sujetos solo podrán

la lesión dentro de este periodo, comienza a correr el plazo de cuatro años para promover la tutela judicial (art. 9.5).

2.º - En segundo lugar, y subsidiariamente, a falta de designación testamentaria (o siendo esta inválida) o habiendo muerto (o renunciado al encargo) la persona designada, la legitimación para accionar la ostentan determinados *familiares* del fallecido –no necesariamente *herederos* del mismo, lo que viene a excluir la tesis de la «transmisión *mortis causa*» (como resalta la SAP Barcelona 24 julio 2013 [AC 2013\1662] y desarrollan en la doctrina, entre otros, HUALDE,⁴⁶ COBAS COBIELLA,⁴⁷ SALVADOR CODERCH⁴⁸ y, con lujo de argumentos, VENDRELL CERVANTES⁴⁹)–.

reaccionar en defensa de la memoria del fallecido si los actos lesivos se produjeron dentro de los 80 años posteriores al fallecimiento de este último.

Repárese, pues, en que el plazo de 80 años de protección *post mortem* –inaplicable a las personas físicas– no es un plazo que juegue en todo caso, por lo que podría suceder (aun siendo difícil) que la vida de uno de los descendientes del fallecido llegara a superar el periodo de 80 años fijado para las personas jurídicas y para el Ministerio Fiscal.

⁴⁶ HUALDE: «La protección *post mortem*...», 2008, p. 111.

⁴⁷ COBAS COBIELLA, M.ª E.: «Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Tratamiento jurisprudencial del tema», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. –coord.–: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 308, 313.

⁴⁸ SALVADOR CODERCH, P.: «El título de heredero» (Discurso de contestación al Discurso de investidura de Juan B. Vallet de Goytisolo en su investidura como Doctor Honoris Causa en la Universidad Autónoma de Barcelona), en *RDN*, enero-marzo 1985, pp. 421-423. A fin de realzar las principales diferencias entre la posición del heredero y el mecanismo de protección de la personalidad pretérita en la LO 1/1982, afirma este autor que el «causante pierde todos sus derechos y bienes (incluidos los de la personalidad) con su muerte. El único titular de sus posiciones jurídicas personales pero transmisibles *mortis causa* es entonces, salvo disposición específica de la ley que las atribuya a otra persona o personas, el heredero». En cambio, la LO 1/1982, en el caso de que el titular no hubiese designado testamentariamente a la persona legitimada para ejercitar las acciones defensivas tras su fallecimiento, «no da entrada al heredero, sino a «el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento»». Además, la Ley «configura la posición de la persona designada en el testamento como un puro curador de la memoria del causante que no va a lucrarse con el ejercicio de su función... El causante designa al eventual curador de su memoria, pero no al beneficiado por el ejercicio de las acciones correspondientes [ex art. 9.4]. Esto último lo hace genéricamente la propia Ley y lo concreta la sentencia judicial. La decisión del causante se mueve así en el ámbito de la pura cualidad personal al margen de todo contenido económico. *Estamos así en las antípodas de la institución de heredero*».

Vid. en la misma línea, p. ej. RUBIO GARRIDO, T.: «Com. art. 659 CC», en *Comentarios al Código Civil*, dir. por R. BERCOVITZ, IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5051.

⁴⁹ VENDRELL CERVANTES: «La protección jurídica de los intereses morales de la personalidad tras la muerte del titular», en *El mercado de los derechos...*, 2014, pp. 472-487 (BIB\2015\5358). En su magistral monografía, el autor desarrolla pormenorizadamente la tesis de la intransmisibilidad *mortis causa* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, explicando el mecanismo de funcionamiento –diferente al de la transmisión hereditaria– de la protección *post mortem* de la memoria o personalidad pretérita. A tal fin, comienza por el estudio de la inaplicabilidad en este terreno de las reglas generales de la sucesión *mortis causa* en la doctrina y en la jurisprudencia foráneas (con especial atención a la francesa y la alemana, aunque dando también cuenta de las experiencias italiana y portuguesa). Seguidamente pone en evidencia cómo, ya con anterioridad a la regulación positiva de los derechos de la personalidad en el ordenamiento español por la LO 1/1982, los principales estudiosos del tema (GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «Imagen (derecho a la propia)», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. XI, Barcelona 1979, p. 337; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976, p. 103) se decantaron por la construcción jurídica de la protección *post mortem* de tales derechos de la personalidad desde pautas distintas al fenómeno transmisivo *mortis causa*. A partir de esos antecedentes, VENDRELL analiza con detenimiento la articulación por la LO 1/1982 de la protección jurídica de la memoria del fallecido desvinculándola de la idea de transmisión hereditaria y explicando con detalle, al hilo de la naturaleza jurídica de la tutela *post mortem* del honor, la intimidad y la propia imagen –derechos extinguidos con la muerte de su titular–, que la atribución *ex lege* de legitimación activa a determinadas personas para ejercitar acciones contra actos lesivos acaecidos tras el fallecimiento se funda, expresado aquí muy resumidamente, en la protección de un bien jurídico, creado *ex novo* por el legislador, consistente en la *memoria del fallecido*, entendida esta como una prolongación de su personalidad más allá del fallecimiento y de su extinción (pp. 487-493). Como escribe el citado autor, «las personas legitimadas para ejercitar las acciones de protección no adquieren dicha legitimación en su condición de herederos del fallecido, sino como curadores de la memoria de este y sobre la base de una posición jurídica creada *ex lege* con este concreto propósito».

También enfatizan esas ideas, p. ej. YSÁS SOLANES: «La protección a la memoria del fallecido...», en *Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, VI, 1988, p. 802; y ALONSO, «La protección de la personalidad pretérita...», 2004, pp. 119-121.

Esos familiares son, en concreto, «*el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento*», tal como señala el art. 4.2 LO 1/1982.

El precepto, amén de imponer como condición esencial para estar legitimado la *sobrevivencia* al tiempo del fallecimiento de la persona titular del derecho lesionado, enumera ese generoso elenco de familiares como un *numerus clausus*, quedando pues excluidos otros parientes distintos (primos, tíos, sobrinos, cuñados, etcétera), por muy vinculados que se encuentren en los sentimientos y afectos al difunto⁵⁰.

Numerosas son las muestras que ofrece la praxis judicial del ejercicio de las acciones en cuestión por unos u otros de dichos familiares legitimados: así, a título de ejemplo, la STS Sala 1.ª 26 enero 1998 (RJ 1998/109), relativa a la acción que *el hermano* de un sacerdote pasionista fallecido interpuso en defensa del derecho al honor del finado, por insinuarse veladamente en un reportaje periodístico su conducta defraudadora y cuestionarse la legalidad de sus adquisiciones patrimoniales;⁵¹ la STS Sala 1.ª 21 diciembre 1994 (RJ 1994/9775)⁵² en el caso de «La Chulapona» –demanda interpuesta *por la hija* de la difunta cantante de zarzuela–;⁵³ la SAP Madrid 4 febrero 1998 (AC 1998\4962), también sobre la legitimación activa del *hijo* del afectado, fallecido antes de la publicación satírica de su imagen en un semanario;⁵⁴ la SAP Guipúzcoa 27 julio 2004 (JUR 2004\293409), igualmente sobre la acción ejercitada

⁵⁰ Vid. ALONSO PÉREZ, M.: «Daños causados a la memoria del difunto...», <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>, p. 21.

⁵¹ El TS entendió en este caso que no se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del difunto, ya que «al sacerdote fallecido no se le imputa ninguna conducta afrentosa o vejatoria en el artículo periodístico que publicó en agosto de 1990 el diario *La Voz de Galicia*. Simplemente se califica de «enigma» el modo en que aquel incrementó sus bienes propios, sobre los heredados, pese a que gran parte de su vida ostentó la condición de «pasionista», o sea, miembro de una orden o congregación religiosa que, especialmente, exigía la observancia del «voto de pobreza». Sean más o menos maliciosas las cábalas o conjeturas que unos datos de tal índole puedan suscitar..., lo que no puede decirse es que, por virtud de tales posibles elucubraciones, la noticia, en sí misma, tenía por finalidad lesionar o perjudicar el honor del finado».

⁵² Vid. su comentario por MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «Utilización ilícita de la imagen de actriz fallecida con fines publicitarios y comerciales (Comentario a la STS de 21 de diciembre de 1994)», *CCJC*, n.º 37, enero-marzo 1995, pp. 395-405.

⁵³ En este asunto, el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música (dependiente del Ministerio de Cultura) había editado y distribuido, con ocasión de la reposición de la zarzuela *La Chulapona* en 1988, unos carteles publicitarios que reproducían la imagen fotográfica de la soprano Selica Pérez Carpio tal como aparecía en los carteles utilizados para el estreno de la misma obra en 1934. Su hija y heredera demandó al Ministerio de Cultura al entender que dicho uso exigía su consentimiento y solicitó una indemnización de 10000000 de pesetas. El TS confirmó la desestimación de la demanda porque, si bien se había usado de forma no autorizada la imagen de la fallecida, dicho uso no era lesivo de su memoria: *no supuso en forma alguna* –declaró el TS– «una representación grotesca, insultante, ridícula, soez, difamatoria o degradante de la misma, ni en cualquier manera desdoro para su figura y de su bien ganado y reconocido prestigio escénico, pues, más bien, se le hizo de este modo homenaje y reconocimiento de sus acreditados méritos... con lo cual su fama no menguó para nada, sino que, al contrario, se acrecentó, y de esta manera revivió en la memoria de las gentes y vino a producir homenaje a su recuerdo».

En sentido crítico con dicho pronunciamiento, vid. VENDRELL: «La protección jurídica de los intereses patrimoniales de la personalidad tras la muerte del titular», en *El mercado de los derechos...*, 2014, pp. 512-513 (BIB\2015\5358), quien pone en evidencia el riesgo de que tan sorprendente argumento –que la explotación no autorizada constituía un «homenaje y reconocimiento» al efigiado– pudiera convertirse en una causa de justificación de buena parte de las explotaciones comerciales de la imagen de personajes fallecidos de notoriedad pública.

⁵⁴ Igualmente fue *el hijo* del fallecido quien, en el asunto resuelto por la SAP Madrid 27 enero 2016 (AC 2016\413), entabló acción en defensa de los derechos al honor y la intimidad de su padre, al que en la crónica publicada por un diario digital se le calificó como «cornudo y apaleado»; calificativos que la Sala consideró gravemente ofensivos y atentatorios contra la memoria del difunto (pese a que los apelantes habían aducido que se trataba sin más de una expresión coloquial no constitutiva de insulto o injuria).

Asimismo, en el litigio objeto de la SAP Ciudad Real 24 mayo 2005 (AC 2005/1049), fue el *hijo* del finado quien demandó a la editora de un diario local por la publicación de un reportaje sobre la soledad que padecen muchas personas mayores en el que se reproducía la imagen de su padre. La Audiencia entendió aquí que, dado que la fotografía había sido captada en un establecimiento público y no se hacía mención alguna a la identidad de la persona fotografiada –que, además, aparecía «sin rostro»–, sin que tampoco se realizase en el reportaje comentario personal alguno que supusiera la menor afrenta a la memoria del difunto, no se había producido ninguna intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen.

por la *hija* del finado frente a la utilización de la imagen de este, tanto en los envases de un producto (café) comercializado por la entidad mercantil demandada, como en los reportajes de TV emitidos en la campaña publicitaria de dicho producto;⁵⁵ y la STS Sala 1.ª 23 mayo 2003 (RJ 2003/3593) –acción ejercitada por el *cónyuge*–,⁵⁶ en relación a un accidente de circulación a consecuencia del cual el conductor de un vehículo quedó aprisionado, falleciendo pocos días después; accidente cuya retransmisión televisiva se ocupó especialmente de mostrar, morbosamente, el rostro agonizante del fallecido. Demandada la cadena TeleMadrid *por la viuda*, consiguió esta una indemnización de tres millones de pesetas por el daño moral sufrido y en atención a que los fotogramas relativos al accidentado no podían en modo alguno considerarse accesorios de la noticia principal.⁵⁷

Por terminar este elenco de casos con dos bien recientes, valga hacer mención del resuelto por la STS Sala 1.ª 1 junio 2016 (RJ 2016/2323) –acción ejercitada (infructuosamente) por el *padre* de un recluso contra el periódico que había publicado que la muerte de su hijo se había debido «supuestamente a una sobredosis de droga, a la espera de los resultados definitivos de la autopsia»–; o del asunto objeto de la STS Sala 1.ª 20 abril 2016 (RJ 2016/1343), donde *la hija* del fallecido –que en la guerra civil española había abandonado el ejército republicano y luego había presidido una junta municipal durante el franquismo– interpuso demanda de protección del derecho al honor de su difunto padre contra el autor del libro titulado «*Del mito a la historia: guerrilleros, maquis y huidos en los montes de Cantabria*» (así como contra la Universidad de Cantabria, editora de la obra); demanda que fue desestimada porque, si bien en el libro se calificaba al militar de «*chaquetero*», el Alto Tribunal entendió que tal calificación entraba dentro del ámbito de la libertad de expresión en la investigación histórica.⁵⁸

Especial énfasis hizo la SAP Madrid 9 febrero 2015 (AC 2015/328) en el reconocimiento a la *hija* de legitimación activa para accionar en defensa de la memoria de su padre fallecido, legitimación frente a la cual los demandados se habían opuesto (sin éxito) en las alegaciones de su recurso.

Entre otros casos de ejercicio de esas acciones *post mortem* por el hijo del finado, *vid.* la SAP Toledo 8 marzo 2002 (JUR 2002\120198).

⁵⁵ Por su parte, la SAP Jaén 15 enero 2007 (AC 2007/1594) condenó a Canal Sur Televisión por la emisión de dos programas de investigación sobre «las caras de Belmez» en los que se usó, deformó, distorsionó y transformó, sin autorización, la fotografía de las caras de varios familiares ya fallecidos de la demandante –en concreto, de sus *padres y hermanas*–, con la consiguiente *vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen de aquellos*.

⁵⁶ También fue *la viuda* quien promovió la demanda en defensa de la memoria de su difunto esposo en el asunto resuelto por la STS Sala 1.ª 28 mayo 2004 (RJ 2004/3977). Publicada por un diario canario la noticia de una muerte en una playa con publicación de la fotografía y del nombre, apellidos y domicilio del fallecido, tanto el juez *a quo* como la Audiencia Provincial habían apreciado intromisión ilegítima en el derecho al honor e intimidad de aquel, indemnizando por daño moral a su esposa. Sin embargo, el TS declaró haber lugar al recurso de casación al entender que la noticia, lejos de estar dirigida a alimentar una curiosidad malsana, presentaba relevancia e interés público (tanto por su referencia a los eventuales peligros de los baños en el mar, como por su información sobre la actuación de los servicios de urgencia).

⁵⁷ Al hilo de la legitimación del *cónyuge viudo* cabe traer a colación, en la jurisprudencia comunitaria, el Auto del TJUE (Sala Quinta) de 12 julio 2016 (TJCE 2016\279) que, en el caso *Ana Pérez Gutiérrez contra Comisión Europea*, confirmó la desestimación de la pretensión de la recurrente de obtener una indemnización por los daños sufridos debido a *la utilización no autorizada de la imagen de su difunto esposo como fotografía para las advertencias sanitarias que deben figurar en los envases de tabaco*; desestimación que asimismo se extendió a la solicitud por la viuda de la retirada de la (hipotética) imagen del fallecido y de la prohibición de su utilización en la Unión Europea. Tras varias reclamaciones, la Comisión había llevado a cabo una serie de verificaciones de las que concluyó que tenía «la certeza de que la persona que aparecía en la fotografía no era el Sr. Jacquemyn [el difunto marido de la demandante]», aduciendo además que, si bien cabe reconocer que podían parecerse, «ese parecido no otorgaba ningún derecho a la demandante ni la autorizaba a reclamar una indemnización por daños y perjuicios». Centrado principalmente el recurso en el tema de la valoración de la prueba, el Tribunal de Justicia entendió que, a la vista de las fotografías y las explicaciones facilitadas por la Comisión Europea, la tesis mantenida por esta de que «*la fotografía controvertida fue creada tras varias sesiones fotográficas en las que se llevó a cabo una escenificación con un modelo contratado al efecto*, resulta manifiestamente más verosímil y lógica que defender –como pretendía la viuda– que se trataba de una fotografía de su esposo con numerosos añadidos y retoques».

⁵⁸ Asimismo la STS 28 enero 2004 (RJ 2004\568) desestimó la acción interpuesta por la *hija* del fallecido al considerar la Sala 1.ª que el libro sobre la historia de un pueblo en el que se aludía a la participación del padre de la actora en el asesinato de un sacerdote durante la Guerra Civil no vulneraba el derecho al honor de aquel, ya que se trataba de «una obra de divulgación histórica, en la que no se pueden aislar páginas de la narración, que no responde a otro interés que al histórico en su vertiente de divulgación y no a una intención ofensiva para la memoria» del difunto. *Vid.* en la misma línea la SAP Islas Baleares 30 enero 2006 (AC 2006\252).

Interesa ahora advertir, en relación con esa pluralidad de familiares diversos que señala el art. 4.2 de la LO 1/1982, que no hay entre ellos orden alguno de preferencia sino que su legitimación es indistinta y solidaria, de tal forma que *cualquiera de tales parientes* podrá recabar la protección del derecho del fallecido (art. 5.1); opción del legislador de no establecer un orden de prioridad entre unos y otros que ha recibido no pocas críticas doctrinales por los notables conflictos de intereses que puede generar.⁵⁹

Al margen de la posibilidad de ejercicio *individualizado* de la defensa de la memoria del difunto por cualquiera de los referidos familiares,⁶⁰ tampoco faltan casos en que la acción es entablada *conjuntamente* por varios de ellos. A veces, por los dos *progenitores* –tal como ocurrió en la STS Sala 1.ª 24 junio 1994 (RJ 1994/5326), sobre la demanda interpuesta *por los padres* de la fallecida, tildada de «drogadicta» en un programa televisivo y diversos medios de prensa escrita (cuando dicha información no era veraz); o en la SAP Tarragona 28 febrero 2006 (AC 2006/1945), que indemnizó por daño moral a *los padres* del difunto por la publicación en el periódico *El Mundo* de una noticia en la que se calificaba al joven de «asesino», imputándole el asesinato de su novia y su posterior suicidio con un vehículo matando a otras tres personas, información que, carente de veracidad, tenía suficiente carga vejatoria para reputarse un ataque ilegítimo contra el derecho al honor del fallecido–.⁶¹ Otras veces, la acción es promovida por *los hermanos* del finado –así, la STS Sala 1.ª 19 septiembre 2008 (RJ 2008/5528) conoció de la demanda que las *tres hermanas* de un joven fallecido en un accidente de parapente interpusieron por la reproducción de la imagen del cadáver a través de una fotografía del momento del rescate que mostraba al difunto «izado por una grúa, con el torso desnudo, los brazos rígidos y abiertos y el rostro desfigurado», indicándose en el reportaje periodístico la identidad de dicho joven–.⁶² En otras ocasiones, la acción es ejercitada por *los hijos* del fallecido (ya por todos ellos, ya por algunos): ejemplo de lo primero es la clásica SAT Madrid 23 julio 1985, que estimó la demanda que, por la publicación en la revista *Interviú* del reportaje difamatorio sobre «el escándalo de los aviones sabuesos», interpusieron *los hijos* del fallecido ministro de Asuntos Exteriores Alberto Martín Artajo –demandantes a los que el tribunal consideró «guardianes de la memoria y reputación de su padre fallecido»–.⁶³ Muestra del ejercicio de las acciones de protección civil de la memoria del difunto por varios de sus hijos (sin actuar otros de ellos como demandantes) es la STS Sala 1.ª 16 diciembre 2013 (RJ 2013/7840), que conoció de la demanda interpuesta por *F. y C. Rivera Ordóñez*, dos de los tres hijos de la fallecida, en defensa de la memoria de su popular madre (Carmen Ordóñez) por la emisión en Antena 3 de un programa televisivo (*Dónde estás corazón*) en el que se atribuyó a aquella su adicción a las drogas (en especial a la cocaína)⁶⁴ y se insinuó y especuló sobre la posibilidad de que alguien la hubiese matado.⁶⁵

⁵⁹ Entre otras, las de ALONSO: «La protección de la personalidad pretérita...», 2004, p. 125; y HUALDE: «La protección *post mortem*...», 2008, p. 123.

⁶⁰ En tal caso YSÁS SOLANES («La protección a la memoria del fallecido...», en *Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, VI, 1988, p. 789) defiende la conveniencia de que los que no hayan ejercitado la acción sean llamados al proceso en cuanto pueda afectarles la resolución recaída.

⁶¹ Por su parte, la SAP Valencia 27 octubre 2006 (AC 2007/733) desestimó la acción ejercitada por *los padres* del fallecido, quienes alegaron sin éxito la intromisión ilegítima en el derecho al honor de su hijo a causa de la publicación por un diario levantino de la noticia que informaba (verazmente) de que se había encontrado en la vivienda familiar el cadáver de un joven –cuya identidad no fue publicada– en unas circunstancias que apuntaban a su *muerte por sobredosis*.

⁶² El Alto Tribunal entendió en este caso que, «por muy desgarradoras que sean las fotografías (que lo son en grado sumo), es lo cierto que por su contenido no solo no son infamantes o irrespetuosas con la persona afectada, sino que tampoco es posible inferir un ánimo retorcido en quien las difunde», por lo que se desestimó la existencia de una intromisión ilegítima en los derechos a la propia imagen y a la intimidad del fallecido.

⁶³ En célebre expresión asumida luego por SALVADOR CODERCH, P.: *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 36-37; y ALONSO PÉREZ, M.: «Daños causados a la memoria del difunto...», <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>, pp. 8 y 13.

⁶⁴ *Vid.* también al respecto la STS 4 diciembre 2013 (RJ 2013/910).

⁶⁵ Por su parte, la SAP Madrid 21 octubre 2009 (AC 2010/243) –confirmada parcialmente por la STS Sala 1.ª 12 diciembre 2011 (RJ 2012/3523)– estimó la demanda interpuesta por las *dos hijas* de dos personajes públicos fallecidos (*Lola Flores* y *El Pescaílla*) ante la divulgación morbosa en varios programas televisivos de Tele 5 de datos privados sobre la vida personal y de pareja de sus difuntos padres, aludiendo a sus infidelidades, la afición de ambos a la bebida y al juego y la existencia de hijos extramatrimoniales del padre. Ya con anterioridad, la SAP Madrid 28 noviembre 2006 (AC 2007/1101) había indemnizado por daño moral a las dos mismas hijas de esos dos conocidos personajes por intromisión en su derecho a la

Tampoco faltan casos en que la acción es ejercitada de forma conjunta por *padres y hermanos* del fallecido. Así se aprecia en la SAP Cáceres 26 abril 2004 (JUR 2004/147675), que estimó la demanda interpuesta por *la madre y el hermano* de una persona cuya muerte violenta en la vía pública fue objeto de una noticia periodística en la que se identificaba innecesariamente al fallecido señalándose que el mismo era «toxicómano y seropositivo». Y también la SAP Madrid 25 enero 2012 (AC 2012/300) acordó estimar la acción ejercitada por *la madre y los dos hermanos* de un joven arrollado por un tren e indemnizarles en concepto de daño moral al apreciar la vulneración del derecho a la imagen de aquel por la publicación periodística en *El Correo Gallego* de la fotografía del cadáver tras el luctuoso suceso, con la «*cara desfigurada y el cuerpo mutilado, mostrando vísceras*» del fallecido.⁶⁶

Especialmente frecuente es que las acciones *post mortem* previstas por la LO 1/1982 en defensa de la memoria del fallecido sean interpuestas conjuntamente por su *cónyuge viudo e hijos*.⁶⁷ Así lo refleja la STS Sala 1.ª 12 noviembre 2014 (RJ 2014/5908), donde *la viuda y los dos hijos del fallecido* demandaron una indemnización –que fue estimada– por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de su marido y padre, respectivamente, pues en el reportaje periodístico sobre el incendio en que ocurrió el deceso se publicaba en gran tamaño una foto mostrando el cuerpo semidesnudo de aquel, tendido en el suelo ya sin vida, junto a diversos datos del mismo (nombre y apellidos, edad, profesión, estado civil, etcétera); fotografía y datos del difunto que se reputaron innecesarios, prescindibles y desproporcionados para ilustrar e informar de la noticia del incendio y de la muerte de una persona anónima. Igualmente la STS Sala 1.ª 24 septiembre 2014 (RJ 2014/4843) –confirmatoria de la SAP Madrid 30 septiembre 2011 (AC 2011/2217)– estimó las acciones declarativas, de cesación e indemnizatorias ejercitadas por *la mujer y las tres hijas* de Félix Rodríguez de la Fuente, al apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del conocido divulgador ambientalista; honor del fallecido que fue vulnerado, en su faceta profesional, mediante la emisión por la Cadena Tele Cinco, en el programa *Aquí hay tomate*, de un reportaje titulado «El misterio de Félix» en el que se afirmaba, haciendo desmerecer y denigrando la calidad y credibilidad de su trabajo, que en sus rodajes el naturalista utilizaba «artimañas» y burdos montajes con animales previamente preparados (de modo que

intimidad, así como en defensa de la memoria de sus padres fallecidos, por razón de los comentarios vertidos en una tertulia emitida en aquella misma cadena de televisión en relación con «el carácter, vida íntima y familiar, sexual y sentimental del matrimonio».

Otro ejemplo de ejercicio por parte de los *hijos* del fallecido de la acción de defensa *post mortem* de su memoria ofrece la SAP Asturias 7 julio 2004 (AC 2004/1182), según la cual se produjo una intromisión ilegítima en el derecho al honor del padre de los tres demandantes como consecuencia de la publicación por el autor demandado de un libro (titulado «Casa Hilario y otras Casas del Rellón y La Fanosa») en el que *se imputaba al difunto, con base en rumores populares* carentes de refrendo serio, *la paternidad extramatrimonial de otro hijo*; imputación que «incide negativamente en la fama o buen nombre del imputado, sin que su divulgación pueda estimarse justificada por razones de interés general, históricas, científicas o culturales y sin que el aludido fuese persona de relevancia pública alguna».

⁶⁶ Vid. igualmente SAP Madrid 14 mayo 2012 (AC 2012/475).

⁶⁷ Mención especial a ese respecto merece la STS Sala 1.ª 2 julio 2004 (RJ 2004/5341) que, confirmando la SAP Alicante de 27 junio 2000 (JUR 2000/270377) –estimatoria de la acción ejercitada por el *viudo y los tres hijos* de la fallecida–, llega a declarar que «*no se entiende el empeñamiento de la parte recurrente en la excepción de falta de legitimación activa*, opuesta en la contestación a la demanda y mantenida en la apelación, pues la norma rectora de la legitimación activa para demandar la protección civil del derecho al honor es el artículo 4 de la LO 1/1982, que expresamente faculta para el ejercicio de las acciones reconocidas a la misma a quien aparezca designado en el testamento de la persona fallecida y, en su defecto, *al cónyuge, descendientes*, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento». Desde esa premisa, el Alto Tribunal condenó al redactor de un periódico, su director y la sociedad editora del mismo por intromisión ilegítima en el derecho al honor de una ciudadana alemana sobre cuya muerte violenta en un pueblo de la costa levantina se había publicado una noticia en la que *se relacionaba a la fallecida con la prostitución de alto nivel* (dato este que, a juicio del TS, carecía del requisito de suficiente veracidad, pese a que los demandados habían aportado, para acreditar que dicha información sí era veraz, «datos de las diligencias policiales sobre la casa de masajes de la víctima, sus anuncios en prensa y la concertación de citas por teléfono; las licencias fiscales de actividad aportadas por la propia parte demandante en el período probatorio de una declinatoria suscitada en el proceso, acreditando que en el salón de belleza de la fallecida se ejercía también actividad de bar de tercera categoría por el cual se pagaba un suplemento de hospedaje, máquinas recreativas y vitrinas de música grabada; y en fin, la declaración del propio acusado y condenado por el asesinato de la esposa y madre de los demandantes, manifestando que esta anunciaba en la prensa encuentros de parejas y fiestas nudistas en su casa y que en la localidad se decía de ella que era la prostituta más cara»).

algunas escenas de sus documentales se habían grabado con lobos y conejos en los alrededores de un hotel o que en una habitación del mismo se había filmado una escena con conejos y nieve).⁶⁸

3.º - En último término, y a falta de todos los sujetos que anteriormente se han mencionado, el ejercicio *post mortem* de las acciones previstas en la LO 1/1982 corresponderá, *ex art. 4.3*, al *Ministerio Fiscal*,⁶⁹ que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, pero siempre que –como ya se anticipó– no hubiesen transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. Este límite temporal, aunque en línea de principio suele considerarse razonable,⁷⁰ algún autor considera que no hay razones de peso para mantenerlo (piénsese, por ejemplo, en personas verdaderamente célebres e ilustres cuya memoria puede verse ultrajada un siglo después de su muerte), abogando, en consecuencia, por su supresión.⁷¹

⁶⁸ Entre otros muchos casos de reconocimiento de la legitimación activa al cónyuge viudo e hijos del finado, además de los que se recogen en el texto, cabe hacer mención de los siguientes. En el asunto resuelto por la SAP Málaga 17 marzo 1993 (AC 1993\264) se concedió a *la viuda y los dos hijos del fallecido* cuatro millones de pesetas en concepto de indemnización como consecuencia de la publicación en el «Diario de la Costa del Sol» de la fotografía de un ahorcado (el cónyuge y padre de los actores); fotografía –en la que el fallecido era claramente reconocible, informándose además de que se llamaba Antonio J. E.– que aparecía en la portada en grandes dimensiones y, con formato más reducido, en las páginas interiores del diario relativas a los sucesos. Entendió en este caso la Audiencia que la imagen ciertamente patética del suicidio, cuando el finado aún pendía de la cuerda, era completamente innecesaria, máxime teniendo en cuenta su ubicación y dimensiones, así como la nula proyección pública del fallecido y su familia.

También *la viuda y las dos hijas* del finado fueron las demandantes en el pleito zanjado por la STS Sala 1.ª 20 mayo 2015 (RJ 2015/2255) –que confirmó parcialmente la SAP Orense 20 junio 2013 (JUR 2013/248230)–. Se declaró en este caso la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor por la publicación en la revista *Interviú* de un reportaje donde se relataba que el ahora fallecido, multimillonario tras ganar en su día un importante premio en la primitiva, se había arruinado en cinco años por su vida disipada, su afición al juego y la prostitución (incluso con mujeres de corta edad) y había terminado suicidándose pegándose un tiro.

Asimismo, fueron *la mujer y los cuatro hijos* del difunto quienes interpusieron acciones en defensa *post mortem* de su derecho al honor en el asunto objeto de la STS 14 julio 2004 (RJ 2004/4951). A juicio de la Sala 1.ª, la difusión por la Cadena SER de noticias acerca del golpe del 23-F en las que se relacionó, de modo sutil pero suficientemente directo y expresivo, al fallecido periodista con dicho intento golpista tuvieron un contenido vejatorio contra ese compañero de profesión y supusieron un ataque a su prestigio y dignidad. Sin embargo, dicha sentencia fue declarada nula por la STC 4 octubre 2010 (RTC 2010/50) que, otorgando el amparo solicitado por la Cadena SER (por vulneración de los derechos a comunicar libremente información veraz y a la libertad de expresión [art. 20.1 a) y d) CE]), consideró que el programa radiofónico en el que se insinuó la cercanía ideológica del periodista fallecido con los participantes en el golpe de Estado no representó un ataque al honor del mismo, pues las declaraciones y palabras vertidas no podían ser tachadas de humillantes o injuriosas a la vista del fragor del debate y se trató de un intercambio de opiniones entre periodistas que no excedió de los límites constitucionales tolerables en un debate público.

También la STS 15 julio 2005 (RJ 2005/9239) –confirmatoria de la SAP Madrid 29 mayo 2001 (JUR 2001\251973)– desestimó la acción ejercitada por *la mujer e hijos* del fallecido contra TeleMadrid al entender el TS que no se produjo una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del finado por la difusión en televisión de las imágenes que mostraban la extracción de su cuerpo inerte y ensangrentado de la cabina del camión que conducía y su introducción en el furgón de los servicios judiciales, tras haber sido envuelto en «papel» apropiado. Según argumentó la Sala 1.ª, la imagen del conductor fallecido, además de aparecer fugazmente y de forma difusa (sin identificarse con nitidez el rostro del sujeto), era accesoria de la información sobre el caos y colapso en el tráfico de Madrid que había producido el accidente y de la intención del programa de hacer reflexionar acerca de los riesgos de la circulación.

Por su parte, la SAP Madrid 24 marzo 2006 (AC 2006/809) –confirmada por la STS Sala 1.ª 16 octubre 2009 (RJ 2009/5579)– consideró acreditada la intromisión ilegítima en los derechos al honor e intimidad del *fallecido Barón Thyssen*, al que en varios artículos publicados por la revista *Tiempo* se le tildó de *alcohólico*, estimando el tribunal la acción indemnizatoria ejercitada por *la esposa y el hijo* del mismo.

De igual modo, la SAP Madrid 15 junio 2004 (AC 2004/1634) acordó indemnizar por daño moral a *la viuda y la hija* de un instructor de autoescuela de la localidad leonesa de Villablino por la intromisión ilegítima en el derecho al honor del fallecido que supuso la falsa imputación en un programa de televisión de que había mantenido y ocultado una relación sentimental con una joven vecina que había sido su alumna en la autoescuela en la que aquel impartía clases de conducir.

⁶⁹ Vid. SAP Barcelona 24 julio 2013 (AC 2013\1662).

⁷⁰ Vid. ROVIRA: «Daños a los derechos de la personalidad...», en *Lecciones...*, 2013, p. 559.

⁷¹ Vid. YZQUIERDO: «Daños a los derechos de la personalidad...», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, III, 4.ª ed., 2008, p. 1159.

Conviene además aclarar que, tal como precisa la doctrina,⁷² el Ministerio Fiscal estará legitimado para accionar solo «a falta de todos ellos» –según reza textualmente la ley–; es decir, cuando *no exista* ninguna de aquellas otras personas mencionadas con anterioridad por el art. 4 (ni sujetos designados testamentariamente por el causante, ni tampoco parientes legitimados),⁷³ pero no cuando, existiendo alguno o varios de ellos, *no deseen* actuar. Aun prevista la legitimación del Ministerio Fiscal con este carácter subsidiario, es opinión unánime el acierto del legislador al encomendarle la protección de la *memoria defuncti*, puesto que –en palabras de ALONSO PÉREZ–⁷⁴ «representa el *interés público* en mantener incólume el buen nombre de los que nos precedieron en el curso de la vida».

A modo de colofón de las notas que muy simplificada hemos dedicado a la defensa civil *post mortem* de los derechos al honor, la intimidad o la imagen de la persona, y aun obviando el delicado asunto de si las personas legitimadas a tal efecto pueden *consentir* y *autorizar* a terceros para que publiquen la imagen o los datos de la vida privada del fallecido y neutralizar así la eventual lesión a su memoria,⁷⁵ conviene dejar constancia de que –según advierte al respecto GARCÍA RUBIO–⁷⁶ el

⁷² Vid. p. ej. ALONSO: «La protección de la personalidad pretérita...», 2004, p. 126; Díez-Picazo, L., Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil*, I, Tecnos, Madrid, 12.ª ed., 2012, p. 343; YZQUIERDO: «Daños a los derechos de la personalidad...», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, II, 2008, p. 1159.

⁷³ Al supuesto de que no exista ninguna de dichas personas, añade con buen criterio VENDRELL («La protección jurídica de los intereses morales...», en *El mercado de los derechos...*, 2014, pp. 485-486 [BIB\2015\5358]) el caso de que esas personas hayan fallecido sin poder interponer las acciones pertinentes, o el de que tales personas carecieran de la capacidad natural para ejercitarlas.

⁷⁴ ALONSO PÉREZ, «Daños causados a la memoria del difunto...», <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>, pp. 12 y 23.

⁷⁵ Sobre este particular, la doctrina mayoritaria sostiene que las personas legitimadas para defender la memoria del fallecido solo pueden *realizar actividades conservativas o defensivas, pero no pueden prestar un consentimiento para la intromisión* (si el titular del derecho no lo otorgó en vida). Vid. en este sentido, p. ej. YSÁS SOLANES: «La protección a la memoria del fallecido...», en *Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, VI, 1988, p. 802; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ: «El contenido no patrimonial de la herencia: los derechos al honor...», *RdP*, n.º 15, 2005, pp. 64-65; y BODAS DAGA, M.ª E.: *La defensa «post mortem» de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 132.

Frente a esa opinión dominante, no faltan, sin embargo, otros grandes especialistas en la materia para quienes los sujetos con legitimación activa para entablar *post mortem* acciones de defensa de la memoria del fallecido (*ex art. 4 LO 1/1982*) están también *legitimados para consentir o autorizar el uso o explotación de la imagen o datos de la vida privada del difunto*. Así lo defienden GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 119-120; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 35 (concretamente, en relación con el consentimiento de los familiares en la intromisión en la intimidad del autor o destinatario fallecido de cartas que contienen datos íntimos de este); MARTÍNEZ ESPÍN: «Utilización ilícita de la imagen de actriz fallecida...», *CCJC*, n.º 37, 1995, pp. 402-403, al hilo de su comentario a la STS de 21 diciembre 1994 (RJ 1994/9775) en el caso de «La Chulapona»; y VENDRELL: «La protección jurídica de los intereses morales de la personalidad tras la muerte del titular», en *El mercado de los derechos...*, 2014, pp. 505-508 (BIB\2015\5358), quien da cuenta de diversas resoluciones judiciales que muestran el encaje normativo dentro de la LO 1/1982 de la posibilidad del referido consentimiento o autorización. Así, en la SAP Asturias de 17 febrero 2010 (JUR 2010/146388) se admitió la validez del *consentimiento de la viuda* del dirigente comunista Horacio Fernández Inguanzo (1911-1996) para que el nombre de este fuera utilizado en la denominación y actividades de una fundación; consentimiento que excluyó la ilicitud de esos usos reprochada posteriormente en los tribunales por la viuda. Un ejemplo más ofrece, en una interpretación *a sensu contrario* de su FD 5.º, la citada SAP Guipúzcoa de 27 julio 2004 (JUR 2004\293409) –referente a la pretensión de explotación comercial y publicitaria (para una marca de café) de la imagen de una persona fallecida, para la que se contó con el consentimiento de algunos familiares, pero no con el de la hija–, pues según puede leerse en dicho pronunciamiento «de ninguna manera puede ser utilizada la imagen del fallecido por un familiar, sin el consentimiento del resto de los familiares que tienen reconocida la facultad de proteger la imagen, el honor y la intimidad de su ser querido y que, pudiendo sentir herida su sensibilidad por una determinada utilización de la imagen del mismo, pueden oponerse a ella y negar a ese familiar el consentimiento que el mismo precisa, consentimiento que por tal motivo les ha de ser solicitado». También es ilustrativa en el sentido apuntado la STS Sala 1.ª 29 junio 2004 (RJ 2004/4434) que, a fin de rechazar el argumento esgrimido por la parte demandada de que la fotografía litigiosa (de una mujer fallecida por el sida contraído por contagio profesional en el hospital donde trabajaba) era lícita por haber sido autorizada por el cuñado de esta, declaró que «no ofrece duda alguna de que el cuñado de la fallecida no estaba facultado para prestar su consentimiento en la publicación de la fotografía..., sin que ni Doña Luisa ni familiar próximo a la misma (esposo o hijos) autorizara la publicación. Tratándose de persona fallecida, el consentimiento debe estar restringido y no se puede ampliar a otros, aunque estén unidos por lazos familiares próximos». A la luz de esta declaración de la Sala 1.ª, y nuevamente aquí *a sensu contrario*, el viudo o los hijos de la fallecida sí podrían haber autorizado la publicación de la imagen de esta en el

importante componente patrimonial que en algunos casos tiene la protección civil de tales derechos *complica la mera idea de tutela de esa suerte de «memoria histórica» de la persona* que subsiste tras la muerte de esta. A fin de ilustrar esa aseveración y mostrar que no cabe hablar hoy de extrapatrimonialidad *tout court* de los mencionados derechos de la personalidad (tampoco en relación con el fallecido), trae a colación dicha autora la Sentencia del BGH de 1 diciembre de 1999 (caso *Marlene Dietrich*),⁷⁷ en la que el Alto Tribunal germano hubo de pronunciarse acerca de si, para el Derecho alemán, formaba o no parte de la herencia el derecho a controlar la explotación comercial de la propia personalidad. La única hija y heredera de Marlene Dietrich demandó a un productor musical que permitió a una empresa el uso del nombre y la imagen de la actriz para una edición especial de un automóvil y autorizó al fabricante de las fotocopiadoras Xerox para que usara el seudónimo «Ángel azul» en un anuncio publicitario. *La demandante alegaba la violación de los derechos de la personalidad de la fallecida*; pedía el cese de las actividades descritas y la compensación por los daños causados, hasta entonces denegados por los tribunales alemanes en casos similares. El BGH tuvo que decidir sobre dos cuestiones fundamentales: (a) *si los derechos de la personalidad, además de proteger valores inmateriales, protegen también intereses económicos*; y (b) *si tales derechos se pueden o no transmitir a los herederos después del fallecimiento de su titular*. El tribunal contestó afirmativamente a ambas cuestiones, resaltando la importancia de la autodeterminación como uno de los valores que sustentan el derecho general de la personalidad y fundamentando en dicho valor el derecho a controlar la explotación comercial de la identidad. Añadió además que el derecho general de la personalidad y sus formas especiales de manifestación sirven primariamente a la protección de intereses no materiales, pero también protegen intereses de la persona que tienen valor económico.⁷⁸

2.2. Recurso de amparo y tutela constitucional de la «dignidad» de las personas fallecidas

Al hilo del relevante supuesto de protección de la «personalidad pretérita» que venimos examinando, y sin perjuicio de la última puntualización que acaba de realizarse, interesa ahora tomar en consideración que, configurados el honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18 CE) como *derechos fundamentales*,⁷⁹ a la tutela civil –y en su caso, penal– de los mismos se suma la protección reforzada

marco de un reportaje en una revista; autorización que, en su caso, habría excluido la ilicitud de la conducta de la editora y demás personas responsables de la publicación.

Conclusiones similares cabe extraer de la lectura de la SAP Albacete 8 enero 2002 (AC 2002/1321) que estimó la demanda interpuesta por la madre de un joven fallecido con 17 años contra una empresa de lápidas y mármoles por la explotación *no autorizada* de la imagen de su hijo en el escaparate del establecimiento de dicha empresa. Si bien la Audiencia declaró que «*el consentimiento excluye la existencia de intromisión*» en el derecho a la imagen, en este caso faltó tal consentimiento de la persona legitimada ya que «*la exposición de la mencionada fotografía se produjo sin conocimiento ni autorización de los padres del menor fallecido*».

⁷⁶ GARCÍA RUBIO, M.^a P.: «La persona en el Derecho civil...», *Teoría y Derecho*, n.º 14, 2013, pp. 93, 105-106; y «Los derechos de la personalidad», en GETE-ALONSO, M.^a C. (dir.), SOLÉ RESINA, J. (coord.): *Tratado de Derecho de la Persona Física*, II, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2013, p. 616.

⁷⁷ Vid. el interesante comentario a esta Sentencia de 1999 del BGH que realiza PALAZÓN GARRIDO, M.^a L.: «La protección *post mortem* del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen: consideraciones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre de 1999, Caso "Marlene Dietrich"», *Actualidad Civil*, n.º 2, 2003, pp. 495-518.

⁷⁸ Un pormenorizado análisis de esta Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán sobre el caso *Marlene Dietrich*, así como de la confirmación de esa doctrina jurisprudencial por el Tribunal Constitucional germano en su resolución de 22 agosto 2006 (igualmente en relación con la actriz *Marlene Dietrich*), lleva a cabo VENDRELL CERVANTES (*El mercado de los derechos...*, 2014, pp. 509-528, BIB\2015\5358). Al hilo de su completo estudio de la protección jurídica de *los intereses patrimoniales* de la personalidad tras la muerte del titular, el autor examina además otros ilustrativos casos de los tribunales europeos (entre ellos, la decisión del *Hoge Raad* neerlandés de 24 febrero 1989 en el caso Elvis Presley por la comercialización de la imagen de *El Rey* y la sentencia de la Corte de Apelación de París de 7 junio 1983 en el caso del cantante Claude François), así como la experiencia en el Derecho norteamericano (principalmente, el caso californiano sobre los derechos de imagen de Marilyn Monroe).

⁷⁹ Vid. por todos, FERRAJOLI, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. por DE CABO, A., PISARELLO, G., 2.^a ed., Trotta, Madrid, 2005.

que para esta categoría de derechos se establece constitucionalmente, de modo primordial mediante el planteamiento del *recurso de amparo* ante el Tribunal Constitucional, *ex art.* 53.2 CE.⁸⁰

Ahora bien, aun partiendo de esa premisa, la cuestión se torna más delicada y adquiere perfiles singulares cuando de la protección constitucional *post mortem* de tales derechos se trata. Sobre este particular se pronunció el propio TC en su temprana Sentencia de 2 diciembre 1988 (RTC 1988/231) – caso «Paquirri», con raíces en la STS 28 octubre 1986 (RJ 1986/6015) sobre la demanda interpuesta por la viuda del famoso torero por la difusión y comercialización de un vídeo con las últimas imágenes y conversaciones de su marido en la enfermería de la plaza de toros donde tuvo lugar su mortal cogida.⁸¹ Según declaró tajantemente el Tribunal Constitucional en esta archiconocida Sentencia 231/1988,⁸² fallecido el titular del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, quedaba excluida la posibilidad de acudir en amparo. En tal sentido, puede leerse en su FD 3.º que «*una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad según determina el art. 32 del Código Civil..., lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente. Por consiguiente, si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas, como en el presente caso, a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo*».

A la precedente Sentencia se remitió también la STC de 15 noviembre 1991 (RTC 1991/218) –a efectos de evidenciar, en el seno de un recurso de amparo, que *no cabe causar indefensión procesal a un fallecido*, ya que «de acuerdo al art. 32 CC, con el fallecimiento de su titular desaparece la personalidad y su consiguiente capacidad de gozar de derechos (STC 231/1988)»–. Pero, ciñéndonos en particular a las afirmaciones de la STC 231/1988 que se han transcrito y su rechazo a la defensa *post mortem* de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen por vía de amparo, interesa recordar que de dichos pronunciamientos se han hecho eco expresamente en alguna ocasión, tanto nuestras Audiencias Provinciales,⁸³ como la Sala 1.ª del Tribunal Supremo: por ejemplo, en el ya citado asunto de «La Chulapona» (STS 21 diciembre 1994 [RJ 1994/9775]); o en el zanjado por la STS 2 julio 2004 (RJ 2004/5452) a fin de resolver en el caso, en el marco de un proceso de reclamación de la filiación no matrimonial, que había sido ajustada a Derecho la admisión y práctica de la prueba de ADN sobre los restos exhumados del difunto, pese a la oposición de su viuda; prueba biológica de investigación de la paternidad mediante la que resultó acreditado que el difunto era padre de la actora, que fue declarada heredera abintestato de aquel.

Aquella primera doctrina constitucional fue, sin embargo, ulteriormente matizada por el mismo TC, que en su Sentencia de 11 noviembre 1991 (RTC 1991/214) –y nuevamente en la STC de 25 noviembre 1996 (RTC 1996/190)– dejó expedita la vía del recurso de amparo admitiendo su interposición «por cualquier persona que invocara no ya la cualidad de legitimado de acuerdo con la LO 1/1982, sino simplemente un *interés legítimo* para obtener el restablecimiento del derecho de que se tratara, *interés*

⁸⁰ Vid. al respecto, MONTÉS PENADÉS, V.: «La categoría derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, vol. 2, dir. por CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. y coord. por CUERDA ARNAU, M.ª L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1383; ROGEL VIDE, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, Real Colegio de España, 1985.

⁸¹ Vid. el comentario crítico a esta Sentencia del Supremo, de IGARTUA ARREGUI, F.: «Derecho a la intimidad: límites. Derecho a la imagen. Indemnización del daño moral (Comentario a la STS de 28 de octubre de 1986)», *CCJC*, n.º 12, 1986, pp. 4081-4098; y de PARRA LUCÁN, M.ª Á.: «Derechos de la personalidad. Intromisión ilegítima y derecho a la intimidad», *ADC*, 1987-I, pp. 987 y ss.

⁸² Entre los comentarios a esta Sentencia destacan nuevamente los realizados por IGARTUA ARREGUI, F.: «La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona», *La Ley*, 1990-1, pp. 1066-1080; y por PARRA LUCÁN, M.ª Á.: «De nuevo sobre los derechos de la personalidad: intromisión ilegítima y derecho a la intimidad», *ADC*, 1989-I, pp. 209-223.

⁸³ Vid. SAP Zamora 13 diciembre 2005 (JUR 2006/32465).

que sin dificultad se podía reconocer a las personas legitimadas para la defensa de la memoria del difunto». ⁸⁴

Es más, en esa línea de apertura, y con mayor rotundidad, vienen a pronunciarse, ya en la década de los 2000, las posteriores Sentencias del TC de 23 marzo 2004 (RTC 2004/43) –sobre la colisión entre el honor de un fallecido y la libertad científica en su dimensión historiográfica (reportaje televisivo sobre un consejo de guerra durante la Guerra civil española)– ⁸⁵ y de 14 abril 2008 (RTC 2008/51) ⁸⁶ –esta segunda referente al conflicto entre el honor de un político ya muerto y la libertad de creación literaria (novela sobre la transición a la democracia en España)–. ⁸⁷ Ambas sentencias ⁸⁸ dan un giro radical en la consideración de los derechos de la personalidad de las personas fallecidas y vienen a superar la doctrina que –como un «pesado lastre», en palabras de HUALDE– ⁸⁹ hubiera sentado aquella STC 231/1988, pues en ninguna de ambas sentencias se niega ni cuestiona la legitimación de los hijos y la viuda, respectivamente, para demandar en amparo el restablecimiento del honor del padre y marido fallecidos, y en ambas se reconoce la posibilidad de proteger constitucionalmente en amparo la dignidad de las personas fallecidas (art. 10 CE). Y es que –llega a declarar ahora el TC– esa dignidad o «personalidad en el sentido constitucional del término» no se extingue al fallecimiento de la persona, aunque necesariamente se vaya diluyendo con el paso del tiempo –y en consecuencia «no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas»–, pues «con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados». ⁹⁰

⁸⁴ Vid. HUALDE: «La protección *post mortem*...», 2008, p. 101; y ampliamente al respecto, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ: «El contenido no patrimonial de la herencia: los derechos al honor...», *RdP*, n.º 15, 2005, pp. 74-79; y BODAS, *La defensa «post mortem»...*, 2007, pp. 215-222.

⁸⁵ Por razón de un documental histórico en el que se narraba un proceso penal instruido ante un consejo de guerra durante la Guerra Civil y en el que se apuntaba la participación del político catalán Manuel Carrasco i Formiguera como testigo de dicho consejo que había condenado a la pena de muerte, *sus hijos* recurrieron en amparo del derecho al honor de su difunto padre. El TC, sin embargo, lo denegó al apreciar que no se había producido vulneración de aquel derecho ya que «los juicios de valor expresados por la redactora del guion del reportaje al hilo del conjunto de hechos sobre dicha participación no evidenciaban ánimo de vejar».

⁸⁶ Vid. su comentario por DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Libertad de creación literaria y protección *post mortem* del derecho al honor. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril», *La Ley*, n.º 7090, 12-1-2009.

⁸⁷ Hunde sus raíces esta STC 51/2008 en la acción interpuesta por *la viuda* contra el autor y la editorial que publicaron una novela («*El Jardín de Villa Valeria*») en la que, en un momento puntual, se describía al difunto marido de la demandante como una persona que tenía «cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los curas, los poetas y los catalanes» y en la que se relataba su «conducta libidinosa en los juegos con las mujeres de sus amigos». Si bien la SAP Madrid 22 septiembre 2000 (JUR 2001/105928) consideró que dichas afirmaciones eran vejatorias y apreció, en consecuencia, una intromisión ilegítima en el derecho al honor del fallecido, el TS –en sentencia de 12 julio 2004 (RJ 2004/4670)– casó dicho fallo de la Audiencia al entender que la descripción no suponía descalificación, demérito o vejación de la persona aludida y que tales referencias a sus fobias y sus juegos eróticos «no podían considerarse objetivamente como atentatorias a su honor», al formar parte de un «relato novelado de hechos ficticios». Coincidente con ese parecer de la Sala 1.ª fue el del TC en la citada Sentencia 51/2008 que, denegando el amparo solicitado por la viuda, confirmó que el pasaje literario litigioso «constituía un ejercicio del derecho fundamental a la producción y creación literaria» y no vulneraba los derechos al honor ni a la intimidad del fallecido.

⁸⁸ Sentencias comentadas, entre otros, por DE VERDA: «La protección constitucional del derecho al honor», en *Derecho al Honor...*, 2015, pp. 54-56; GRIMALT: *La protección civil de los derechos al honor...*, 2007, pp. 42 y ss.; y ROBLES LATORREA, P.: «Hechos, Opiniones e Historia», *DPyC*, n.º 19, 2005, pp. 319 y ss.

⁸⁹ HUALDE: «La protección *post mortem*...», 2008, p. 103.

⁹⁰ Al hilo de esas dos sentencias, son numerosos los autores que destacan cómo el TC, con posterioridad a su S. 231/1988, viene admitiendo con naturalidad el acceso al amparo de recursos fundados en la protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, reconociendo así el carácter iusfundamental de esa protección. Vid. p. ej. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ: «El contenido no patrimonial de la herencia: los derechos al honor...», *RdP*, n.º 15, 2005, pp. 71-79; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «La protección constitucional del derecho a la propia imagen», en *El derecho a la imagen...*, 2011, pp. 38-39; y VENDRELL: «La protección jurídica de los intereses morales...», en *El mercado de los derechos...*, 2014, pp. 492-496 (BIB\2015\5358).

Ese importante cambio de rumbo en la doctrina del Tribunal Constitucional significa, tal como ha señalado HUALDE,⁹¹ que «las personas señaladas en el art. 4 de la LO 1/82 para el ejercicio de las acciones a la muerte del titular de los derechos, están legitimadas para demandar en amparo la defensa de la personalidad pretérita, en definitiva, de la dignidad subsistente que es un derecho fundamental y del que las personas legitimadas no son titulares»; todo lo cual ha de valorarse, según concluye DELGADO ECHEVARRÍA,⁹² como un tránsito «del cuidado de la "personalidad pretérita" a la "prolongación de la personalidad" tras la muerte».

2.3. Breve referencia al derecho de rectificación de la información difundida sobre una persona fallecida.

Si en apretada síntesis hemos dejado constancia de la progresiva evolución en la tutela constitucional de la dignidad de las personas ya difuntas y de cómo la regulación contenida en la LO 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen constituye el instrumento fundamental de tutela civil *post mortem* de los mencionados derechos de la personalidad, nos limitamos ahora únicamente a apuntar que, junto a todo ello, y de forma compatible con aquellas acciones,⁹³ el art. 1.2 *in fine* de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 marzo, reguladora del Derecho de Rectificación, permite ejercitar la acción oportuna a «los herederos»⁹⁴ del perjudicado aludido en la información difundida inexacta que se trate de rectificar, cuando el mismo haya fallecido.⁹⁵

3. La tutela frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de personas fallecidas

Bien distinto al panorama que hasta aquí se ha descrito en torno a la protección de la personalidad pretérita es, en cambio, el que se aprecia en materia de tutela frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de las personas fallecidas.

3.1. La exclusión general de los datos referidos a un fallecido del ámbito de aplicación de la normativa reguladora de la protección de datos personales

No puede obviarse, en esta sede, el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (art. 1) y de su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1720/2007 de 21 diciembre, cuyo art. 2.4 dispone expresamente que «*este reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas*» –a lo que seguidamente añade el precepto que «no obstante, las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de este con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, *la cancelación de los datos*»–.

A la vista de dicha normativa, y ante las múltiples consultas sobre el tema planteadas a la Agencia Española de Protección de Datos, ha declarado esta reiteradamente –por ejemplo, en las Resoluciones de 26 diciembre 2012 (*Tol 3.057.622*), 6 mayo 2013 (*Tol 3.711.320*) y 26 julio 2013 (*Tol 3.896.844*)– que «si el derecho fundamental a la protección de datos ha de ser concebido como un derecho de la

⁹¹ HUALDE: «La protección *post mortem*...», 2008, p. 107.

⁹² DELGADO ECHEVARRÍA: «El fundamento...», 2011, p. 5.

⁹³ *Vid.* expresamente en ese sentido, p. ej. BANDRÉS ORÓÑEZ, L. C.: «El derecho de rectificación», en *La Ley*, n.º 8837, 5-10-2016.

⁹⁴ En sentido crítico con esta atribución de la legitimación a «los herederos», *vid.* HUALDE: «La protección *post mortem*...», 2008, p. 111, n. 31.

⁹⁵ *Vid.* ampliamente sobre el tema, por todos CARRILLO, M.: «Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución española (Comentario a la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo)», en *Revista de Derecho Político*, n.º 23, 1986; LIZARRAGA VIZCARRA, I.: *El derecho de rectificación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005; y FARRÉ LÓPEZ, P.: *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*, Madrid, La Ley, 2008.

personalidad que otorga al individuo un poder de disposición sobre la información que le concierne, en los términos expuestos por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000 de 30 de noviembre, *el fallecimiento del individuo produce, por aplicación del artículo 32 del Código Civil, la extinción de dicho derecho*, sin perjuicio de la subsistencia de las acciones que procedan para preservar el honor de la persona fallecida, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982. Por tanto, *las normas de la Ley Orgánica 15/1999 no serían directamente aplicables a los tratamientos de datos de carácter personal referidos exclusivamente a personas fallecidas, de las que, obviamente, no puede predicarse el derecho fundamental a la protección de datos*».⁹⁶

Abundando en las precedentes ideas, ha puntualizado también la Agencia Española de Protección de Datos –en las Resoluciones de 29 enero 2013 (*Tol 3.058.094*), 20 febrero 2013 (*Tol 3.253.8084*) y 4 marzo 2013 (*Tol 3.253.898*), entre otras– que, si bien «solo el titular de los datos puede ejercer el derecho de acceso a los mismos, por lo que su fallecimiento imposibilita que un tercero pueda ejercer ese derecho en su nombre», «no obstante, sería posible el acceso de los herederos a los datos del causante siempre que los mismos aparezcan directamente relacionados con su propia condición de heredero (por ejemplo, el acceso a los datos necesarios para conocer el caudal relicto o el estado de determinados bienes de la herencia). Sin embargo –aclara la Agencia–, el acceso a la información a la que nos referimos no podría entenderse relacionado con el derecho de acceso consagrado en la legislación de protección de datos de carácter personal, sino que se desprendería del derecho de todo heredero a conocer el caudal relicto y el estado del mismo, así como realizar las acciones necesarias para su determinación y defensa, toda vez que el mismo sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones como consecuencia de su muerte, tal y como determinan los artículos 651, 659 y 661 del Código Civil. En consecuencia... los herederos podrán tener acceso a los datos del causante en cuanto ello suponga el ejercicio en su nombre de una acción amparada por la Ley Orgánica 1/1982 o en cuanto dicho acceso se produzca en defensa de su derecho hereditario. Sin embargo, tales accesos no podrán ser considerados como manifestaciones del derecho de acceso, consagrado por el artículo 15 de la LOPD».⁹⁷

3.2. La posibilidad de acceso a la historia clínica de un fallecido.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, y tras dejar sentado e insistir en que «a partir del fallecimiento se extingue el derecho a la protección de datos de carácter personal del que disponía la persona en vida, no siendo aplicable la LOPD», son varias las Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos –entre ellas, las RR. de 8 febrero 2006 (*Tol 870.198*) y dos de 31 marzo 2007 (*Tol 1.115.171*, *Tol 1.251.440*)– que se han ocupado de precisar que, frente a la exclusión general de los datos de personas fallecidas del ámbito de la LOPD, «existe una excepción legal en cuanto al acceso a la historia clínica, prevista en el artículo 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica». Y es que, ciertamente, dicha Ley «sí permite que un tercero pueda ejercer determinados

⁹⁶ La misma orientación que en las tres Resoluciones mencionadas sigue la Agencia Española de Protección de Datos en muchísimas otras más, entre las que cabe citar, sin ánimo alguno de exhaustividad, las de 8 febrero 2006 (*Tol 870.198*), 8 septiembre 2006 (*Tol 997.392*), dos de 7 noviembre 2006 (*Tol 1.251.514*, *Tol 1.057.599*), 20 diciembre 2006 (*Tol 1.057.728*), 6 febrero 2007 (*Tol 1.115.032*), 12 junio 2007 (*Tol 1.115.001*), dos de 31 marzo 2007 (*Tol 1.115.171*, *Tol 1.251.440*), 7 abril 2010 (*Tol 2.064.121*), dos de 16 marzo 2011 (*Tol 2.193.907*, *Tol 2.194.337*), 7 noviembre 2011 (*Tol 2.478.928*), 3 septiembre 2012 (*Tol 2.638.581*), 26 mayo 2015 (*Tol 5.216.864*), 19 junio 2015 (*Tol 5.217.819*), 13 julio 2015 (*Tol 5.218.649*) y 11 diciembre 2015 (*Tol 5.615.217*); así como las Resoluciones de 28 abril 2005 (*Tol 868.544*), 1 junio 2005 (*Tol 869.044*), 28 octubre 2005 (*Tol 868.433*), 16 junio 2006 (*Tol 965.898*) y 25 octubre 2006 (*Tol 1.057.080*) –las cuales subrayan especialmente la neta distinción entre el tratamiento de datos de personas fallecidas (excluidos del ámbito de aplicación de la LOPD) y la posibilidad de protección civil *post mortem* del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen con arreglo a la LO 1/1982–.

⁹⁷ Vid. igualmente las RR. 2 noviembre 2012 (*Tol 2.697.283*) y 27 noviembre 2012 (*Tol 2.713.706*).

derechos en nombre de un fallecido. Concretamente, el artículo 18.4 de la LAP prevé que terceras personas, cumpliendo determinados requisitos, puedan *acceder a la historia clínica de un fallecido*.⁹⁸

En efecto, dispone el mencionado art. 18.4 de la Ley 41/2002 que «los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual solo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a *las personas vinculadas a él, por razones familiares o, de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite*. En cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros».

Al amparo de esa norma, la citada Resolución de 8 febrero 2006 (*Tol 870.198*) resolvió que, mientras que «respecto a aquellos datos ajenos a la historia clínica... el reclamante no puede obtener ese acceso por tratarse de un derecho personalísimo del afectado», sin embargo «el acceso a la historia clínica de un fallecido tiene una habilitación legal, por lo que el reclamante, en su calidad de *hijo del fallecido, tiene derecho a obtener los documentos que componen el historial médico*». En los mismos términos se pronunció la Agencia Española de Protección de Datos en su Resolución de 23 diciembre 2015 (*Tol 5.615.473*), que admitió el acceso del *hermano* del paciente fallecido a la historia clínica de este; en la de 17 septiembre 2012 (*Tol 2.671.749*), que reconoció el derecho de acceso de una *mujer* al historial de su difunta pareja; o en la de 27 octubre 2011 (*Tol 2.295.277*), sobre el acceso de un *hijo* a la historia clínica de su madre fallecida. E igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 noviembre 2013 (RJCA 2014\32) vino a reconocer a *la hija* legitimación para acceder a los datos médicos de su finada madre, como familiar directo de la misma.

Aunque no es posible ahondar aquí en la exégesis del art. 18.4 de la Ley 41/2002, su redacción suscita dudas interpretativas, de una parte, respecto a la exacta determinación de qué sujetos en concreto están legitimados para obtener la información que recoge la historia clínica del paciente fallecido – extremo sobre el que se ha afirmado que la ley «se abre generosamente», sin restringir el derecho de acceso a los herederos–.⁹⁹ Por otro lado, también plantea el contenido de la norma algunos interrogantes sobre las limitaciones y requisitos que en ella se establecen para dicho acceso.¹⁰⁰ Por su parte, ATELA y GARAY, refiriéndose en particular al último inciso del primer párrafo del precepto en cuestión, consideran que en ese punto la Ley es «excesivamente permisiva», pues aunque «teóricamente puede negarse tal acceso si se dan, simultáneamente, dos condiciones: que el paciente lo hubiera prohibido en vida y que, además, pueda probarse la prohibición», «no se conoce un solo paciente que haya dicho a su médico que cuando muera no permita a nadie el acceso a su historia» y «pensar, además, en un paciente que haya manifestado lo anterior de forma escrita y fehaciente es pura ficción».¹⁰¹

4. Derecho moral de autor y protección *post mortem auctoris*

Cambiando totalmente de tercio, y aun distanciándonos del ámbito estricto de la tutela de la honra de los difuntos, es común incluir entre las esferas sobre las que se proyecta la llamada protección de la personalidad pretérita la posibilidad de defensa tras la muerte de la persona de ciertos derechos de

⁹⁸ Vid. igualmente las RR. 13 febrero 2013 (*Tol 3.058.051*) y 22 octubre 2015 (*Tol 5.548.561*).

⁹⁹ Vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: «La historia clínica como fichero de datos personales: responsabilidad por inobservancia de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales en su gestión», en *Derecho y salud como realidades interactivas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, Westlaw, BIB 2015\4612.

¹⁰⁰ Problemas y soluciones a los mismos que han abordado con acierto, p. ej., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, Valladolid, 2.ª ed., 2007, pp. 594 y ss.; y EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Á.: *Protección de Datos: Intimidad y Salud*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 163-165.

¹⁰¹ Vid. ATELA BILBAO, A., GARAY ISABI, J.: «Ley 41/2002 de Derechos del Paciente. Avances, deficiencias y problemática», en *Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, coord. por GONZÁLEZ SALINAS, P., LIZARRAGA BONELLI, E., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 106.

propiedad intelectual¹⁰² –o, al menos, evidenciar el paralelismo que presentan–; si bien no cabe ocultar que, en ese concreto terreno, se comienza por suscitar doctrinalmente el espinoso problema de la más que dudosa configuración del derecho moral de autor como un derecho de la personalidad *stricto sensu*.¹⁰³

Sin perjuicio de las discusiones dogmáticas a ese respecto, interesa recordar que los arts. 15 y 16 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril)¹⁰⁴ regulan el ejercicio *post mortem auctoris* de algunas de las facultades comprendidas en el derecho moral de autor: concretamente, de las facultades de *paternidad o reconocimiento de autoría* y de exigencia de respeto a la *integridad de la obra* (art. 14.3.º y 4.º) –ambas sin límite de tiempo–, así como de la facultad de *divulgación* o posibilidad de decidir sobre la publicación de inéditos que contempla el art. 14.1.º;¹⁰⁵ facultad esta última, ejercitable por un plazo limitado de setenta años desde la muerte del autor, que se halla complementada por la previsión específica que, para el caso de que los derechohabientes del autor decidan la no divulgación de la obra, contiene el art. 40 del TRLPI, precepto a tenor del cual se prevé la intervención de la autoridad judicial cuando tal decisión de no divulgar atente, no contra los intereses del autor (como sería lo lógico, objeto CÁMARA ÁGUILA),¹⁰⁶ sino contra el interés social en acceder a la cultura proclamado por el art. 44 CE, de modo que en este supuesto «el juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o cualquier otra persona que tenga un interés legítimo».¹⁰⁷

La especial legitimación *mortis causa* para ejercitar tales derechos morales es otorgada por el citado art. 15 TRLPI, en primer lugar y como muestra de la preocupación del legislador por respetar la voluntad y el interés del autor, a la persona (física o jurídica) designada expresamente a tal fin por el fallecido en disposición de última voluntad –no obstante lo cual, observa críticamente CÁMARA ÁGUILA,¹⁰⁸ dicha preocupación inicial de la Ley por la voluntad del autor no va luego acompañada de la previsión de ningún sistema de control de la actuación de aquellos que deben velar por su interés–.

En defecto del referido nombramiento –o cuando habiéndolo, el llamado no lo acepte–, tal legitimación es atribuida por dicho precepto a los *herederos* (testamentarios o abintestato) del autor; opción legal que ha sido criticada doctrinalmente –entre otros, por CÁMARA ÁGUILA,¹⁰⁹ quien considera que, en lugar de a los herederos, «hubiera sido preferible que la ley legitimase a determinados

¹⁰² Vid. ESPÍN CÁNOVAS, D.: «El derecho moral del autor y su protección *post mortem* en la legislación española», en *Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, I, Ministerio de Cultura, Madrid, 1990, pp. 217-218.

¹⁰³ Vid. por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Bienes de la personalidad y derecho moral de autor», en *En torno a los derechos morales de los creadores*, coord. por C. ROGEL VIDE, Reus, Madrid, 2003, pp. 95-110; y LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Com. art. 2 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 3.ª ed., 2007, p. 30, quienes rechazan tal calificación porque, muy simplificada expresada aquí su argumentación, el derecho moral no protege a toda persona, sino solo a la del autor y a través del producto de su creación, pues no hay derecho moral sin obra. Vid. la opinión contraria de ROGEL VIDE, C.: «Origen y actualidad de los derechos de la personalidad», en *Estudios de Derecho civil. Persona y Familia*, Reus, Madrid, 2008, p. 30; y con matices, la de ENCABO VERA, M. Á.: *Derechos de la personalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 12, 32.

¹⁰⁴ Dichos preceptos han sido analizados de forma monográfica por CÁMARA ÁGUILA, P.: *El derecho moral del autor (Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Comares, Granada, 1998, pp. 81-117; y por la misma autora en «Com. arts. 15 y 16 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 3.ª ed., 2007, pp. 238-256.

¹⁰⁵ Cfr. STS Sala 1.ª 18 diciembre 2013 (RJ 2014/412).

¹⁰⁶ CÁMARA ÁGUILA, P.: «El derecho moral del autor», en *Manual de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 6.ª ed., 2015, p. 137.

¹⁰⁷ Vid. CARAMÉS PUENTES, J.: «Com. art. 40 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Tecnos, 2007, pp. 662-669; y ampliamente, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, Civitas, 1993.

¹⁰⁸ CÁMARA ÁGUILA, «El derecho moral del autor», en *Manual...*, 2015, p. 137.

¹⁰⁹ *Ibidem* y «El soporte material de una obra plástica: el devenir de cuatro obras del pintor uruguayo Joaquín Torres García», *pe.i. Revista de propiedad intelectual*, 2004, n.º 18, p. 81.

familiares del autor, como hace el art. 4 de la LO 1/1982, de Protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»– y que plantea no pocas dificultades interpretativas respecto a la determinación de los «herederos» que han de entenderse legitimados: por ejemplo, se discute si la legitimación alcanza tan solo a quienes sean herederos *directos* del autor; limitación por la que se inclina la mayoría de los civilistas especializados en la materia, pero que no parece ser vista con buenos ojos por el TS que, en Sentencia de 20 febrero 1998 (RJ 1998/971), no puso trabas a la legitimación de los *nietos* del escultor fallecido para reclamar frente a un atentado al derecho de divulgación.¹¹⁰

En última instancia, cuando no existieren los sujetos anteriormente mencionados –ni persona alguna designada *ad hoc* y expresamente en negocio de últimas voluntades del autor, ni herederos de este– o si se encontraran en paradero desconocido, el ejercicio *post mortem* de las referidas facultades corresponderá –en aras, no ya de la protección del interés del autor, sino del interés social en la conservación y promoción de los valores culturales (arts. 44, 46, 149.1.1.ª, 149.2 CE)– al Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las instituciones públicas de carácter cultural (art. 16 TRLPI); restricción de tal legitimación a las «entidades públicas» cuyos inconvenientes y limitaciones a nivel práctico son advertidos por CÁMARA ÁGUILA,¹¹¹ quien lamenta que «el legislador no haya concebido en términos más amplios esa legitimación, dando entrada a instituciones privadas, más dispuestas, seguramente, a intervenir, y más cercanas al autor y su obra».

Una consideración final merece el ejercicio *post mortem* de las facultades morales cuando existe una pluralidad de legitimados; cuestión que justifica un tratamiento diferente según el concreto derecho moral que se trate de ejercer. Como señalan los más reputados especialistas en el tema,¹¹² mientras que para defender la paternidad o la integridad de la obra basta con una legitimación individual, en el ejercicio del derecho de divulgación habrá que estar, en cambio, a lo que acuerde la mayoría –interpretación doctrinal dominante que, sin embargo, contrasta con el criterio jurisprudencial, plasmado en la citada STS Sala 1.ª 20 febrero 1998 (RJ 1998/971), de no exigir ningún régimen especial de acuerdos para ejercer el derecho de divulgación tras el fallecimiento del autor–.

Al hilo de la regulación legal que sucintamente se acaba de apuntar, no está de más advertir, como corolario del tema, que la doctrina se ha planteado si en los casos previstos por los referidos arts. 15 y 16 TRLPI se trata propiamente de la defensa *post mortem* del mismo derecho moral que corresponde al autor y en interés suyo, o, si en verdad estamos ante un derecho distinto a favor y en interés de las personas legitimadas *ex lege* que indican los citados preceptos. Ante tal disyuntiva, y aunque escapa de los confines de nuestro estudio entrar en tal polémica, algunos de los más autorizados especialistas en la materia –y nuestros tribunales (SAP Tarragona 3 marzo 2003 [JUR 2003\238234])– se orientan en favor de la primera de ambas tesis y, con unos u otros matices, se decantan por configurar el ejercicio de las acciones previstas en dichos artículos como un mecanismo de protección de los intereses y derechos morales del *propio autor* más allá de su muerte.¹¹³

¹¹⁰ Vid. los comentarios a esa Sentencia que realizan CÁMARA ÁGUILA, P.: «La lesión de los derechos patrimoniales y morales del autor de una obra plástica tras su fallecimiento», *pe. i Revista de propiedad intelectual*, n.º 1, enero-abril 1999, pp. 115-127; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Derechos sobre boceto original de escultura. Derecho moral de autor sobre la divulgación: ejercicio del mismo *post mortem auctoris*», *CCJC*, n.º 46, 1998, pp. 415-436.

¹¹¹ CÁMARA ÁGUILA, «Com. arts. 15 y 16 LPI», en *Comentarios...*, 2007, p. 256.

¹¹² Vid. CÁMARA ÁGUILA, «El derecho moral del autor», en *Manual...*, 2015, p. 138.

¹¹³ Vid. por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Com. arts. 15 y 16 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 1997, pp. 252 y ss., a quien sigue MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Com. art. 32 CC», en *Comentarios al Código Civil*, II-1.º, coord. por J. RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2000, p. 344. En contra, *vid. p. ej.* DELGADO PORRAS, A.: «Derecho moral del autor», en *Tratado de Derecho Industrial*, Aranzadi, 2009, Westlaw BIB 2009\3345.

EL MANTENIMIENTO DEL ESTATUS DE LOS HIJOS CON POSTERIORIDAD A LA RUPTURA DE SUS PROGENITORES¹

Marta ORDÁS ALONSO
Prof.^a titular de Universidad
Universidad de León

RESUMEN: Tras la ruptura de los progenitores se trata de posibilitar el mantenimiento del estatus que sus hijos disfrutaban durante la normal convivencia de los mismos. El trabajo, partiendo de dicho principio de partida sobre el que se puede afirmar existe consenso, analiza cómo ha sido interpretado por la jurisprudencia de los últimos años prescindiendo por completo del tenor del art. 146 CC.

ABSTRACT: After the parents' breakup, it is a matter of enabling the maintenance of the status that their children enjoyed during their normal coexistence. The work, based on this principle of departure on which it is possible to affirm there is a consensus, analyzes how it has been interpreted by the jurisprudence of the last years, completely disregarding the tenor of art. 146 CC.

En situaciones de normalidad familiar el deber de procurar asistencia de todo orden a los hijos impuesto por el art. 39.3 del texto constitucional es cubierto, en su aspecto patrimonial, a través de las denominadas cargas familiares. Deber que se mantiene una vez se ha producido la ruptura de la convivencia de los progenitores, pero la forma de hacer frente al mismo varía, adaptándose a la nueva situación, y se transforma en el abono de una pensión alimenticia a los hijos menores de edad y, en determinados supuestos, también a aquellos que han cumplido dieciocho años.

La regulación del Código Civil en materia de alimentos a los hijos es muy concisa, hasta el punto que en el capítulo dedicado a la regular los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio únicamente los arts. 90, 91 y 91 contienen alusión a esta obligación. Ante la ausencia de regulación específica y en virtud de lo establecido en el

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2013-47662-C2-1-R «Razonamiento judicial. Bases teóricas y análisis prácticos», financiado por la DGICYT.

art. 153 CC, hemos de acudir al art. 146 CC dedicado a enunciar lo que se conoce como principio o criterio de proporcionalidad en la medida en que establece que «la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe», complementado con lo dispuesto en el art. 147 del mismo texto legal a cuyo tenor «los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos». Se recogen, por tanto, criterios de equidistancia entre los medios y disponibilidad económica del progenitor/es obligado/s a su prestación y las necesidades de los hijos acreedores de los alimentos semejantes a los contemplados en los respectivos derechos forales.²

Ahora bien, mientras la pensión de alimentos a los hijos mayores de edad descansa en una situación de necesidad de estos y el principio de solidaridad familiar, los alimentos a los hijos menores tienen su origen exclusivamente en la filiación, estén o no en situación de necesidad.³ Necesidad que, es común afirmar, en el caso de los menores de edad se presume, no así una vez han alcanzado la mayoría de edad.⁴ En consecuencia, no es de recibo alegar que no se han acreditado las necesidades del menor, como si un niño de tres, seis, u once años pudiera proveer por sí mismo a sus necesidades alimenticias. La situación de necesidad en estos casos se presume, como se presume sin dificultad que el menor ha de comer, vestirse, disponer de una vivienda y de todo lo que integra el concepto jurídico de alimentos. Más que presumirse la necesidad propiamente

² Así, a tenor de lo establecido en el art. 237-9 del Código Civil de Cataluña, «la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades del alimentado y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a prestarlos». El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón dispone en su art. 82 que «la contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres». Por último, dispone el art. 10.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos e hijas, los recursos económicos de cada miembro de la pareja, el tiempo de permanencia de los hijos e hijas con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos e hijas y la contribución a las cargas familiares, en su caso.

³ STC núm. 57/2005 de 14 marzo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 742/2013 de 27 noviembre, STS (Sala de lo Civil) núm. 746/2013 de 4 diciembre.

⁴ BERROCAL LAZAROT, Ana Isabel: «La pensión de alimentos de los hijos menores de edad y los gastos extraordinarios», *R. C. D. I.*, n.º 737, p. 1834; BERROCAL LAZAROT, Ana Isabel: «La reducción de la pensión de alimentos por alteración sustancial de las circunstancias», *R. C. D. I.*, n.º 742, 2014, p. 623; CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Polémicas judiciales sobre el significado, fijación, contenido, variabilidad de la pensión de alimentos a los hijos tras la separación y divorcio*, Aranzadi, 2010, p.17; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura / CASTILLA BAREA, Margarita: «La obligación de alimentos como obligación familiar básica», en *Tratado de Derecho de la Familia (volumen I)*, Aranzadi, 2015, BIB 2015\18063, p. 10; TENA PIAZUELO, Isaac: *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 64.

dicha, estamos ante lo que la SAP Las Palmas (Sección 3.ª) núm. 417/2015 de 17 julio denomina «presunción de indispensabilidad de la asistencia de los padres durante la minoría de edad». En el caso de los mayores de edad, en cambio, es preciso que se acredite la necesidad de quien los pide.⁵ Resumen de manera sumamente clarificadora estas ideas la SAP de Jaén (Sección 3.ª) núm. 342/2013 de 29 noviembre y la SAP de Cuenca (Sección 1.ª) núm. 180/2015 de 10 noviembre. Establecen dichas Sentencias que, mientras que los alimentos a los hijos menores se favorecen de la presunción de su indispensabilidad por la idea social de que durante la minoría de edad es necesaria la asistencia de los padres, los alimentos a los hijos mayores de edad necesitan, para que la obligación surja, que se acrediten de manera precisa las condiciones de vida del hijo mayor para poder determinar si –a pesar de la presunción de que una persona mayor de edad, en el pleno ejercicio de sus derechos, está en condiciones de defenderse en la vida– se dan circunstancias superiores a la voluntad humana que colocan al hijo mayor en una situación de indigencia social y económica, ya que lo que la Ley trata de cubrir son dos realidades primordiales: la subsistencia (art. 152-3.º CC) y la formación (art. 142, segundo CC), de lo que se puede concluir que el contenido de la obligación de prestar alimentos a los hijos mayores se integra solo las situaciones de verdadera necesidad, y no las situaciones meramente asimiladas a la situación en que se encuentran los hijos menores.

Una primera aproximación al contenido de la prestación de alimentos nos conduce al art. 142 CC a cuyo tenor «se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo». Preceptos similares son recogidos en algunos derechos forales. Resulta sumamente elocuente a este respecto la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) núm. 218/2013 de 24 mayo a tenor de la cual «en materia de alimentos, ha de comprenderse, además de los alimentos en sentido propio, el vestido, la habitación, salud y educación, es la más sensible a los avatares de la vida cotidiana, por la necesidad de la alimentación diaria, el vestir adecuadamente, la habitación como bien indispensable, el estar cubiertos

⁵ SAP de Cádiz (Sección 5.ª) núm. 96/2016 de 14 marzo.

por la vital asistencia médica, e, igualmente, como proyección necesaria de futuro, la educación como factor determinante».

Ahora bien, el art. 142 CC se encuentra incardinado en el Título VI del Libro Primero del Código Civil bajo la rúbrica «de los alimentos entre parientes». En esta medida, hemos de hacer notar que tal y como tiene establecido el Tribunal Constitucional en la STC núm. 57/2005, de 14 de marzo, tratando de establecer las diferencias de régimen jurídico existentes entre los alimentos debidos a los hijos según sean estos menores de edad, por un lado, o mayores o emancipados, por el otro, no coincide la finalidad en una y otra pensión de manera que si, con base en el art. 142 CC, a los hijos mayores hay obligación de prestarles «lo indispensable» para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, los alimentos de los hijos menores de edad no se limitan a aquellos imprescindibles para proporcionarles la mera subsistencia sino que deben atender a «las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento» (art. 93, segundo párrafo CC), lo que abarca la necesidad de financiar gastos extraordinarios de la más variada índole. En palabras del Tribunal Supremo, en Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 742/2013 de 27 noviembre, en el primer caso se trata de suministrar el sustento básico en orden a salvaguardar la vida del alimentista, frente a una asistencia mucho más amplia cuando de hijos menores se trata que se extiende, estén o no en situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (10 CE y 154.2 del Código Civil).

Esta diferente naturaleza ha llevado a afirmar que cuando de los alimentos que los padres deben prestar a los hijos menores se trata estamos ante una obligación de «mantenimiento integral», cuyo fundamento se encuentra en la obligación que tienen los padres de alimentar en todo caso y sin excepción a sus hijos menores de edad, fundamentado en las obligaciones de carácter imperativo derivadas de potestad parental.⁶ Tratándose de hijos mayores de edad, sin embargo, tanto el art. 93, segundo párrafo, en relación con el art. 142 ambos del Código Civil como el art. 237-1 del Código Civil catalán establecen un criterio legal más restringido para establecer alimentos a los hijos mayores de edad y ello es razonable pues con la mayoría de edad los hijos alcanzan su plenitud de derechos, pero también determinadas obligaciones, y los progenitores ya no deben a los mismos una prestación incondicional con el parámetro del nivel de vida, sino

⁶ SSAP de Girona (Sección 1.ª) núm. 267/2014 de 3 octubre, núm. 114/2015 de 22 mayo, núm. 156/2015 de 30 junio, núm. 301/2015 de 7 diciembre.

que cumplen con lo indispensable para la subsistencia (alimentos, vestido, sanidad, habitación y sanidad).

Desde un punto de vista objetivo, ¿podríamos llegar a un consenso aproximado sobre aquello que es indispensable para el sustento, habitación vestido y asistencia médica (art. 142 CC) de un menor sin necesidades especiales? Seguro hay unos gastos que cualquiera calificaríamos de esenciales (ej. alimentación adecuada, gastos de educación) pero a partir de ahí el consenso se me antoja complicado. Cuánto más si, como veremos, dichas necesidades deben ser puestas en relación con la situación social de la familia. Todo ello dejando a un lado aquellas partidas cuantificables como gastos extraordinarios. Ello ha llevado a la jurisprudencia menor a afirmar que «concretar cuáles son estas necesidades es una cuestión de prueba que debe ser fijada en función de cada niño por lo que tampoco se pueden establecer parámetros concretos válidos en general sino que habrá que atender al caso concreto que se enjuicie».⁷

Como punto de partida, compartimos la visión plasmada en la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a) núm. 17/2016 de 21 marzo en la medida en que, por lo que se refiere a las necesidades, dentro de los alimentos de los menores de edad debe incluirse todo lo indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica y gastos de formación del menor alimentado, así como también para el ocio y el esparcimiento, que resultan imprescindibles para que pueda desarrollarse dignamente en todos los ámbitos de su personalidad. En parecido sentido, afirma la SAP de Barcelona (Sección 12.^a) núm. 899/2009 de 22 diciembre, la concreta determinación de las necesidades del menor dependerá en buena medida del nivel económico del que disfruten sus progenitores, ya que el concepto de alimentos no solo cubre las necesidades más imperiosas y, también por ello, más inmediatas en el tiempo –alimentación, vestido, sanidad–, sino también aquellas otras de carácter educacional, de expansión y relación de los hijos y, en definitiva, de desarrollo de su personalidad. Por ello, dependiendo del nivel económico de los padres, la cuantificación de la pensión alimenticia en favor de los menores puede variar, pues en la práctica algunas necesidades de estos dependen del nivel económico de aquellos.

Esta última afirmación nos conduce directamente al núcleo de la problemática relacionada con la determinación de las necesidades del menor y cómo esta ha sido interpretada por la jurisprudencia. Como línea de principio podemos afirmar con la SAP

⁷ SAP de Murcia (Sección 5.^a) núm. 207/2006 de 9 mayo.

de Madrid (Sección 22.^a) núm. 454/2012 de 21 junio, que «tal cuestión objeto de debate ha de resolverse conforme a las previsiones de los arts. 93, 142, 145, 146, ss. y concordantes, todos ellos del Código Civil, que disponen y regulan la pensión de alimentos conforme a unos criterios determinantes cuales son las exigencias de equilibrio y proporcionalidad entre de una parte los recursos del obligado al pago, estos siempre de carácter objetivo, y las necesidades del alimentista, de condición subjetiva o relativa, en cuanto su cuantificación dependerá de otros varios factores, entre los que sin duda tiene especial significación la situación económica disfrutada por el grupo familiar y valorando dichas necesidades por el nivel de satisfacción obtenido por la cobertura de otras necesidades más básicas o elementales».⁸ En consecuencia, «al momento de fijar el importe de la pensión alimenticia, siempre deberá partirse de las necesidades de los hijos en atención, por un lado, a las necesidades básicas que siempre deben estar garantizadas y, por otro lado, a las condiciones en las que se encontraban los hijos con anterioridad a la ruptura convivencial, que dentro de lo posible también debe intentar garantizarse».⁹ Es lo cierto que gastos que ni se plantea una familia de renta baja o media, quizá ni los eche de menos, son habituales en entornos familiares de renta elevada. En este sentido, es común afirmar que el entorno social, cultural, etcétera, en que se desenvuelve la vida cotidiana familiar, en ocasiones, viene a crear una serie de necesidades que han de calificarse de normales u ordinarias, pero que valoradas en otro ámbito podrían, por el contrario, alcanzar el rango de excepcionales o extraordinarias.¹⁰

Se trata de posibilitar, si es factible, el mantenimiento del estatus de que disfrutaban durante la normal convivencia de sus progenitores, con la lógica minoración derivada del aumento de gastos que toda situación de ruptura comporta, dado el doble núcleo familiar que normalmente se genera con la duplicidad de gastos que la misma implica.

Ahora bien, partiendo de dicho principio de partida sobre el que se puede afirmar existe consenso, otra cosa es cómo ha sido este interpretado por la jurisprudencia de los últimos años, cómo las necesidades de los hijos se han convertido en ocasiones en el único parámetro tenido en cuenta por el juzgador a la hora de cuantificar la prestación alimenticia, prescindiendo por completo del tenor del art. 146 CC que, si bien es cierto que cuando de menores de edad se trata el Tribunal Supremo ha establecido que tiene

⁸ Igual SAP de Madrid (Sección 22.^a) núm. 470/2014 de 16 mayo.

⁹ SAP de Girona (Sección 1.^a) núm. 220/2013 de 24 mayo.

¹⁰ AAP de Madrid (Sección 24.^a) núm. 525/2012 de 7 mayo, AAP de Madrid (Sección 22.^a) núm. 384/2012 de 30 noviembre, SAP de Madrid (Sección 22.^a) núm. 243/2015 de 10 marzo.

carácter indicativo¹¹, también ha afirmado que no se respeta el canon de proporcionalidad si se pondera uno solo de los factores a tener en cuenta.¹² Llegando incluso a afirmar que la fijación de la pensión ha de venir determinada por las necesidades de los hijos, «privación y renuncia de los padres» y ponderación de las circunstancias concurrentes. A su lado, coexisten otras resoluciones judiciales que, llegando incluso a prescindir de las necesidades del menor, únicamente aluden a la situación económica de la familia.

El binomio necesidades de los menores, por un lado, y posibilidades económicas de sus progenitores, por otro, es relativizado hasta prácticamente prescindir del segundo de los elementos indicados en aquellas sentencias de la jurisprudencia menor que afirman «lo que el art. 146 del CC tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante sino, simplemente, la necesidad del alimentista puesta en relación con el patrimonio de quién haya de darlos».¹³

Dando un paso más, rechazan absolutamente la aplicación del art. 146 CC las SSAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) núm. 73/2009 de 23 febrero y núm. 218/2013 de 24 mayo en la medida en que consideran que el precepto específico a aplicar para el caso de alimentos a los hijos menores derivados de la crisis matrimonial, es el artículo 93 del CC, que para la adecuada valoración, cuantificación y fijación de los mismos no hace referencia, como si hace el artículo 146 CC, a que «la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe», sino que «el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento». Esto es, las necesidades determinantes para la fijación de los alimentos son únicamente «las de los hijos en cada momento», es decir, que las circunstancias concretas de los hijos menores son las que definen y, consiguientemente, excluyen otros parámetros para la valoración, como pudiera ser la posición de los padres, a diferencia de lo que se establece para los alimentos entre parientes de los artículos 142 y siguientes del CC, y de modo más concreto el artículo 146 CC, que recoge el criterio de proporcionalidad respecto de quien

¹¹ STS de 5 octubre 1993, STS (Sala de lo Civil) núm. 749/2002 de 16 julio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 1007/2008 de 24 octubre, SAP de Barcelona (Sección 18.ª) núm. 416/2014 de 11 junio.

¹² STS (Sala de lo Civil) núm. 749/2002 de 16 julio.

¹³ SAP de Granada (Sección 3.ª) núm. 193/1999 de 16 marzo, SAP de Alicante (Sección 4.ª) núm. 100/2000 de 10 febrero, SAP de Castellón (Sección 2.ª) núm. 317/2001 de 2 junio, SAP de La Rioja (Sección 1.ª) núm. 365/2009 de 23 noviembre, SAP de Málaga (Sección 6.ª) núm. 734/2013 de 11 diciembre.

los da y los recibe». O la SAP de Murcia (Sección 4.^a) núm. 59/2013 de 29 enero al afirmar que el derecho de alimentos de los hijos menores es prioritario al de los padres, lo que supone «que los hijos deben seguir disfrutando de las mismas condiciones que tenían cuando se produjo la crisis a fin de poder satisfacer todas sus necesidades, no solo alimenticias *strictu sensu*, sino de todo orden, en aras de procurarles un correcto desarrollo de su personalidad, incluso a costa de las necesidades de los padres, pues mientras que los hijos no tienen ninguna posibilidad de subsistencia, aquellos, por el contrario, siempre tienen mayores posibilidades de satisfacer sus necesidades. De este modo se ha venido entendiendo que los alimentos debidos a los hijos menores deben concebirse con toda la amplitud que permitan las circunstancias económicas de los padres y las necesidades de los hijos en cada momento, cuya existencia goza de una presunción cuyo reconocimiento es unánime».

Se pasa de considerar que hay que dar cobertura a las necesidades del hijo conforme a la posición social de la familia a prescindir casi por completo de la primera en la SAP de Asturias (Sección 6.^a) núm. 334/2007 de 17 septiembre a cuyo tenor «se trata, no de hacer frente a las necesidades indispensables, sino de posibilitar, en la medida de lo posible, mantener el estatus de que disfrutaban durante la normal convivencia matrimonial, –bien que con la lógica minoración derivada del aumento de gastos que toda situación de separación comporta, dado el doble núcleo familiar que normalmente se genera con la duplicidad de gastos, entre otros de habitación, del mismo derivados– lo relevante a este respecto es determinar no tanto cuáles sean las necesidades alimenticias *estrictu sensu* del hijo, en este caso las propias de un adolescente de 14 años que está escolarizado en un centro público que no le reporta gasto alguno al ser igualmente gratuito el transporte que ha de efectuar desde su residencia al Instituto de Oviedo en que los desarrolla, sino sobre todo cuál es la situación económica de la familia».

Ninguna alusión a las auténticas necesidades del menor como parámetro a tener en cuenta se efectúa en la SAP de Murcia (Sección 4.^a) núm. 369/2015 de 2 julio al afirmar que el *quantum* alimenticio ha de guardar directa proporcionalidad entre el patrimonio y medios económicos del progenitor obligado a su prestación y el mantenimiento del estatus social de los hijos a quienes el divorcio de los padres «...no puede suponer un empeoramiento económico, pues al ser menores de edad, los alimentos que se les prestan han de estar en consonancia también con su posición social y económica».

Para concluir este breve *excursus* por las diferentes concepciones doctrinales

relativas a cómo hemos de entender la referencia a la posición social de la familia, la SAP de Granada (Sección 5.^a) núm. 39/2011 de 4 febrero establece que este principio genérico, cuando se trata de hijos menores, debe matizarse en el sentido de que la colisión entre las necesidades de los progenitores y las de los hijos debe decantarse a favor de los hijos, dado el carácter preferente que tiene la obligación alimenticia de los mismos – artículo 145 CC –, de modo que los padres deben sufrir el sacrificio de reducir al mínimo sus necesidades para satisfacer las de los hijos menores, circunstancia que no se debe contemplar legalmente con la misma rigurosidad cuando se trata de hijos mayores en donde se debe buscar un mayor equilibrio entre la necesidad del progenitor y la necesidad del hijo. Por tanto, la fijación de estas medidas debe venir determinada conforme a los principios de necesidad de los hijos, privación y renuncia de los padres y ponderación equilibrada de las circunstancias concurrentes en todos ellos. En aplicación de este principio básico de la necesidad, es criterio común en la jurisprudencia el señalamiento de una suma mínima a cargo del progenitor no custodio, que no guarda una estricta correlación con sus ingresos, incluso aun en el caso que esté desempleado.

En concreto, y por poner algunos ejemplos, basándose en el estatus que siempre había venido disfrutando la hija, la SAP de Vizcaya (Sección 2.^a) de 14 noviembre 1997 incluye dentro de la pensión alimenticia gastos generados por vivienda de lujo (con piscinas, pistas de tenis...), excursiones, vacaciones, viajes al extranjero, estudios en la Universidad más cara de Madrid, etcétera, pues ha venido gozando de una economía desahogada desde su minoría de edad y no existe motivo, ni dato objetivo, para privarle de dicha situación cuando la capacidad de los progenitores, y en particular de la madre-recurrente, permite su mantenimiento sin quebranto alguno. La SAP de Barcelona (Sección 18.^a) núm. 584/2014 de 24 julio hace frente al problema que plantean los gastos ocasionados por la actividad de esquí de los hijos comunes, centrándose las discrepancias en su calificación como gasto extraordinario u ordinario, con las consecuencias que de ello se deriva. Considera la Audiencia, «ambos hijos son esquiadores de élite, han participado y participan en múltiples carreras y precisan entreno frecuente, desplazamientos y material para el desarrollo de esta actividad. Han esquiado desde los 4 años de edad y desde antes de la separación de hecho de sus padres lo practican, incluso reconocen las partes que esta actividad de los hijos determinó el traslado de la familia a vivir a Andorra, y el padre añade en su interrogatorio que está de acuerdo en que sigan haciéndolo. No pueden pues, considerarse imprevisibles los gastos ocasionados para el desarrollo de esta actividad de esquí de competición, como son los correspondientes a

preparador físico (230 euros/mes), cuota socio (1100 euros/mes/hijo), varios *stages*/año (700 euros/hijo), dos pares esquís/año/hijo (1800 euros/año/hijo), ropa esquí; desplazamientos a diferentes países para participar en carreras, Suiza, Francia, los Alpes, etcétera, pues si bien los desplazamientos son indeterminados en un principio, son constantes y repetidos cada año. Es evidente pues, que los gastos destinados a la actividad de esquí no son imprevistos, son habituales y necesarios para la práctica del deporte al que ambos progenitores mostraron su consentimiento y siguen consintiendo, tal como ambas partes manifestaron en sus correspondientes interrogatorios, por lo que no pueden considerarse gastos extraordinarios sino ordinarios, y, por tanto, incluidos entre los gastos alimenticios ordinarios, tal como solicitaba la parte actora».

La necesidad de que no sufra un brusco cambio es enfocada de manera novedosa por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla núm. 639/2008 de 29 octubre, sobre cuyos fundamentos volveremos. En la misma «se estima crucial que se establezca la cuantía de la pensión en correlación a esa real capacidad económica del padre, dado que en caso contrario, se sufriría el riesgo de que cuanto el niño sea mayor (10 u 11 años), cuando el Sr. Carlos Manuel tenga más de 70 años y no reúna idoneidad alguna para asumir la educación, disciplina y control de un adolescente, se produzca una situación de alienación parental invertida, que, lamentablemente, resulta común cuando existe un profundo desequilibrio entre la situación económica y riqueza de ambos progenitores. Porque los niños, cuando adquieren uso de razón, y su egoísmo supera sus vinculaciones afectivas y de apego, confunden su verdadero interés con el de una voluntad manipulada» alienada y marcada por un puro y libertino capricho. Se ha de procurar, por tanto, que, en la medida de lo posible, ese desequilibrio se nivele para que la calidad de vida del menor no experimente un brusco y patente cambio, puesto que esa apreciación le conduciría a optar por el núcleo familiar paterno o materno que más le convenga, en el que obtenga más beneficio, en el que disfrute de una vida más regalada y con menos limitaciones. Lamentablemente cada vez más se reproducen esos episodios que causan estragos en la estabilidad emocional y psicológica de los adolescentes. Dicho perjuicio, y con el ánimo de garantizar el interés superior y auténtico del menor, es el que se pretende evitar estableciendo una cuantía de pensión proporcionada al caudal, medios, recursos, bienes y poder económico del padre».

El peligro de este tipo de prácticas consistentes en fijar pensiones desmedidas es puesto de relieve, con acierto, por Cabezuelo Arenas cuyas reflexiones, por su interés, considero adecuado reproducir literalmente «no olvidemos, sin embargo, que los hijos

siempre tienen el recurso de someter a sus padres a verdaderos chantajes. Cuando no esté en juego la atribución de la vivienda familiar, que vaya ligada a la custodia que un progenitor ostenta sobre el menor y que permita a este "amenazar" al guardador con secundar modificaciones de medidas del que ostenta un derecho de visita para acceder al inmueble...». ¿No estaremos corriendo el riesgo de que conociendo el menor que constituye para el progenitor custodio «la gallina de los huevos de oro», le presione constantemente para eludir castigos y correcciones, so pena de «acercarse paulatinamente» al deudor de la pensión, secundar una modificación de medidas y pasar a vivir con él, liberando a este del pago de una cantidad exorbitante y privando al que intenta educarle, de unos nutridos fondos que ahora administra? Al fin y al cabo, como vulgarmente se suele decir, «hemos desnudado a un santo, para vestir a otro». Aquí la atribución de la guarda supondría, para el padre acaudalado, dejar de pagar una fortuna. ¿Se expondría a la modificación la madre, introduciendo las correcciones pertinentes en su educación?». ¹⁴ La asunción del cometido educador que le es propio por parte de quien administra los caudales, será más que dudosa. Si las sentencias partidarias de la guarda compartida contrapusieron la función antipática del guardador que imponía los correctivos necesarios para educar al menor, a la «simpática» que quedaba reservada a quien en los escasos momentos en que ejercía el derecho de visitas, trataba de ganarse al hijo concediéndole todo tipo de caprichos, se pregunta la autora si no se invertirán ahora los papeles. Se le antoja difícil reto para un guardador cortar las alas al hijo que indirectamente le facilita sumas considerables, cuando es más fácil no contradecirle lo más mínimo y retenerlo sin imponer correctivo alguno, ahora que el deudor difícilmente atraerá hacia sí a quien ya disfruta de todos los caprichos a merced de su contribución. Entraríamos ya en otra dinámica, pues debiendo el deudor vigilar cómo discurre el desempeño de la guarda, muy acusadas habrían de ser esas irregularidades para propiciar a su favor una modificación de medidas que le atribuyera la custodia. Asistiríamos a una pugna por esta en la que uno pretendería liberarse del pago y otro conservar la administración de lo que ya le ha sido confiado y así sucesivamente.

Constituye un ejemplo de esta tendencia a fijar pensiones alimenticias exorbitantes la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla núm.

¹⁴ CABEZUELO ARENAS, A.: «Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿Necesidades auténticas o creadas?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, septiembre, 2009, BIB2009/693, p. 4; CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Polémicas judiciales sobre el significado, fijación...*, 2010, p. 44.

639/2008 de 29 octubre¹⁵ en cuyo razonamiento merece la pena detenerse. Considera la Sentencia, «las necesidades del hijo alimentista, se ha de precisar que constituye una variable que dependerá no solo de lo que requiera el niño para cubrir esas necesidades en el sentido amplio reconocido en el art. 142 del CC sino también del entorno familiar en el que se dé cobertura a dicha obligación. Porque aun cuando todos seamos iguales ante la Ley, y no pueda existir discriminación por razón de nacimiento, lo cierto es que ese principio, elevado a la categoría de derecho fundamental en nuestra Carta Magna, constituye una mera abstracción y entelequia, pues en nuestra Sociedad, siguen existiendo pobres, ricos y clase media, y en cada una de esas categorías sociales el concepto de cobertura y satisfacción de necesidad es muy distinto.

Esa desigualdad real que impregna el tejido social, por un lado, y por otro el referido objetivo de intentar reequilibrar la calidad de vida ya viva con su madre o con su padre, es lo que conlleva a considerar que se valoren las necesidades del menor en la medida que puedan serle atendidas por ambos. Dado que la madre trabaja, requerirá de auxilio y apoyo doméstico para ocuparse del niño, se le habrá de garantizar una vivienda digna, adecuada y proporcional a la que podría ofrecerle su padre, una educación privada reservada a una élite social, que no asegura el éxito pero si multiplica sus posibilidades, ropa cara, atención sanitaria privada. Lujos de los que nunca podría disfrutar un niño de un barrio marginal ni que tampoco podría brindar a un hijo con su digno salario.

En atención a todo ello se considera proporcional y adecuada la cuantificación de la pensión en la suma de 3500 € si bien con la obligación de la Sra. Gema de matricular a su hijo para el curso que viene en el Colegio Bilingüe en el que también el padre ha expresado conformidad que curse estudios.

Una cuantía superior se reputaría excesiva, ya que, por un lado, esa pensión cubriría los gastos ordinarios del menor, y no los gastos extraordinarios que también serían afrontados por ambos progenitores, en una proporción del 75 % el padre y 25 % la madre, en atención al desequilibrio existente entre los recursos de uno y otro. Por otra parte, se ha de tener en cuenta que la pensión se establece para atender las necesidades exclusivamente del hijo, no de la madre, en cuyo favor no se ha solicitado pensión indemnizatoria o compensatoria de ningún tipo, como se ocupó de recordar el letrado de la demandante en el acto de la vista. Porque por muy vinculado que se encuentre el concepto de necesidades del alimentista al caudal y medios del alimentante, existe un

¹⁵ Sentencia comentada por CABEZUELO ARENAS, A.: «Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿Necesidades...», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, p. 3 y ss.

límite en cuanto a la pensión de gastos ordinarios de alimentos (no para los extraordinarios) que se corresponde con la cuantificación de lo que resulte preciso para cubrir todas esas necesidades en el contexto familiar y económico analizado». ¹⁶

Ahora bien, y teniendo en cuenta que, en el caso concreto resuelto por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, el niño tenía dos años, ¿de verdad es posible establecer una pensión alimenticia por un importe de 3500€ con el objeto de posibilitar mantener el estatus de que disfrutaba previamente a la ruptura? En este sentido, merece la pena detenerse en la SAP de Islas Baleares (Sección 4.^a) núm. 218/2016 de 30 junio pues, en primera instancia se había considerado que los litigantes habían venido residiendo en viviendas de calidad media-alta, provistas de piscina y jardín, a lo que estaban acostumbrados los hijos. Parámetro, entre otros, utilizado para fijar la pensión alimenticia de aquellos, indicando la sentencia que tienen derecho de disfrutar del nivel de vida de sus progenitores. Sin embargo, con buen criterio, discrepa la Audiencia porque la disminución del nivel de vida de los hijos producido por unas inferiores prestaciones de la vivienda en que residan, en relación con las anteriores de que disfrutaban, no tiene por qué incidir desfavorablemente en su desarrollo físico, intelectual y moral, sobre todo si se considera que tales prestaciones –jardín y piscina– son un plus accesorio e innecesario para ese fin y son añadidos a lo que puede ser considerado como vivienda digna, aparte de que el padre asume los gastos escolares en su totalidad, incluido el comedor en el centro, así como el seguro médico de los menores y las actividades extraescolares de tenis y ballet, desembolsos todos ellos que contribuyen decisivamente al desenvolvimiento y preparación de los hijos.

Algunas de las sentencias analizadas a lo largo de las páginas precedentes ponen el acento en que no cabe dudar que el menor está acostumbrado a un nivel de vida elevado. Lo que, por lo general, no supone problema alguno en cuanto al mantenimiento de dicho nivel de vida tras la ruptura de sus progenitores si los padres, pese a la duplicidad de gastos que suponen las nuevas circunstancias, pueden permitírselo. ¹⁷ Lo que no es de recibo es que, en palabras de Cabezuelo Arenas, «alcance cimas que no había escalado jamás» y ello con las finalidades más diversas.

¹⁶ No este el único caso en el que conceden pensiones elevadísimas. Así, por ejemplo, las SSAP de SAP de Barcelona (Sección 18.^a) núm. 483/2008 de 16 julio y Barcelona (Sección 12.^a) núm. 899/2009 de 22 diciembre establecen una pensión de alimentos a cargo del padre y a favor de la hija menor de 1000 € mensuales. En 2500 € mensuales es fijada por la SAP de Islas Baleares (Sección 4.^a) núm. 44/2011 de 17 febrero.

¹⁷ SAP de Barcelona (Sección 12.^a) núm. 899/2009 de 22 diciembre.

Consideraciones como las recogidas en párrafos anteriores conducen a fijar pensiones excesivas que pueden traducirse en la administración por uno de los progenitores de fondos que no le han sido reconocidos por otros conceptos, singularmente por la vía del art. 97 CC al no existir desequilibrio, accediendo a unas cantidades que podrá destinar a sus propios fines.¹⁸ En esta idea profundiza la SAP Cáceres (Sección 2.ª) núm. 269/1996 de 14 noviembre pues se solicita un aumento de la pensión alimenticia teniendo en cuenta las necesidades de la madre de las mismas. Como no podía ser de otro modo, la Audiencia pone el acento en que las beneficiarias de la pensión son las hijas y a sus necesidades hay que estar a la hora de determinar si esta ha aumentado y si se ha producido o no una alteración sustancial de las circunstancias. Literalmente, expresa la Sentencia: «conduce lo dicho al decaimiento de la apelación; conocida es desde Roma la fórmula jurídica del divorcio: «tibi habeas res tuas» (toma lo tuyo, devuélveme lo mío) contemplada en las *Doce tablas* y en los autores Marcial y Apuleyo; para bien o para mal, los términos del divorcio presente en lo que afecta a la esposa, son esos; no otros; el desacuerdo con ellos ahora, de este modo, no trasciende, habiendo de preguntarse si las cosas debieron de plantearse de una u otra manera; en cualquier caso, no cabe lo pretendido, remitiéndonos a la sentencia de instancia; y no procede tampoco ese aumento de los alimentos, por lo dicho, y porque no hay trasvase de un concepto, pensión compensatoria (destinada al cónyuge desequilibrado con la reparación en sentido económico, 97 Código Civil) y pensión de alimentos encaminada a que las hijas tengan asegurada su existencia básica), con independencia de que esta última renta mensual la administre la esposa, a cuyo cuidado y guarda están las niñas». A la misma idea responde la SAP de Málaga (Sección 6.ª) núm. 734/2013 de 11 diciembre pues la pensión pretendida por la demandante-apelante a favor del menor hijo común engendrado con el demandado es desmesurada y por completo desproporcionada, incluyendo en sus necesidades partidas improcedentes (suministros, teléfono, gasolina, seguro del vehículo, imprevistos, reparaciones, fines de semanas, etcétera) y otras que deben conceptuarse de gastos extraordinarios (gastos médicos y farmacéuticos), el tribunal considera que la cantidad establecida es adecuada a un menor de la edad expresada, no cabiendo incluir en esa partida otra serie de gastos que irían más bien dirigidos a satisfacer necesidades que quien se constituye como progenitora custodia. La SAP de Segovia (Sección 1.ª) núm.

¹⁸ CABEZUELO ARENAS, A.: «Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿Necesidades...», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, p. 6-7; CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Polémicas judiciales sobre el significado, fijación...*, 2010, p. 41.

64/2016 de 2 febrero, por su parte, afirma que la pensión actual de casi 760 euros mensuales a cargo del padre, teniendo en cuenta que además también la madre debe contribuir a la manutención de la menor, excede de las necesidades de esta, como lo evidencia el hecho de que parte de dicha pensión no se destine a sufragarlas, sino al pago de las hipotecas cuyo pago asumió la demandada en exclusiva. En definitiva, destaca la SAP de Islas Baleares (Sección 4.ª) núm. 218/2016 de 30 junio, aunque la madre de los menores pueda beneficiarse de manera indirecta del importe de la pensión alimenticia de sus hijos, se trata de una prestación pensada en único interés y beneficio de los menores que es al que se debe tender y respetar, como deriva además del art. 146 del mismo texto legal, sin perjuicio de que sea su madre quien administre dicha pensión. Para concluir esta sintética ejemplificación, no se puede prescindir de mencionar la SAP de Sevilla (Sección 5.ª) de 17 marzo 2004 en la que se afirma, para fijar la pensión, también debe tenerse en cuenta las necesidades de las hijas, y desde luego para satisfacer las necesidades de dos niñas de siete y cinco años y darles un nivel de vida y bienestar que corresponda con el que puede disfrutar su padre por su nivel de renta, la cantidad que solicita la madre (12 086,66 € mensuales), no solo resulta excesiva y exagerada, sino que la Sala entiende que incluso resulta inconveniente y desaconsejable para una adecuada y correcta educación y formación de las menores. Y si a este argumento podría oponerse que la educación es un derecho de los padres y que los poderes públicos no tienen por qué incidir en lo que estos se gastan por y para sus hijos, habríamos de responder que ello es cierto, pero mientras que los padres actúen de común acuerdo, pues si discrepan, como es el caso, cuando ambos consideran que las necesidades de sus hijas están cubiertas con cantidades tan dispares como las que exponen en demanda y contestación, han de ser los tribunales quienes en definitiva valoren lo que se estima necesario para atender a la educación, formación, desarrollo, ocio y esparcimiento de los menores. Por ello consideramos desproporcionada la suma de dos millones mensuales de las antiguas pesetas que pide la madre para sus hijas, pues razonable y objetivamente no resulta posible gastar esa cantidad para atender lo necesario y conveniente para las hijas, por lo que en definitiva el sobrante vendría a suponer en realidad un complemento de la pensión compensatoria de la madre, y desde luego no es esa su finalidad. Por todas estas consideraciones estima la Sala que la cuantía de la pensión de alimentos para las dos hijas del matrimonio que el padre debe entregar a la madre mensualmente es la de 3606 € cantidad que se considera adecuada y proporcionada al nivel de ingresos de su padre y a las necesidades de las menores, y con la que podrán disfrutar de un bienestar idóneo,

suficiente y proporcionado a la situación económica paterna. Cantidad en la que no se incluye el pago de la renta de la vivienda en la que residen y que deberá satisfacer igualmente el padre.

En conclusión, comparto plenamente la afirmación contenida en la SAP de Valencia de 8 noviembre 1994, pues la prestación económica de la pensión de alimentos por el progenitor que no convive con el menor pueda suponer nunca fuente de ingresos personales para el que tiene confiada la guarda y custodia de este.

En definitiva suelen procurar los tribunales el mantenimiento del estatus y nivel de vida que el menor venía disfrutando con anterioridad. Otra cosa es si el progenitor alimentante atraviesa una situación de grave dificultad económica, y dado que salvo en supuestos extraordinarios no es posible prescindir del mínimo vital, resulta o no oportuno plantearse cuáles son las verdaderas necesidades del menor, delimitando lo verdaderamente necesario de lo prescindible (la asistencia a un colegio privado cuando hay uno público en la misma calle o las clases de equitación por poner dos ejemplos). Desde mi punto de vista, no cabe duda alguna que habrá que diferenciar aquello que es necesario de lo que podría ser conveniente, incluso superfluo, si la situación económica por la que atraviesa el progenitor alimentante fuera otra del mismo modo y manera que acontecería si sus padres no hubieran roto pues a buen seguro deberían recortar los gastos si sus ingresos habían descendido.¹⁹

Es más, aunque el alimentante no se encuentre en precaria situación, como indica la SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 486/2008 de 21 noviembre cuando afirma que «el hecho de que los medios económicos del obligado a prestar alimentos sean elevados, no determina necesariamente que la correspondiente contribución alimenticia haya de serlo también, pues efectivamente su límite ha de hallarse en las necesidades del alimentista, valoradas en función del nivel de vida en que este se desenvuelva, a los efectos y con la finalidad de mantener idéntica situación y beneficio, sobre todo teniendo en cuenta que ese beneficio, el denominado *bonus o favor filii*, constituye el objetivo principal al que han de encaminarse estas medidas acordadas a favor de los hijos».

¹⁹ La misma opinión mantiene DÍAZ MARTÍNEZ, A. «Una relectura de los presupuestos para la fijación y modificación de medidas en procedimientos de separación y divorcio a la luz de la crisis económica», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 7, 2012, BIB 2012\3142, p. 6.

El derecho a la procreación en el Estado de Derecho

The right to procreate in the Rule of Law

Cynthia Cuenca GONZÁLEZ ZÚÑIGA - UNAM

RESUMEN: El papel de los derechos humanos es fundamental en el ámbito de los avances biotecnológicos, ya que sirven como orientadores éticos en las aplicaciones de la Biotecnología y viceversa. Por eso los derechos humanos deben adaptarse a la nueva circunstancia de la existencia humana. Dentro de este contexto se encuentra el tema del derecho a la procreación, en el cual se ve reflejado el ejercicio de los principios de libertad y autonomía de la persona.

Bajo esta perspectiva encontramos una explicación dentro de los llamados derechos reproductivos como fundamento del derecho a la procreación, siendo reconocido como un derecho humano y que se encuentra establecido en diversos instrumentos internacionales. Esta afirmación se deriva, ya que la imposibilidad de tener hijos por medios naturales afecta directamente a la salud de estas personas. Es por ello que el Estado tiene la obligación de procurar la salud integral de toda persona, incluyendo lo referente a la salud reproductiva.

ABSTRACT: The role of human rights is essential in the field of biotechnological progress because they are useful as ethical guide in the application of Biotechnology and vice versa. Therefore, human rights must adjust to the new situation of human existence. Within this context is that the right to procreate is found, in which the exercise of the principles of freedom and autonomy of the person is reflected.

It is in this vein that we find an explanation within the so-called reproductive rights as the foundation of the right to procreate, thus being recognized as a human right and that is recognized in various international documents. This statement is derived as the inability to have children by natural means directly affects the health of these people. That is why the State has an obligation to ensure the overall health of everyone, including with regard to reproductive health.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es resultado del avance de la investigación doctoral que he estado realizando dentro del Programa de Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, cuyo título es *El Derecho a la procreación como derecho humano dentro del sistema jurídico mexicano*. En dicha investigación se aborda el derecho a la procreación como un elemento fundamental del derecho a la salud y, específicamente de la salud reproductiva. Este derecho obliga al Estado no solo a respetarlo, sino también debe proporcionar todos los medios necesarios para que se logre.

El papel que juegan los derechos humanos es primordial en el ámbito de los avances biotecnológicos, ya que fungirán como orientadores éticos en las aplicaciones de la Biotecnología. Sin embargo, también esa función orientadora va hacia el sentido opuesto, es decir, los descubrimientos científicos e innovaciones tecnológicas proyectan sobre el código de los derechos humanos. Por lo tanto, los derechos humanos se ven en la necesidad de ampliar continuamente su radio de acción para adaptarse a la nueva circunstancia de la existencia humana.

Es así que en un plano de sistematización de los derechos humanos, se torna necesario crear nuevos derechos, si es posible, para poder entender esta dinámica creada entre la Biotecnología y los Derechos Humanos. Dentro de esta nueva conceptualización podríamos incluir, entre otros: el derecho al patrimonio genético, el derecho a la autonomía genética, el derecho de confidencialidad de los datos genéticos, el derecho a la no discriminación genética, el derecho a beneficiarse del progreso biotecnológico, el derecho a no saber, el derecho a morir y, el derecho a la procreación.

Dentro del contexto de los derechos humanos hemos intentado abordar el tema de la procreación y, más específicamente, el derecho a la procreación, como un derecho humano, en el cual una de sus manifestaciones es la libertad de una persona a decidir si ha de reproducirse o no, y, a través de qué medios. Por ello abordaremos esta cuestión también

desde la óptica de los llamados derechos reproductivos, tanto en el sentido positivo como en un sentido negativo.

Asimismo cabe resaltar que, en la actualidad, las constituciones modernas de los Estados de Derecho y también los Tratados internacionales de Derechos Humanos le han dado un contenido importante a estos derechos, obligando al Estado a respetarlos, pero también a buscar los mecanismos necesarios para que se cumplan.

II. PROCREACIÓN O REPRODUCCIÓN HUMANA

La procreación es el término que designa al proceso biológico que consiste en la reproducción y multiplicación de la propia especie. La procreación no es exclusiva del ser humano, cualquier ente biológico tiene su propio proceso de procreación o de reproducción.

Asimismo, la procreación o reproducción humana, no solo cumple una función meramente biológica, también responde a factores sociales y psicológicos, en el hecho de crear un vínculo afectivo con un ser que es mi descendiente directo.

Este deseo o aspiración a la procreación puede verse truncado cuando no se tiene la capacidad natural para procrear. Es en este punto donde las técnicas de reproducción asistida han dado respuesta a este deseo de convertirse en «padres».

En este contexto han surgido tesis que defienden la existencia del «derecho a la procreación»¹, y una de las manifestaciones de este derecho es la libertad de cada persona de elegir el medio a través del cual se desea materializar este derecho: ya sea por medios naturales o a través de técnicas de reproducción asistida.

Cabe resaltar que las técnicas de reproducción asistida han introducido un factor diferenciador en el proceso reproductor, ya que permite dissociar sexualidad y reproducción

¹ Cuando hago referencia al llamado «derecho a la procreación» lo hago con relación a la procreación humana, ya que como puntalicé al inicio, la procreación no es exclusiva del ser humano.

y que, tanto mujeres como hombres puedan materializar la maternidad y la paternidad.

Con esta visión se ha abierto el debate, ya no solo a la licitud de estas técnicas sino también a la legitimación para recurrir a estos tratamientos.

En este estudio pretendo analizar si realmente existe un derecho a procrear y a quién le corresponde ese derecho, si a los cónyuges o también a parejas de hecho, o a sujetos individuales, e incluso, si es posible reconocer la titularidad de ese derecho a toda persona sin tener en cuenta si es estéril o no.

Si se reconoce el derecho a la procreación puede derivar en una legislación permisiva y limitada a la aprobación de ciertos criterios administrativos y sanitarios. Por otra parte, si se niega la existencia de este derecho se puede dar una legislación en la que el acceso a técnicas de reproducción asistida estén restringidas a casos muy particulares y excepcionales.

III. CONTENIDO DEL DERECHO A PROCREAR.

Al hablar del derecho a la procreación se debe precisar la naturaleza de este. La doctrina conviene en afirmar que el contenido de este derecho puede separarse en dos: uno positivo que comprende la decisión de procrear además de la libre elección de con quién y cuándo hacerlo, y uno negativo, que protege la decisión del sujeto de rechazar su propia procreación.²

Si partimos de la afirmación de que sí existe el derecho a la procreación encontramos su fundamento en dos visiones distintas. Por un lado, se puede considerar como un derecho autónomo derivado de la dignidad humana, sujeto a ciertos límites, o por el contrario, considerarlo que se encuentra reconocido de manera implícito en otras normas jurídicas, sujeto a las mismas de limitaciones de esos derechos.

² En la doctrina anglosajona una tesis defendida por un importante sector reconoce en el aspecto negativo, en el *procreative liberty*, diversas opciones que van desde la abstinencia de relaciones sexuales, uso de anticonceptivos, rechazo de tratamientos contra la esterilidad y el derecho de acceder al aborto.

En el mismo sentido, se afirma que la libertad personal, la autonomía y la intimidad en las decisiones familiares permiten afirmar la existencia del derecho a procrear, ya sea por medios naturales o a través de la reproducción artificial. Desde este punto de vista, la libertad del sujeto es lo fundamental y cualquier limitación debe ser considerada como excepción. Así tenemos que el ejercicio de esta libertad personal permite elegir cuándo y con quién procrear, así como la manera de realizarlo.³

Los defensores de esta posición, como Fernando Abellán García, establecen que en el derecho a la procreación se debe distinguir entre dos planos distintos, uno, que es el estudio del mismo desde una perspectiva de los derechos sociales, que son incluidos normalmente en los textos constitucionales; y dos, la prospección del derecho a la procreación dentro del marco de los derechos biotecnológicos. Esta segunda visión, tendrá relación directa con la utilización de las técnicas de reproducción asistida y donde se han desarrollado algunas leyes que regulan su contenido y límites.⁴

Por otro lado, es importante también hacer el estudio del derecho a la procreación vinculado a la tecnología, en lo que puede denominarse derecho a la procreación artificial. En este ámbito existen límites que no están previstos en la reproducción natural, siendo que en esta vertiente se trata de someterlo a controles y límites por parte de los poderes públicos. Y ¿cuál podría ser la justificación de imponer dichos controles y límites? La respuesta podría ser que, dada la complejidad y riesgos asociados a dichas técnicas es necesario tener en consideración otros intereses involucrados en las decisiones reproductivas como los de los futuros hijos.⁵

De esta forma tenemos que este derecho a procrear estará comprendido por elementos como el derecho a la salud, el derecho a fundar una familia, el derecho a decidir libre y

³ Esta postura la sostiene Yolanda Gómez Sánchez en su obra *El derecho a la reproducción humana* donde establece que el eje central del derecho a la reproducción humana es la libertad personal y la autonomía, así como el libre desarrollo de la personalidad. Cfr. Gómez Sánchez, Yolanda *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Editorial Marcial Pons – Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 192.

⁴ Abellán García, Fernando, «Derecho a la procreación», *Enciclopedia de Bioética y Bioderecho*, p. 569.

⁵ Dentro de las técnicas de reproducción asistida es necesario contar con la participación de una tercera parte, que es el médico.

responsablemente el número y espacio entre los hijos, el derecho de acceder a la información y educación sobre planificación familiar, el derecho a acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de la esterilidad, con la reproducción asistida. Con esta perspectiva, podríamos enmarcar al «derecho a la procreación» dentro de los llamados derechos reproductivos, ya que abarcan los elementos antes mencionados.

IV. DERECHO A LA PROCREACIÓN COMO PARTE INTEGRAL DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

Desde el plano de la doctrina, existen esfuerzos por clasificar y sistematizar a los derechos humanos. Una forma de hacerlo es a través de las siguientes categorías: como derechos positivos y como derechos negativos. Los derechos negativos son aquellos que se definen por obligaciones ajenas de no injerencia en la vida privada, por lo que la función del Estado es no intervenir en ellos más que de forma negativa. En contraparte, los derechos positivos imponen a otros la realización de determinadas actividades.

Con la perspectiva de los derechos humanos y su vinculación con la procreación o reproducción humana, se puede abordar desde dos vertientes. La primera es referirse como un derecho negativo, donde existiría un límite a la injerencia de terceros y también del Estado en la capacidad de reproducirse.

Otra visión sería como derecho a ser padres o a tener hijos, el cual sería considerado como un derecho positivo, en donde el Estado debería de involucrarse a concretar ese derecho, ya sea por medios naturales, a través de la reproducción asistida y aún con la adopción.

Asimismo se puede considerar el reconocimiento de dichos derechos a nivel constitucional. Si existe un reconocimiento, la legislación es amplia y permisiva, limitando su ejercicio a ciertas cuestiones sanitarias o administrativas. Si no se da el reconocimiento, se puede optar por no permitir el acceso a las técnicas de reproducción asistida o que solo se haga en casos excepcionales.

Con todos estos elementos, considero que sí existe cierto reconocimiento a aspectos negativos del derecho a la reproducción, como ejemplo sería la protección de las personas a rechazar su propia fecundidad.⁶ Por otro lado, hay más renuencia a considerar los aspectos positivos de este derecho.⁷ En este sentido, Chan y Ho consideran que para un ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos, se debe contar tanto con los aspectos positivos y negativos.⁸ Con esta explicación, podríamos incluir al derecho a la procreación o a la reproducción dentro de los derechos sexuales y reproductivos.

Los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos han tenido un recorrido largo para ser reconocidos a nivel internacional. El desarrollo de estos derechos se ha tomado de referencia en temas relacionados con la planificación familiar, en el desarrollo del área de salud y cuestiones económicas de los países.

En la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos, *Conferencia de Teherán* (1968) se señaló que el derecho a la reproducción era un derecho de los padres. De manera posterior, en la Conferencia sobre Población de Bucarest (1974) se puntualizó que era un derecho de parejas e individuos. Ya en la Primera Conferencia sobre la Mujer, realizada en México (1975), se abordó el tema desde una perspectiva del derecho a la integridad corporal y al control de las mujeres sobre su capacidad reproductiva.

El término derechos reproductivos fue acuñado por primera vez por la feminista Marge Berer,⁹ pero su legitimidad política inicia a mediados de la década de los años ochenta con la Reunión Internacional sobre Mujeres y Salud en Ámsterdam y la Conferencia Internacional de Población en México, de 1984.

⁶ Aquí podemos incluir la abstinencia, acceso a métodos anticonceptivos o incluso rechazo a los tratamientos de fertilidad.

⁷ En este caso tendríamos que facilitar la decisión de reproducirse naturalmente o no, que incluiría la elección de con quién, cuándo y cómo.

⁸ Chan, C. C. y P. C. Ho, «Infertility, assisted reproduction and rights» *Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology*, volumen 20, número 3, pp. 369-380.

⁹ Durante los últimos 30 años Marge Berer se ha enfocado en el tema del VIH y la salud sexual y reproductiva, la promoción de los preservativos, los derechos reproductivos de las mujeres y la mortalidad materna y el derecho de las mujeres al aborto seguro y legal a nivel internacional.

La conceptualización de los derechos reproductivos se da en 1994, en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIDP), en el marco de las Naciones Unidas. En dicha sesión, se revisó y evaluó la implementación del Programa de Acción que surgió de la misma y, se consideraron a los derechos reproductivos como un derecho fundamental tanto de las parejas como de los individuos.¹⁰

En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo se establecieron quince principios relacionados con la salud sexual y reproductiva.¹¹ En su capítulo VII, llamado «Derechos reproductivos y salud reproductiva», específicamente en el párrafo 7.2 se establece el desarrollo de los derechos reproductivos como derechos humanos. Al año siguiente, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, este planteamiento fue ratificado y se agregó lo siguiente:

Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas y de cada persona a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.¹²

De esto se puede desprender que los derechos sexuales y reproductivos son aquellos derechos específicos que se desprenden de los derechos humanos en general y que se refieren a la posibilidad de gozar de salud sexual y reproductiva.

Los valores y principios que envuelven a los derechos reproductivos y que, en última instancia, los fundamentan se refieren a: la libertad, la autonomía, la pluralidad, la responsabilidad y la inclusión social.¹³

¹⁰ Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo.
<http://www.un.org/es/development/devagenda/population.shtml>

¹¹ Organización de las Naciones Unidas, *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo*, El Cairo, Egipto, 5-13 de septiembre, 1994.

¹² *Ibid*, párrafo 96.

¹³ Bernal, Gloria Elena, *Jóvenes, sexualidad y derechos: Cartas de navegación*, México, Instituto de Liderazgo Simone de Beauvoir, 2004, pp. 41-48.

V. CONCLUSIONES

La procreación o reproducción humana concebida como una actividad derivada de un acto de voluntad que involucra decisiones personales tales como reproducirse o no, con quién, con qué objetivo y cuántas veces, es importante preguntarse sobre si debe existir en esa decisión un espacio de intervención pública.

El fundamento de la existencia del llamado derecho a la procreación se sustenta en principios de autonomía y libertad, que, entraría en la esfera de la vida privada de cada persona y, como ya hemos revisado, se constituye como un derecho humano, donde el Estado debe abstenerse de intervenir en esas decisiones tan trascendentales.

Por otro lado, en el ámbito de los derechos reproductivos, como quedó asentado en este estudio, debe existir, además del respeto por parte del Estado a la autonomía de cada persona en decisiones de su reproducción, también este debe garantizar que ese derecho a la procreación pueda materializarse de manera efectiva, dando entrada a considerarse como un derecho de carácter social.

El reconocimiento de los derechos reproductivos como parte constitutiva de los derechos humanos marca un gran avance en la conceptualización de los derechos individuales y sociales. El derecho a la salud reproductiva, se refiere al derecho a acceder a servicios de salud de calidad, a la información amplia y oportuna sobre una gama completa de servicios. En este sentido, los derechos reproductivos no son solo derechos individuales, sino que su ejercicio requiere también del reconocimiento de derechos sociales, por lo tanto el derecho a la procreación se puede delimitar dentro de estos derechos reproductivos, que han sido reconocidos en múltiples instrumentos internacionales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN GARCÍA, Fernando: «Derecho a la procreación», Romeo Casabona, Carlos María (director), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo I, Granada, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco – Editorial Comares, 2011.

BERNAL, Gloria Elena: *Jóvenes, sexualidad y derechos: Cartas de navegación*, Instituto de Liderazgo Simone de Beauvoir, México, 2004, pp. 41-48.

ÁLVAREZ DÍAZ, Jorge Alberto: «Derecho a la salud y acceso a las técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica.

CHAN, C. C. y P. C. Ho: «Infertility, assisted reproduction and rights» *Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology*, volumen 20, número 3, pp. 369-380.

ESTEINOU, Rosario (coordinadora): *La nueva generación social de familias. Tecnologías de reproducción asistida y temas contemporáneos*, México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 2012.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Editorial Marcial Pons – Universidad Complutense de Madrid, 1994.

MANUAL Internacional de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990.

MARCOS DEL CANO, Ana María: *La Bioética y el Bioderecho desde los Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2011.

SILVA GARCÍA, Fernando: *Garantismo Judicial. Libertad Reproductiva*, México, Editorial Porrúa, 2011.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo*, El Cairo, Egipto, 5–13 de septiembre, 1994.

WARNOCK, Mary: *Fabricando bebés, ¿existe un derecho a tener hijos?* Barcelona, Editorial Gedisa, 2004.

DATOS DE CONTACTO:

Mtra. Cynthia Cuenca González Zúñiga

e-mail: ccuenca.gonzalez@gmail.com

blog profesional: <http://on.fb.me/1K13UtH>

LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN

María RODRÍGUEZ LÓPEZ (Universidad de Oviedo)

RESUMEN

Las más recientes reformas en el campo de Derecho de Familia han supuesto una importante modificación en el tratamiento de la filiación, especialmente en lo referido a aquella que se produce entre personas del mismo sexo.

En el caso de la doble maternidad, la actual normativa presenta como principales problemas la laxitud exigida en el cumplimiento de los requisitos, así como también la propia configuración legal del sistema, que puede llegar a producir situaciones discriminatorias para la madre biológica.

En lo referido a la filiación entre varones, adquiere especial relevancia la maternidad subrogada, cuya utilización, a pesar de la prohibición expresa del legislador español, ocasiona una problemática específica, en la que intervienen factores tanto jurídicos, como también éticos o morales.

The most recent legal reform in Family Law has caused a significant alteration in filiation regulation, especially for filiation between homosexual couples.

In filiation cases between two women, the main problems have been caused because of the laxity in the requirements to reach these situations. Also because of the legal structure, which can produce a discriminating position for the biological mothers.

In filiation cases between two men, it is necessary to remark the surrogate motherhood. Although the specific prohibition in Spanish Laws, it causes particular problems, which must be solved using both legal and ethic arguments.

INTRODUCCIÓN

La filiación es uno de los aspectos fundamentales del Derecho de Familia. Las últimas modificaciones en su regulación derivan tanto de los avances de la medicina como de las propias transformaciones sociales, y plantean una serie de cuestiones hasta ahora desconocidas, especialmente relacionadas con la determinación de la filiación.

Una de estos problemas emergentes se refiere a la filiación entre personas del mismo sexo, cuyo punto de partida ha sido la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Posteriormente, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, ha abierto la posibilidad de que personas del mismo sexo accedan a la filiación, a través de mecanismos que originan situaciones de doble maternidad. En el mismo sentido, aunque

circunscrito al caso de matrimonios entre varones, surge el debate de la maternidad subrogada, tan polémica y cuestionada en estos momentos, a tenor de la disparidad de las últimas resoluciones judiciales dictadas en la materia. La protección del interés de los hijos, objetivo fundamental del Derecho de Familia, permite analizar estas nuevas situaciones no solo desde un plano jurídico, sino también desde un punto de vista ético y personal.

LA FILIACIÓN ENTRE MUJERES

En lo referido a los casos de doble maternidad, la ya mencionada norma ha supuesto una importante modificación respecto a la regulación anterior sobre esta misma materia, permitiendo que la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida pueda darse tanto para solucionar problemas de infertilidad, como para crear vínculos filiales en situaciones que por naturaleza sería imposible.¹

El artículo 7.3 de esta Ley dispone que «cuando una mujer estuviere casada y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

Establece por lo tanto este sistema la posibilidad de constituir un vínculo de filiación a través únicamente del consentimiento prestado por la madre no gestante, lo que puede entenderse como una tercera vía de filiación, distinta de la filiación adoptiva y por naturaleza, expresamente recogidas en el artículo 108 del Código Civil, y que cuentan con una regulación expresa en el ordenamiento jurídico.²

El tratamiento jurisprudencial de esta cuestión no es acorde a la propia normativa. En muchas de las resoluciones dictadas no se atiende a los requisitos exigidos legalmente, sino que se alcanzan resultados divergentes que podrían llegar a ser considerados en fraude de ley. Tal es el caso de la determinación de la filiación por consentimiento y por posesión de estado, reconocida en la Sentencia del Tribunal

¹ En otros países europeos, como Francia, el acceso a estas técnicas está mucho más restringido, limitándose exclusivamente a solucionar problemas de infertilidad. (Cfr. Jarufe Contreras, D. *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción «versus» técnicas de reproducción asistida*. Ed. Dykinson, 2013, p. 98).

² Cfr. Bárber Cárcamo. «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR n.º 8*, diciembre 2010, p.29.

Supremo de 5 de diciembre de 2013. Se fundamentó esta decisión en el consentimiento otorgado por la mujer no gestante para la utilización de la fecundación in vitro, y también en el rol de madre ejercido por la misma mujer sobre el hijo nacido.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014 obvia cualquier requisito exigido en la normativa aplicable. En este asunto se reconoció un vínculo de filiación únicamente tomando en consideración como título la posesión de estado, aun cuando faltaba el vínculo matrimonial entre las mujeres implicadas, que habían estado conviviendo *more uxorio* durante los tres años siguientes al nacimiento del hijo de una de ellas. Es además, paradójico en este caso, que entre las mismas litigantes se había sustanciado anteriormente un proceso judicial, que culminó con Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011, que determinó en favor de la mujer no gestante la condición de «allegada», según lo establecido en el artículo 160 del Código Civil.³ Esta consideración le reconoció a la mujer no gestante la posibilidad de mantener relaciones personales con el hijo, pues tal y como reza la resolución, en su Fundamento Jurídico 5.º, «el niño no puede ver recortada su relación y comunicaciones con personas que le son próximas humana y afectivamente, por causa de las diferencias entre dichas personas».

A pesar de dicho fallo, el mismo Tribunal, apenas tres años más tarde, modifica por completo sus argumentaciones, pasando a reconocer el vínculo filial en función únicamente de la posesión de estado. Parece claro, por lo tanto, que las situaciones de doble maternidad y los conflictos que los consentimientos requeridos originan son muestra de las incoherencias que se producen a la hora de tratar estas cuestiones. Esto se traduce en la práctica en situaciones discriminatorias que ofrecen privilegios a las mujeres no gestantes frente a las madres biológicas. Estas madres biológicas carecen de mecanismos que eviten el establecimiento de relaciones de filiación entre sus hijos y sus cónyuges, aun sin existir vínculo alguno entre ellos. Los tribunales no han ofrecido una respuesta eficaz para estos casos, y sus pronunciamientos, en ocasiones, no hacen sino aumentar la inseguridad que ya de por sí estas cuestiones suscitan.

La doctrina jurisprudencial muestra una clara tendencia al abandono de la verdad biológica, aun a pesar de ser la base de las relaciones familiares. Cada vez es más habitual el recurrir a la posesión de estado y al consentimiento como título de

³ Art. 160, 2.º párrafo CC: «no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados».

atribución de la filiación, aun cuando este no cumpla los requisitos legalmente exigidos. Aceptar esto evidencia la laxitud que existe en el cumplimiento de las normas de determinación de las relaciones paterno-filiales en las técnicas de reproducción asistida.

LA FILIACIÓN ENTRE VARONES. LA MATERNIDAD SUBROGADA

La maternidad subrogada ofrece una problemática específica, que cuenta con un desarrollo jurisprudencial y doctrinal específico, aun a falta de una verdadera regulación a tal efecto.

Pérez Monge define esta situación como «aquel contrato gratuito u oneroso, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar al nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)». ⁴

La maternidad subrogada está expresamente prohibida en el ordenamiento jurídico español, tal y como dispone el artículo 10 de la ya citada Ley 14/2006.⁵ No obstante, su utilización en el extranjero ha sido una práctica recurrente a lo largo de los últimos años, lo que ha producido una importante divergencia de posturas en lo que a la aceptación de sus efectos se refiere.

En primer lugar, las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado se muestran conformes a la aceptación de dichos efectos, siendo destacables las dictadas el 18 de diciembre del 2009 y el 5 de octubre del 2010. Ambas se basan en la discriminación que supondría para los matrimonios formados exclusivamente por varones la imposibilidad de inscribir la filiación, tanto en relación con los matrimonios heterosexuales, como con respecto a los integrados por dos mujeres, para los que la propia Ley de Reproducción Humana Asistida permite el establecimiento de situaciones de doble maternidad. En el caso de la resolución del 2010, se modifica sensiblemente su

⁴ Pérez Monge, «La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida». *Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 2002, p. 329.

⁵ Art. 10 Ley 14/2006: «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

contenido, requiriendo asegurar la plena capacidad de obrar de la madre biológica, e intentando así reforzar su posición.

Si bien es cierto que ninguna de las dos resoluciones entra a analizar el fondo del asunto, sino que se limitan a controlar los requisitos formales de acceso al Registro Civil, parece evidente que en la práctica, la maternidad subrogada ha supuesto conflictos relacionados con el posible rechazo de los padres comitentes, o incluso reclamaciones posteriores por parte de la madre biológica, como han demostrado los casos mediáticos que se han producido en diversos países.⁶

También los tribunales españoles se han pronunciado sobre la maternidad subrogada, si bien optando por una postura contraria a la aceptación de sus efectos. Destaca en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que deniega la inscripción de dos menores como hijos de un matrimonio entre varones. El fallo se fundamenta en dos problemas importantes en este punto, como son la mercantilización de las mujeres portadoras, y la vulneración del interés superior de los hijos, al situarlos como meros objetos de un contrato. En ellos se sitúa a las madres en una posición que se aprovecha de las difíciles condiciones presentes en la mayoría de ellas, y que las llevan a prestarse a estas prácticas, especialmente en países como Tailandia o India, en donde existen las llamadas «granjas de mujeres». De la misma forma, el hijo adquiere la condición de mera mercancía, al situarse como objeto en una relación contractual entre particulares. Esto supone una vulneración del principio fundamental del *favor filii*, pues los coloca en una situación de incertidumbre con claras consecuencias perjudiciales para ellos.

La aceptación o no de la gestación por sustitución también se ha discutido en el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha ofrecido una postura intermedia en lo relativo al reconocimiento de sus efectos, especialmente a partir de su Sentencia de 24 de junio de 2014. El asunto se refiere a los casos de *Mennesson* y *Labassee*, dos matrimonios franceses heterosexuales, que tras recurrir a la maternidad

⁶ En Canadá, en el año 2010, la madre de sustitución rechazó practicar un aborto cuándo el feto fue diagnosticado con síndrome de Down, aun a pesar de la solicitud de los padres comitentes. Otro caso es el de la niña india Manji, a la que el matrimonio japonés que recurrió a la maternidad subrogada se negó a reconocer al iniciar un proceso de divorcio durante el periodo de gestación. Uno de los casos más recientes se produjo en Tailandia, cuando una pareja australiana abandonó a un hijo nacido mediante este contrato al ser diagnosticado con síndrome de Down. Sí aceptaron, no obstante, reconocer la filiación respecto de su hermana melliza, que no presentaba esta patología en el momento del nacimiento.

subrogada en Estados Unidos, solicitan el reconocimiento de sus efectos en Francia, cuya regulación, al igual que la española y la de la mayor parte de países europeos, prescinde de cualquier tipo de efectos en el caso de que dichos contratos lleguen a producirse.⁷

Esta decisión se mostró favorable a dicho reconocimiento, si bien recalcó que el asunto tratado no producía una vulneración de la vida familiar de los sujetos, sino de la vida privada de los menores, al poder verse afectado su derecho a la propia identidad. De esta manera sí se reconocen los efectos de la determinación de la filiación, pero se sigue manteniendo una postura contraria a su plena integración en el ordenamiento.

CONCLUSIONES

Cabe destacar que el tratamiento jurisprudencial de todas estas cuestiones no es acorde con la propia normativa. En muchas de las resoluciones dictadas no se atiende a los requisitos exigidos legalmente, sino que se alcanzan resultados divergentes que podrían llegar a ser considerados en fraude de ley. Tal es el caso de la determinación de la filiación materna no matrimonial por posesión de estado, que obvia cualquier requisito exigido en la normativa aplicable. Tampoco en los casos de maternidad subrogada se atiende estrictamente a la regulación normativa, que es rotundamente contraria a la aceptación de estas prácticas.

La doctrina mayoritaria no considera que el derecho a la paternidad, reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁸ sea un verdadero derecho fundamental, sino que lo configura como un mandato que prohíbe a los poderes públicos de los diferentes Estados llevar a cabo cualquier actuación que

⁷ En el ámbito europeo, la maternidad subrogada se encuentra prohibida por los ordenamientos jurídicos. Destaca, sin embargo, el caso de Reino Unido, que sin reconocer expresamente la figura de gestación por sustitución, sí que permite transmitir los derechos de filiación de una mujer a otra, en un acto que, en esencia, guarda una evidente relación con los vientres de alquiler. (Cfr. Uría Acevedo, M, *El derecho a la identidad en la filiación*, Monografías Tirant lo Blanch, 2011, p. 307).

También en Grecia se admite, desde 2002, la figura de la subrogación parcial, que supone la «gestación por parte de la madre subrogada del embrión proveniente de los gametos de la comitente y de su marido o compañero». Deberá ser de carácter gratuito, y opera la presunción *iuris tantum* de que la maternidad le es reconocida a la mujer que contrata. (Cfr. Alkorta Idiákez, I. *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*, Ed. Thomson Aranzadi, 2003, p. 279).

⁸ Art. 16.1 DUDH: «Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio».

suponga una traba para su consecución.⁹ No obstante, la doctrina jurisprudencial muestra una tendencia a reconocer como tal situaciones que de manera autónoma no podrían alcanzar tal calificación. En cualquier caso, no se pueden considerar discriminatorias estas circunstancias, pues así vienen dadas por naturaleza.

En definitiva, las cuestiones relacionadas con la filiación ofrecen una problemática en la que no solo intervienen aspectos jurídicos, sino que también debe atenderse a consideraciones éticas, especialmente referidas a la protección y al interés superior de los hijos. Las dificultades que estas situaciones plantean derivan tanto de la especial consideración de las relaciones familiares, como de la complejidad en la búsqueda de un resultado que vele por los intereses de todas las partes afectadas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALES URÍA, M.: *El derecho a la identidad en la filiación*, Ed. Tirant lo Blanch, 2012.
- ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*, Ed. Thomson Aranzadi, 2003.
- BÁRBER CÁRCAMO: «Nuevos retos ante el derecho español de filiación». *Revista de derecho privado*, 2009.
- «Reproducción asistida y determinación de la filiación". *REDUR* n.º 8, diciembre 2010.
- DÍAZ ROMERO M. R.: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico». *Diario La Ley* n.º 7527, 14 diciembre 2010.
- FARNÓS AMORÓS, E.: «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009». *InDret*, 1/2010.
- HUALDE MANSO: «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 10/2012.

⁹ Cfr. Farnós Amorós, E. «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009». *InDret*, 1/2010.

JARUFE CONTRERAS, D.: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*, Ed. Dykinson, 2013.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: «Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014». *Revista bolivariana de derecho* n.º 18, julio 2014.

LAMN, E.: «Gestación por sustitución». *Indret*, 3/2012.

LASARTE ÁLVAREZ: «La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria». *Diario La Ley*, 17 de enero 2012.

LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, Á.: «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada». *Cuaderno bioético XXIII* 2012/2.

NANCLARES VALLE: «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza». *Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 7, 2008.

PANIZA FULLANA, A.: «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1/2014.

PÉREZ MONGE: «La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida». *Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 2002

RUBIO TORRANO, E.: «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 9/2011.

URÍA ACEVEDO, M.: *El derecho a la identidad en la filiación* Ed. Tirant lo Blanch, 2012.

VELA SÁNCHEZ: «La gestación por sustitución o maternidad subrogada. El derecho a recurrir a las madres de alquiler». *La Ley*, 2011 n.º 7608.

Maternidad subrogada. Estudio ante un nuevo reto normativo, Ed. Comares, 2012.

Datos de contacto:

Correo electrónico: maria.rg.lp@gmail.com

Teléfono: 660 28 50 00

La igualdad de los hijos en los distintos derechos sucesorios

Clara GAGO SIMARRO
Universidad de Oviedo

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto contribuir al debate sobre la posible reforma del sistema sucesorio de legítimas en el derecho común. Para ello, se analizan los distintos derechos forales que han modificado su sistema legitimario en los últimos años que, si bien muestran una clara tendencia a favor de la libertad de testar, no abogan por la absoluta supresión de los derechos legitimarios de los hijos.

Palabras clave: libertad de testar, sistema legitimario, novedades legislativas.

ABSTRACT

This paper aims to contribute to the discussion about the possible reform of the compulsory share in the Spanish succession system. In order to do so, different regional succession laws that has been modified lately are analyzed, especially those from Galicia, Cataluña, Aragón and País Vasco. These reforms show a clear legal tendency in favor of the freedom of testation, although not yet reaching the absolute suppression of the forced heir.

Keywords: *testamentary freedom, compulsory share, legislative amendments.*

I. INTRODUCCIÓN. II. REFORMAS RECIENTES EN LOS DERECHOS SUCESORIOS FORALES. III. PROPUESTAS PARA UNA EVENTUAL REFORMA LEGISLATIVA

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, se está produciendo un interesante debate doctrinal en el Derecho de sucesiones sobre la necesaria permanencia o no de la institución legitimaria. La discusión sobre una posible reforma en profundidad de las legítimas en el derecho común no es un debate nuevo aunque sí actual por dos motivos fundamentalmente: de un lado, el aumento de voces que abogan por una legislación más permisiva¹ y, de otro, las últimas reformas legislativas acaecidas en de los distintos derechos forales.

Nuestro sistema sucesorio se caracteriza por imponer un amplio límite a la libertad de testar para favorecer a determinados parientes en línea recta (ascendientes y descendientes) y, en menor medida, para beneficiar al cónyuge viudo. De conformidad con este sistema, el caudal hereditario del causante se divide en dos porciones: una de libre disposición y otra forzosa (art. 806 del Código civil). Así, los hijos o descendientes del causante tendrán derecho a percibir como mínimo en la herencia de su padre las dos terceras partes del caudal hereditario, pudiendo este disponer libremente solo de una tercera parte sin límite subjetivo (tercio de libre disposición).

Este sistema sucesorio de legítimas se ha venido justificando tradicionalmente, de un lado, por la necesidad de proteger el patrimonio familiar que se consideraba esencial para el mantenimiento de los vínculos familiares y, de otro, por la necesidad de lograr una igualdad en las percepciones *mortis causa* a favor de los hijos y descendientes, en cuanto constituían fundamentalmente su soporte económico vital. La construcción esencial del derecho de sucesiones, con algunas matizaciones, continúa inspirándose en un modelo familiar único ampliamente alejado de la realidad social. Hasta tal punto que nuestro derecho de sucesiones responde al mismo modelo familiar que tuvo como paradigma el codificador español en 1889.

¹ Jesús DELGADO ECHEVARRÍA pone de manifiesto en sus conclusiones a la encuesta realizada entre los miembros de la Asociación de Profesores de Derecho Civil que la inmensa mayoría de los encuestados propugnan una reforma en profundidad del sistema legitimario del Código civil (*cfr.* Delgado Echevarría, Jesús., «Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», en *Derecho de Sucesiones, Presente y futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 85 y ss.).

Por ello, gran parte de la doctrina defiende una reforma en profundidad del sistema legitimario, aunque se observan dos vertientes doctrinales: por una parte, la de quienes piensan que las legítimas deberían desaparecer² y, por otra, menos radical, la de quienes entienden que la nueva regulación, sin llegar a la definitiva supresión, debería adaptarse a la realidad de nuestra sociedad, restringiendo la institución legitimaria.³

II. REFORMAS RECIENTES EN LOS DERECHOS SUCESORIOS FORALES

La actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos en materia de Derecho de sucesiones podría ser un aliciente para el legislador estatal. En los últimos años, la demanda doctrinal de reforma del sistema sucesorio se ha visto atendida en las reformas legislativas de los derechos forales de Galicia, Cataluña, Aragón y el País Vasco. Las modificaciones más significativas se han caracterizado por una tendencia reduccionista

² Abogan por una supresión de las legítimas esencialmente los Notarios. ESPERANZA RODRÍGUEZ estipula: «la libertad de testar puede producir situaciones injustas, pero negar la libertad de testar por esta razón nos llevaría a tener que negar libertades, que hoy reconocemos como esenciales, y sin las cuales la convivencia hoy en día sería inimaginable... A la sociedad le interesa la creación de riqueza y el mecanismo para estimular al individuo a la creación de riqueza es liberarle de limitaciones» (Esperanza Rodríguez, P, «Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión», *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. I, Madrid, Colegios Notariales de España, 2002, pp. 1097-1116). Igualmente, *cfr.* Bermejo Pumar, M. M., «La legítima. Función y estructura», *Instituciones de derecho privado*, t. V, vol. III, Pamplona, Thomson-Reuters, 2005, pp. 21 a 44; Magariños Blanco, V, «La libertad de testar: Una reforma necesaria», *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Madrid, Wolters Kluwer España, 2012, pp. 641-690 y; fuera del ámbito notarial Cobas Cobiella, M. E., «Hacia un enfoque de las legítimas», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2006, pp. 49-65.

³ «No es una novedad la petición de una reforma del sistema sucesorio en el ámbito de la doctrina civilista española. Se ha justificado el cambio en atención a diversas circunstancias, tales como la pérdida de importancia y cambio de funciones de la herencia o la gran transformación que ha sufrido la estructura socio-económica española. Pero no se sugiere una desaparición de la legítima de los hijos y descendientes, pero sí reducir de su cuantía y flexibilizar su regulación» (Serna Meroño, E, «Los derechos sucesorios de los hijos en los nuevos modelos familiares», *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 250-260). En este mismo sentido, entre quienes defienden la conservación de la institución legitimaria, *cfr.* Cañizares Lago, A, «Legítimas y libertad de testar», *Estudios de derecho de sucesiones: «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 245-270; Fernández-Hierro, M., «Panorama legislativo actual de la libertad de testar», *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Año 8, n. 19, 2010, pp. 17-80; Miquel González, J. M., «Reflexiones sobre la legítima», *Estudios de derecho de sucesiones: «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 983-1002; Parra Lucán, M. A, «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 13, 2009, pp. 481-554; Reverte Navarro, A., «Reflexiones sobre la legítima en el Código civil», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4133-4168; Roca i Trias, E, «Una reflexión sobre la libertad de testar», *Estudios de derecho de sucesiones: «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 1245-1266; Torres García, T. F, «Legítima versus libertad de testar», *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 865-891; Vaquer Aloy, A, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2007.

que sin llegar a la absoluta libertad de testar⁴ han flexibilizado y debilitado la institución legitimaria.

Esta tendencia se pone de manifiesto, por vez en primera, en Galicia. La Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia introdujo como una de las novedades más significativas la reforma del sistema legitimario.⁵ La nueva regulación configura la legítima como un derecho de crédito (*pars valoris*) que ostenta el legitimario frente al resto de coherederos. A tal fin, los hijos y descendientes legitimarios no tienen acción real para reclamar sus derechos legitimarios y serán considerados, a todos los efectos, como acreedores frente al causante deudor y sus herederos (art. 249).

La nueva Ley reduce también el *quantum* legitimario. La legítima se reduce de las dos terceras partes del haber hereditario líquido a la cuarta parte como porción de legítima estricta, al suprimirse la mejora (art. 243). Asimismo, se flexibiliza el pago de la legítima, pues cuando el testador no hubiera asignado la legítima en bienes determinados, los coherederos, de común acuerdo, podrán pagarla con bienes hereditarios o en metálico, aunque sea extrahereditario (art. 246).

En segundo lugar, el Derecho sucesorio catalán ha sido reformado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro IV Código civil de Cataluña, relativo a sucesiones. La nueva regulación ha introducido diversas modificaciones orientadas a debilitar, aún más, la legítima de los hijos y descendientes.

⁴ El respeto absoluto a la voluntad del testador solo se reconoce en dos regulaciones: en el Fuero de Ayala (País Vasco) y en el derecho civil foral de Navarra. Cierto es que la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra regula la legítima como límite a la libertad sucesoria. Sin embargo, esta legítima no impone restricción cuantitativa alguna para la disposición *mortis causa* del testador (ley 267 del Fuero Nuevo) sino que es exclusivamente una legítima formal que permite al causante disponer libremente de sus bienes siempre que cumpla el simple trámite formal de mencionar a sus legitimarios. La finalidad de este trámite formal es tan solo dar certeza a la voluntad del testador para asegurar que la no atribución de bien o porción alguna a sus legitimarios no es consecuencia de su olvido, error o ignorancia sobre su existencia.

⁵ CABALLO FIDALGO señala que «sobre la nueva regulación de las legítimas opera una verdadera *revolución*, flexibilizando el rigor de su régimen histórico y logrando, de tal modo, un incremento sensible de la libertad de disposición *mortis causa*. Cuatro son los pilares del cambio: la eliminación de la legítima de los ascendientes, la reducción drástica de la legítima de descendientes, la desaparición de la mejora y la configuración del derecho de los legitimarios como una *pars valoris*, que el causante puede cubrir de cualquier modo y los herederos satisfacer, en defecto de disposición de aquel, con metálico extrahereditario» (Carballo Fidalgo, M, «La legítima en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia», *Tratado de derecho de sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, t. II, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 2147 y ss.). Cfr. Rebolledo Varela, A. L., «Comentario a los artículos 243 a 252 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia», *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Pamplona, Thomson-Reuters, 2008, pp. 1034 y ss.

La legítima catalana se caracteriza por su tradicional debilidad. «Esta debilidad viene determinada por dos factores distintos: en primer lugar, su extensión, un cuarto del valor de la herencia a repartir entre todos los sucesores con derecho a legítima; en segundo lugar, su carácter crediticio que no otorga derecho a participar en los bienes».⁶ La nueva Ley «mantiene la legítima como atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar, pero acentúa la tendencia secular a debilitarla y a restringir su reclamación. En lo que se refiere a la legítima, sobre todo, debe percibirse como una reducción de los derechos de los legitimarios ajustada a la realidad de la sociedad contemporánea, en que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores» (Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio).

Entre las novedades introducidas en pro de la libertad de testar cabe señalar, en primer lugar, la restricción de las donaciones computables a efectos de calcular la legítima a las realizadas a no legitimarios en los diez años anteriores a la muerte del causante⁷; en segundo lugar, la admisión de la cautela *socini* como regla por defecto en toda la sucesión, pues se respeta solo la intangibilidad cuantitativa y no cualitativa⁸. Otra novedad es la introducción de una nueva causa legal de desheredación consistente en la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa imputable exclusivamente al legitimario (art. 451-17). Por último, la reducción del plazo de prescripción de la acción de reclamación de legítima que se armoniza con el plazo general en derecho catalán, que es de diez años.

⁶ Vaquer Aloy, A, «La legítima en el Derecho civil de Cataluña», *Tratado de legítimas*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 471.

⁷ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 9 febrero 2015 señala: «en el Preámbulo del libro cuarto se especifica que se mantiene la legítima como atribución legal sucesoria pero se acentúa la tendencia a debilitarla. Como ejemplo de la tendencia indicada se regula la limitación del cómputo de las donaciones a las realizadas en los diez años anteriores a la muerte del causante». Para GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE y RAJOY BREY «el límite de la computación de las donaciones a las celebradas en los diez años anteriores a la muerte del causante es una norma que genera seguridad jurídica, además de ampliar la libertad de disposición a título gratuito» (Gimeno y Gómez-Lafuente, Juan Luis y Rajoy Brey, Enrique, *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial*, t. II, Pamplona, Thomson-Reuters, 2008, p. 1134).

⁸ Así se recoge en el art. 451-9 CCat: «el causante no puede imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a esta condiciones, plazos o modos. Tampoco puede gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas a fideicomiso». Sin embargo, el mismo precepto continúa: «como excepción, si el valor de lo recibido es superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, este debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar solo lo que por legítima le corresponda».

También, el Derecho sucesorio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, tiende a un mayor reconocimiento de la libertad del testador pero mantiene los rasgos fundamentales de su sistema legitimario tradicional. La legítima se configura, igual que en el Código civil (art. 806 Cc), como una *pars bonorum* (arts. 486 y 487 CDFA), fijándose en la mitad de la herencia y reconociendo como únicos legitimarios a los hijos o descendientes.

La nueva Ley mantiene la legítima colectiva a favor de los hijos y descendientes y, además, reduce su cuantía a la mitad del caudal computable como respuesta a las exigencias actuales de ampliar la libertad de disposición del testador para favorecer al cónyuge viudo.⁹ El testador goza de una amplia libertad para distribuir sus bienes: puede disponer de la mitad de la herencia sin limitación alguna y, además, dentro de la porción legitimaria disfruta de cierta libertad, solo limitada en cuanto a los beneficiarios pues, tienen que ser siempre sus hijos o descendientes. Por lo tanto, puede repartir sus bienes de forma tendencialmente igualitaria entre todos sus hijos o, al contrario, de forma desigual, adjudicando la legítima a favor de varios o solo uno de sus hijos o descendientes (art. 486 CDFA).

La exclusión voluntaria de descendientes debilita también la institución legitimaria (arts. 512 y 513 CFDA). El causante puede excluir a los legitimarios de grado preferente aunque no concurra causa legal de desheredación y aun sin alegación de causa alguna. No obstante, si la exclusión es absoluta al afectar a todos o al único legitimario, estos conservarán el derecho a suceder abintestato y a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, en caso de existir lesión.

El último territorio foral que ha modificado su sistema legitimario ha sido el País Vasco. La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil del País Vasco ha supuesto un hito crucial en la evolución de este ordenamiento privado, pues establece un régimen

⁹ Así, lo señala el Preámbulo de la Ley: «se atiende así a las voces, procedentes sobre todo de los ambientes urbanos, que demandan mayores posibilidades para favorecer al cónyuge viudo con los bienes que se adquirieron durante el matrimonio especialmente cuando no son importantes los que a su vez se heredaron y, por otra parte, se costeó en su momento la formación de los hijos y se ayudó sustancialmente a su bienestar económico cuando se independizaron; ahora bien, no se restringe la mayor libertad a este fin específico, sino que queda abierta a las variadas circunstancias y motivaciones de cada causante».

uniforme aplicable en toda la Comunidad Autónoma (con la excepción de los municipios y territorios sujetos al Fuero de Ayala).¹⁰

El nuevo régimen sucesorio vasco establece una legítima colectiva que se corresponde con un tercio del caudal hereditario (art. 48.2 LDCV). La legítima colectiva faculta al causante para dejar toda la porción legitimaria a favor de un único hijo e, incluso, puede asignársela íntegramente a un descendiente (nieto) aun cuando viva el ascendiente intermedio y sea capaz para suceder al *de cuius* (hijo), sin que, para la exclusión o apartamiento de este último, sea necesario alegar causa alguna.

La excepción a la intangibilidad cualitativa contenida en el art. 56.2 LDCV es otro método de debilitamiento de la legítima. En ausencia de previsión del disponente, la legítima usufructuaria del viudo o pareja de hecho recae sobre los bienes adjudicados para el pago del tercio legitimario de los descendientes, y solo en lo que falte recaerá sobre los bienes dejados a extraños con cargo a los dos tercios de libre disposición.

Por último, cabe destacar un límite específico del territorio de Vizcaya. La propia Ley contempla como excepción la troncalidad vizcaína regulada en los arts. 61 y ss. Resulta esencialmente importante a este respecto porque *los derechos de troncalidad prevalecen sobre la legítima* (art. 70.1 LDCV). Ello quiere decir que los dos tercios inicialmente reservados a la libre disponibilidad del causante ostentan un carácter contingente, debiendo reducirse en la proporción necesaria si el valor de los bienes troncales superara el tercio que aquella importa. En síntesis, la libertad de disposición *mortis causa* del causante con vecindad local vizcaína soporta, además del límite impuesto por la institución legitimaria, las restricciones derivadas del principio de troncalidad, hasta el punto de no existir porción libre si el valor de los bienes troncales alcanza todo el patrimonio del causante.

III. PROPUESTAS PARA UNA EVENTUAL REFORMA LEGISLATIVA

De conformidad con las últimas reformas de los derechos sucesorios forales se observa una clara tendencia a restringir la institución legitimaria. Lo que dista claramente de la regulación del Código civil: en nuestro derecho la legítima de los hijos

¹⁰ Sobre la nueva legítima vasca, *cfr.* Galicia Aizpurua, G, «La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)», *Revista Aranzadi doctrinal civil-mercantil*, 2016, pp. 77-124. y «Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco», *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2016, pp. 303-320.

y descendientes es el exponente más importante de las limitaciones a la libertad del testador. Tal es así que el causante que fallece dejando hijos o descendientes solo podrá disponer libremente de un tercio de los bienes que integran el caudal hereditario líquido. Sin embargo, la necesidad de adecuarse a la realidad social hace necesario una nueva regulación de las legítimas. La herencia ha dejado de ser el soporte económico fundamental en la vida de las personas, a la muerte del causante sus hijos, como regla general, poseen una absoluta independencia económica.¹¹

Ahora bien, aun cuando la evolución de las estructuras familiares ha sufrido grandes cambios, todavía hoy, la legítima sigue explicándose desde los principios de solidaridad familiar y de protección de la familia¹². Máxime cuando a la muerte del causante los hijos o descendientes se ven privados de recursos que deberían recibir necesariamente (derecho de alimentos: art. 110 Cc). Como decía MONTESQUIEU en su célebre obra *Del espíritu de las Leyes*: «el Derecho natural impone a los padres el deber de mantener a sus hijos» a lo que podríamos añadir tanto en vida como para después de su muerte.

En conclusión, se hace necesaria una nueva regulación que, sin eliminar definitivamente las legítimas de los hijos o descendientes, reduzca su cuantía y flexibilice su satisfacción. La nueva regulación en pro de la libertad de testar debería reducir el *quantum* legitimario. De conformidad con la tradición del derecho sucesorio español, una posibilidad sería reducir la cuota legitimaria a la mitad del caudal hereditario, pudiendo el causante disponer de una cuarta parte de legítima para aplicarla como mejora a favor de sus hijos o descendientes.

¹¹ «La sociedad española del siglo XXI no es la misma sociedad del siglo XIX que alumbró el sistema de legítimas vigente en la actualidad. El legislador actual debe ser consciente de que la familia ha experimentado profundos cambios: se ha pasado de una sociedad rural con base económica agraria a una sociedad urbana, industrial y muy dinámica y cambiante; se ha pasado de una familia amplia y extensa donde convivían bajo un mismo techo y con una misma administración económica hasta cuatro generaciones a una familia reducida y nuclear limitada a dos generaciones y solamente durante la etapa de crecimiento y maduración para terminar en una familia reducida a los progenitores y se ha pasado de la existencia de un patrimonio familiar recibido de generación en generación y transmitido sucesivamente a un patrimonio individual forjado con el propio trabajo y con el trabajo del cónyuge para el sostenimiento y formación de los hijos y de los propios esposos» (Pou Ampuero, F., «Legítimas», *Escritura pública*, 2014, p. 63).

¹² Indicó ROYO MARTÍNEZ que «cabe ver en la legítima la imposición legal de una simple asistencia pecuniaria a los más próximos parientes. La legítima se funda en el *officium pietatis* o deber de amor entre los más próximos consanguíneos, deber que manifiesta, en vida, a través de la institución de los alimentos y *post mortem* en las legítimas» (Royo Martínez, Miguel, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, Edelce, 1951, p. 182). Asimismo, la encuesta realizada por DELGADO ECHEVARRÍA muestra como la opinión mayoritaria de los miembros de la Asociación de Profesores de Derecho Civil rechaza la supresión de la legítima de los hijos y descendientes aunque si se muestran favorables a su reducción.

Otra posibilidad sería configurar la legítima como legítima colectiva, al igual que la legítima aragonesa y la legítima vasca. Se mantiene la institución legitimaria pero se atribuye una mayor libertad al testador quien puede distribuir sus bienes de forma igual o desigual, entre uno, algunos o todos sus hijos. Así, el causante podría beneficiar a aquellos hijos que han mantenido en los últimos años de su vida una relación propiamente familiar frente a aquellos que le han desatendido totalmente.

En línea con esta idea y, sin modificar la legítima individual podría introducirse como causa legal de desheredación la ausencia manifiesta de relación familiar. En cuyo caso, el causante podrá evitar la intangibilidad legitimaria si prueba la falta de relación familiar con sus legitimarios por causa imputable a estos, siguiendo la tendencia del Derecho civil de Cataluña.

Por último, otro medio de fortalecimiento de la libertad de testar consistiría en convertir la legítima en una *pars valoris*, en un derecho de crédito: el heredero legitimario tendría un derecho de crédito frente al causante deudor y sus herederos. Esta posibilidad podría permitir el pago de las legítimas en metálico, incluso con bienes extrahereditarios, al igual que en los Derechos forales de Galicia y Cataluña.

A la luz de lo expuesto, la tendencia actual de reducir la legítima de hijos y descendientes para favorecer una mayor libertad de testar trae como consecuencia la posibilidad de desigualar a los hijos en la sucesión. En consecuencia, la realidad no sería ya la igualdad de los hijos en los distintos derechos sucesorios sino, más bien, *la desigualdad de los hijos en los distintos derechos sucesorios*.

Datos personales:

Apellidos y Nombre: Gago Simarro, Clara

D. N. I.: 71677329 Z

Teléfono: 985 10 36 81

E-mail: gagoclara@uniovi.es

claragagos@gmail.com

LA NULIDAD PARCIAL DE LOS CONTRATOS

Borja DEL CAMPO ÁLVAREZ (Universidad de Oviedo)

Resumen

La nulidad parcial constituye un fenómeno emergente en el ámbito contractual de nuestro sistema jurídico. El tema está rodeado de cierta confusión terminológica y teorías dispares sobre el propio concepto, efectos y fundamento. El legislador español no ha incorporado ningún precepto del cual se desprenda una definición clara y concisa de la categoría de nulidad parcial. Junto a la ausencia de exhaustivos análisis doctrinales, esta circunstancia añade cierta complejidad tanto a su estudio meramente teórico como a su aplicabilidad práctica.

A lo largo de las próximas líneas se realiza un análisis detallado de la nulidad parcial de los contratos. Consecuentemente, se ahonda en la problemática conceptual, se tratan los diferentes razonamientos teóricos y se abordan diferentes supuestos prácticos relacionados con la nulidad parcial. Esta figura es objeto de estudio en esta exposición a través de una perspectiva crítica, fundamentada en diferentes estudios académicos generales y monográficos de la cuestión y apoyada, a su vez, en reflexiones derivadas de legislación y jurisprudencia.

Abstract

Partial nullity of contracts constitutes a growing trend our legal system's contractual field. This topic is submerged in some terminological confusion, and there are a few dissimilar theories about its concept, grounds and effects, as no provision whatsoever has been given by the Spanish lawmaker so as to the definition of partial nullity. These circumstances, together with the lack of an exhaustive analysis from the doctrine, add an undeniable degree of difficulty both to its theoretical study and to its practical use.

This essay undertakes a detailed analysis of the partial nullity of contracts. Therefore, its problem areas are delved into and its different theoretical reasoning is argued, just before addressing a variety of practical examples. Here, the study of the partial nullity is addressed from a critical perspective, based on a range of both general and monographic academic studies, and supported by reflections arising from legislation and jurisprudence.

La nulidad parcial puede definirse como aquel supuesto de invalidez e ineficacia que se produce cuando una de las cláusulas de un contrato es considerada nula, manteniéndose válidos y eficaces el resto de pactos de la relación contractual.¹

El análisis del problema de la nulidad parcial en el ámbito contractual se encuadra doctrinalmente en la conocida como teoría general del contrato. A este respecto, es necesario tener en consideración las características propias de las categorías de validez y eficacia, no siempre claramente delimitadas y cuyo estudio ha suscitado una gran controversia en doctrina y jurisprudencia.² Por razones de espacio y de tiempo, resulta imposible detallar a lo largo de este trabajo estas cuestiones.

La nulidad parcial constituye un fenómeno emergente en el ámbito contractual de nuestro sistema jurídico como consecuencia de la problemática que, en la actualidad, presentan las cláusulas abusivas. El tema está rodeado de cierta confusión terminológica y teorías dispares sobre el propio concepto, efectos y fundamento.

No existe ningún precepto del Código Civil que nos establezca una regla general en relación con la nulidad parcial. Tampoco puede afirmarse que exista artículo alguno que, en términos generales, abogue por la solución de la nulidad parcial frente a la nulidad total como sucede, por ejemplo, en el ordenamiento italiano o el alemán (parágrafo 139 BGB³ y artículo 1419 del Código italiano⁴).

¹ Gómez de la Escalera considera que «[la nulidad parcial] es un supuesto de ineficacia parcial, por causa de invalidez, que se produce cuando una cláusula, pacto o estipulación de las que integran la reglamentación contractual, deviene nula por rebasar los límites de la autonomía privada, conservándose válido y eficaz del resto del contrato». Gómez de la Escalera, C. *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, Doctrina y Jurisprudencia, 1992, p. 47.

² Castán señala que «la nulidad de los actos y negocios jurídicos es uno de los conceptos más confusos del Derecho Civil. Los Códigos, y aun los mismos autores han usado con una gran imprecisión los términos de ineficacia, inexistencia, invalidez, nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución, etc.», Castán Tobeñas, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, vol. II, Madrid, Reus, 1987, pp. 931-932.

³ Este precepto dispone que «siendo nula una parte del negocio jurídico, es nulo todo el negocio jurídico, a menos que resulte que se hubiera celebrado sin la parte nula». El contenido de este precepto es enormemente parecido a la regla del artículo 181 del Código Civil griego.

⁴ Este artículo determina que «la nulidad parcial de un contrato o la nulidad de alguna cláusula particular origina la nulidad del contrato entero, si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte que resulta afectada de nulidad. La nulidad de las cláusulas nulas son sustituidas de derecho por cláusulas imperativas». En la misma línea se encuentran redactados el artículo 292 del Código Civil portugués y el artículo 20 del Código suizo de obligaciones

Determinar el propio contenido del contrato –denominado doctrinalmente como reglamento contractual– resulta clave para el análisis de la nulidad parcial. Un error en su identificación supone una posterior teorización equivocada en el proceso de reconocimiento de la parte nula.

Lo más razonable, a este respecto, es considerar que el conjunto de reglas de conducta traducidas en derechos y deberes para las partes contratantes integran el contenido del contrato. Así, del artículo 1258 CC pueden distinguirse dos modalidades: el contenido contractual autónomo (fruto de la autonomía y voluntad de las partes) y el contenido contractual heterónimo (ley, usos y buena fe).

Solo y exclusivamente cuando el contenido del contrato sea autónomo, complejo y divisible (todas las normas que lo componen son independientes entre sí y no forman un todo unitario) podrá surgir el problema de la nulidad parcial. Si por el contrario, nos encontramos ante un contenido autónomo complejo pero indivisible resulta evidente que va a ser imposible que podamos vernos inmersos en un caso de nulidad parcial.

Tras la identificación de la parte nula del contrato, hay que realizar el juicio o parámetro de parcialidad, es decir, determinar si la nulidad existente se extiende al resto del contrato.⁵ Existen tres grandes teorías doctrinales a este respecto: teoría subjetiva, objetiva y normativa.

La teoría subjetiva se fundamenta, en términos generales, en que el juicio de parcialidad debe hacerse en atención a la intención de las partes. Implicaría que si los contratantes hubieran deseado materializar la relación contractual sin la disposición viciada de

⁵ López Frías señala que «la presencia de ‘partes nulas’ es muy antigua en la práctica jurídica, pero su proliferación más acusada se ha manifestado desde hace unos años debido al incremento de la contratación a través de condiciones generales. La ineficacia parcial aparece frecuentemente en los contratos entre ‘iguales’: así, por ejemplo, por carecer de causa alguna de las estipulaciones acordadas por las partes, por haberse determinado la duración de una institución jurídica por un tiempo superior al establecido legalmente, o con motivo del error invalidante padecido en torno a una de las cláusulas del contrato. Pero es más común la manifestación de este fenómeno en los llamados contratos en masa o de letra pequeña (...). Si alguna de estas cláusulas o cualquier estipulación convenida por los contratantes se declara nula, ¿qué ocurre con el resto del contrato? ¿se extiende a él la nulidad de la parte o permanece eficaz?». López Frías, A. M. «Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español», *ADC*, vol. 43, n.º 3, 1990, pp. 851-866.

nulidad esta será parcial. Si por el contrario, los contratantes no hubiesen querido el contrato sin la cláusula la nula, la nulidad afectará al contrato en su conjunto.⁶

La teoría objetiva descansa sobre la idea de abordar esta problemática centrándose en los elementos del contrato (divisibilidad o indivisibilidad del contenido del contrato, al carácter esencial o no esencial de la parte nula, la consecución de su fin práctico puede alcanzarse con la exclusión de la parte nula).⁷

La teoría normativa mantiene como idea básica que para declarar la nulidad parcial en un contrato debe existir previamente una norma jurídica que así lo sancione. Constituye, en consecuencia, el parámetro esencial para emitir al juicio de parcialidad.

A partir de esta teoría se ha construido una tipología de normas cuya finalidad es la de aclarar algunos aspectos sobre el fenómeno de la nulidad parcial y distinguir cuando nos encontramos ante una nulidad parcial o una nulidad total.

Un primer bloque lo componen aquellas normas cuyo contenido nos establece que la nulidad de un pacto contractual se hace extensible al restante contenido contractual, dándose, en consecuencia, un supuesto de nulidad total. Puede considerarse que los artículos 1583, 1629 o 1668 del Código Civil, entre otros, se incardinan en este tipo de normas.

⁶ Gómez de la Escalera señala que «(...) la teoría subjetiva además de hacer depender la nulidad parcial de un elemento psicológico y por tanto extraño al contrato mismo, no resuelve satisfactoriamente el problema. Ante todo, por la propia dificultad de hallar la "intención" de los contratantes que obliga a estar más que al "querer" interno a lo que se deduzca de lo declarado (...). No se comprende muy bien cómo puede calificarse de nulidad parcial el supuesto en el que los contratantes, conociendo la ineficacia de la cláusula nula, quieren el contrato sin ella. Probablemente lo más acertado sería considerar que existe un contrato de cuyo contenido no forma parte la cláusula nula». Gómez de la Escalera, C. *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, Doctrina y Jurisprudencia, 1992, pp. 79-80.

⁷ Gómez de la Escalera indica también que «(...) tampoco la teoría objetiva da una solución definitiva al problema. Ciertamente, la fórmula objetiva, por serlo, es más segura y exacta que la concepción voluntarista. Sin embargo, ambas teorías olvidan un dato que, a mi juicio, es de extraordinaria importancia. El contrato, una vez celebrado se instala en la realidad jurídica produciendo una serie de defectos de los que, unos son resultado de la autonomía privada de los contratantes pero otros, derivan directamente del ordenamiento jurídico (art. 1.258). Si el contenido y efectos del contrato no dependen solo de la reglamentación establecida por las partes, la nulidad total o parcial del contrato no puede hacerse residir –al menos exclusivamente– ni en la voluntad de los contratantes (teoría subjetiva), ni en la organización de intereses programada o establecida por ellos al celebrar el contrato (teoría objetiva)». Gómez de la Escalera, C. *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, Doctrina y Jurisprudencia, 1992, pp. 79-80.

Una segunda agrupación es la compuesta por aquellas normas que establecen la nulidad parcial de forma expresa: normas imperativas de nulidad parcial. En este punto, sin ánimo de entrar en las numerosas discusiones doctrinales al respecto, cabe distinguir la siguiente subdivisión.

En primer lugar, podemos encontrarnos con normas imperativas de nulidad parcial con función eliminadora; es decir, el objeto de su existencia es el de hacer desaparecer aquellos pactos contrarios a lo dispuesto por estas normas.

Así, por ejemplo, los artículos 641.2 CC ('La reversión estipulada por el donante a favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior es nula; pero no producirá la nulidad de la donación'), 1116.2 CC ('La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta'), 1260 CC ('No se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciere, se tendrá por no puesto') o el 1476 CC ('Será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte').

En otras regulaciones de la órbita del Derecho Privado, el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, el artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el artículo 12 de la Ley General de Publicidad o el artículo 24 de la Ley de Contrato de Seguro.

Suele distinguirse, a continuación, un segundo conglomerado de normas denominadas normas imperativas con reductoras o reductivas.⁸ Parece más apropiado, en razón de la finalidad que dichas reglas persiguen la denominación de normas imperativas con función moduladora. Su finalidad es que el pacto contractual se ajuste a los límites o plazos legalmente establecidos.

A efectos meramente ilustrativos, podemos tomar como ejemplo el artículo 1508 CC sobre el retracto convencional ('En caso de estipulación, el plazo no podrá exceder de diez años'). Asimismo, pueden aglutinarse en este bloque los artículos 400,⁹ 515¹⁰ y 1826 del Código Civil.

⁸ Cfr. Criscuoli, G. *La nullità parziale del negozio giuridico*. Milano, 1959, p. 86; Gómez de la Escalera, C. *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, Doctrina y Jurisprudencia, 1992, pp. 79-80.

⁹ Sobre el art. 400, ante la duración indefinida de un pacto de indivisión, la STS 17 de mayo de 1958, que declara nulo el pacto contractual: «(...) en cumplimiento de una norma de inexcusable observancia, que por ser de derecho necesario domina la voluntad contraria de las partes, saca las consecuencias del párrafo

Finalmente, el último tipo de normas imperativas que la doctrina civilista suele distinguir son las de carácter o finalidad sustitutiva.¹¹ Este tipo de preceptos legales reemplaza a la voluntad de las partes en el ámbito contractual ya que determinan *ab initio* el propio contenido de los contratos. Las normas imperativas sustitutivas restringen desde el momento de la celebración del contrato la autonomía de la voluntad de las partes puesto que ellas mismas son las encargadas de reglar el contrato y sus vicisitudes.

Asimismo, la contravención de una norma imperativa sustitutoria no supone la nulidad total del contrato donde se hayan visto insertas sino que, con carácter general,¹² el legislador se ha encargado de establecer la nulidad parcial como solución a esta circunstancia.

En otro orden de cosas, cabe señalar que gran parte de la doctrina que ha estudiado la nulidad parcial ha realizado diversos razonamientos sobre sus clases.¹³ Considerar que existe una clasificación de nulidades parciales, como defienden algunos autores, puede resultar confuso y poco ortodoxo. A mi modo de ver, la nulidad parcial es una clase en sí misma, un fenómeno que constituye una categoría unitaria sin posibilidad de hacer distinciones de esta naturaleza.

primero, art. 400 del expresado Código, frente a un plazo de duración indefinida que, por serlo, queda fuera de la previsión excepcional del artículo 400 del propio Código».

¹⁰ Sobre el art. 515, ante un usufructo de montes constituido a favor de un pueblo, la STS 15 de abril de 1988, que reduce el plazo ante el límite de quince años estipulado legalmente argumentando que «aunque la concesión fue hecha a perpetuidad legalmente quedó reducida a 30 años, a tenor de lo dispuesto en el artículo 515 del Código Civil».

¹¹ Siguiendo la denominación de la doctrina clásica: sustitutiva en lugar de sustitutoria. *Cfr. La nullità parziale del negozio giuridico*. Milano, 1959, p. 91.

¹² Existen diversos preceptos que así lo corroboran: art. 2 LCS, art. 83 TRLGDCU, art. 6 LAU, entre otros. Sin embargo, un pronunciamiento del Tribunal Supremo ha matizado este principio general ante algún caso concreto. La STS de 12 septiembre 2014 determina como doctrina jurisprudencial que la condición general de los contratos de préstamo con consumidores que contenga una disposición por la que se establezca la firma por el prestatario de un pagaré en garantía de aquel, en el que el importe por la que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base en la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo considerada inserta en el contrato de préstamo, y, en consecuencia, conlleva la ineficacia de la relación cambiaria.

¹³ López Frías, A. M. «Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español», *ADC*, Vol. 43, n.º 3, 1990, pp. 851-866; Gómez de la Escalera, C. *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, Doctrina y Jurisprudencia, 1992, p. 100 y ss; De los Mozos, J. L. *El negocio jurídico*, Madrid, Montecorvo, 1987, p. 592 y ss.; De Castro y Bravo, F. *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1991, p. 492 y ss.; Castán Tobeñas, J. *Derecho Civil español común y foral*, tomo I vol. II, Madrid, Reus, 1987, p. 495.

En todo caso, cabría referirse a finalidades de la nulidad parcial. Así hay que distinguir entre la nulidad parcial por cumplimiento de norma imperativa (bien para la protección de la parte débil de la relación contractual, bien por la cualificación de la voluntad que para determinados negocios jurídicos el legislador impone) y la nulidad por interpretación del negocio (nos encontraríamos, por tanto, ante aquel supuesto en el que intuimos que un pacto contractual puede ser nulo, ya que no existe norma positiva que lo determine).

Por su parte, el Tribunal Supremo ha estimado que ‘hoy está admitido, doctrinal y jurisprudencialmente, la posibilidad y compatibilidad de la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y de pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio’ (STS 30 de marzo de 1950). Este pronunciamiento implica la admisibilidad de la nulidad parcial por parte del Tribunal Supremo.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido especialmente clara respecto al fundamento en el que basa el juicio o parámetro de nulidad parcial. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que ‘la cuestión de si la nulidad de una parte determina la invalidez de todo el negocio jurídico, por tener que apreciarse que los intervinientes no lo habrían realizado sin la parte nula, envuelve, a falta de una previsión concreta de la ley, un problema de interpretación de tal negocio, que solamente puede abordarse en casación si se ponen en juego por el recurrente las reglas de hermenéutica contractual incorporadas a los artículos 1281 y siguientes del repetido Código’ (STS 4 de marzo de 1975).

Respecto a la conexión entre la nulidad parcial y el Derecho del Consumo cabe señalar que esta es trascendental, tanto desde el plano teórico como desde la perspectiva práctica. Es de especial interés, sobretodo, por el afán tuitivo que la norma persigue respecto de la parte débil del contrato.

Podemos distinguir tres supuestos diferentes con sus consiguientes reglas. El primero de ellos es el que relaciona a consumidores entre sí. En este caso habrá que estar a las normas generales contempladas en el Código Civil. El segundo de ellos es el que se encuentra integrado por las relaciones entre profesionales. Estarán sujetas, en consecuencia, a las regladas contempladas respectivamente en el Código de Comercio, el Código Civil y a la LCG cuando se utilicen en condiciones generales.

El tercer y último bloque será el compuesto por las relaciones entre profesionales y consumidores. A partir de aquí cabe hacer una nueva distinción tripartita. En una primera subdivisión podemos situar aquellas relaciones contractuales en las que se establecen unas cláusulas cuya negociación se ha individualizado. Así, a esta hipótesis se le aplicaran las reglas generales de contratación.

La segunda subdivisión está pensada para aquellas relaciones contractuales entre profesionales y consumidores en la que las cláusulas han sido impuestas pero encuadradas en una única relación consumidor-profesional. Para este supuesto será de aplicación lo dispuesto en los artículos 82 y siguientes del Texto Refundido.

Las relaciones entre profesionales y consumidores pueden estar caracterizadas por la inclusión de cláusulas que se insertan, de forma general y en bloque, a todos los contratos profesional-consumidor (las conocidas como condiciones generales de la contratación). En este caso, se aplican conjuntamente tanto las normas de la LGC como la protección más específica prevista en el Texto Refundido, como así se desprende de lo recogido en el artículo 59.2 y 59.3.

Finalmente, el razonamiento del Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, sumamente criticado y analizado por la doctrina¹⁴ y recientemente enmendado a la totalidad por el TJUE,¹⁵ implicaría que los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva solo se retrotraerían hasta la fecha de publicación de la sentencia, es decir, trataría de esquivar o modular lo dispuesto en el art. 1303 CC y en la regla básica consagrada en el principio *quod nullum est nullum effectum producit*.

DATOS DE CONTACTO

Borja del Campo Álvarez
Becario e investigador predoctoral

Área de Derecho Civil
Departamento de Derecho Privado y de la Empresa. Edificio Departamental.
Avda. de El Cristo s/n 33006.
Oviedo, Asturias, España.

Teléfono: 0034 985 10 95 75
Email: UO230051@uniovi.es ; bdelcampoalvarez@gmail.com
LinkedIn: <https://es.linkedin.com/in/borja-del-campo-álvarez-7254b1123>

¹⁴ Fernández Cornago, M. «La retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas», *REDUR*, n.º 13, 2015, pp. 249-268; Álvarez Vega, I. (coord.), Blanco Fernández, J. y García-Trelles Fernández, C. *Crisis y familias hipotecadas. Impacto social y soluciones jurídicas en el Principado de Asturias*, Oviedo, ICA Oviedo, 2015, pp. 131-136; Estrada Alonso, E. y Fernández Chacón, I. «El futuro de la ejecución hipotecaria tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, n.º 737, Año 89, 2013, pp. 1415-1475.

¹⁵ STJUE de 21 de diciembre de 2016.

APROXIMACIÓN A LA REALIDAD DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA. MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESAHUCIO

Paula VENTOSO SANJULIÁN¹

Facultad de Derecho

Universidad de Oviedo

RESUMEN

El incremento del número de familias que se encuentran en riesgo de exclusión social se presenta en la actualidad española como una emergencia a la que el Derecho ha de hacer frente. El propósito de este Trabajo Fin de Grado no es otro que analizar el fenómeno de los desahucios en nuestro país desde una perspectiva jurídica. Para ello, se ha realizado un pequeño estudio del «estado del arte» sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada reconocido en la Constitución, así como un análisis detallado de la normativa estatal e internacional de referencia en la materia. Urge reflexionar sobre las posibles medidas de protección para aquellas familias que han perdido sus hogares al no poder afrontar el pago de su préstamo hipotecario. A la vista de esta realidad surgida en los últimos años, queda patente la insuficiencia e ineficacia de las intervenciones y políticas públicas en materia de vivienda. Por todo ello, se pretende destacar la importancia del Derecho como forma de articular soluciones que acaben con el escenario de vulnerabilidad social en que nos encontramos.

Palabras Clave: Derecho a la vivienda, desahucio, ejecución hipotecaria, deudor hipotecario, dación en pago.

ABSTRACT

Nowadays the sharp rise in the number of families on the verge of social exclusion in Spain is seen as an emergency Law has to deal with. The aim of this degree final project is to analyse our country eviction processes from a legal point of view. With that goal, we have carried out a research on “the state of the art” about the right to decent and suitable housing as seen to in our Constitution, as matter. There is an urge to come up with feasible protection measures

¹ Graduada en Derecho por la Universidad de Oviedo (2016). Integrante del Grupo de Estudios Jurídico-Sociales sobre Territorio y Desarrollo Urbano Sostenible de la Universidad de Oviedo. Becaria de colaboración (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte) en el área de Derecho administrativo del Departamento de Derecho Público de Oviedo. Máster de acceso a la abogacía por la Universidad de Oviedo (Uniovi), España.

for those who have lost their home after being unable to face the mortgage. Having witnessed this situation, which has sprung, it's plain to see how inefficient and inadequate policies on housing are. Thus, we intent to highlight the importance of the Laws role as a provider of proposals to do away with the current vulnerability and susceptibility of our rights.

Keywords: *Right to housing, eviction, mortgage foreclosures, mortgagor, in lieu of payment.*

INTRODUCCIÓN

Los desahucios son, desde hace unos años, uno de los principales problemas a batir por la sociedad española. El Derecho, como herramienta protectora, de prevención y de resolución de conflictos que es, debe ser capaz de articular mecanismos que hagan frente a esta nueva realidad. La elección de esta temática se debe no solo a su imperiosa actualidad y a su trascendencia jurídica, sino también a un particular interés en la materia a raíz de un estudio realizado hace dos años sobre la dación en pago. Esta preferencia en cuanto al tema se explica también por su idoneidad para ser abordado desde diversas ramas del Derecho, pudiendo realizarse un enfoque multidisciplinar del mismo.

Se estudiarán en tres sub-partes las siguientes cuestiones:

En primer lugar, el contexto y el perfil actual de la vivienda en España, así como el derecho a una vivienda digna y adecuada desde la perspectiva constitucional.

A continuación, se abordará la problemática del desahucio como nueva forma de exclusión social a través de un análisis estadístico que tiene por objeto determinar si la normativa aprobada en los últimos años ha logrado disminuir el número de lanzamientos practicados.

Por último se analizarán las medidas de protección con las que el deudor hipotecario cuenta en nuestro país, tanto en la fase previa a la ejecución como una vez iniciada la misma.

1. EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA

La vivienda está considerada como un bien cuya finalidad última es posibilitar el desarrollo de un núcleo familiar y otorgar a las personas que lo conforman un marco adecuado para habitar honrosamente.² Por tanto, cuando hablamos del derecho a una vivienda digna y adecuada no nos referimos únicamente al derecho de toda persona a disponer de cuatro paredes y un techo en el que encontrar cobijo. El adjetivo «digna» se refiere a aquella vivienda que es adecuada para satisfacer necesidades básicas, tales como un espacio íntimo y adaptado a un entorno en el que poder desarrollar una vida en paz y dignidad. Se trata de una construcción que cuenta con unas condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad que son, por otra parte, indispensables para que la misma sea habitable.

El artículo 47 de la Constitución española reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y la necesidad, a tal efecto, de una regulación adecuada del suelo. El problema lo encontramos en la ubicación de este precepto en la Carta Magna, pues al encontrarse en el Capítulo III del Título I se configura como un principio rector de la política social y económica y no como un derecho o libertad fundamental. Es por ello que un sector amplio de la doctrina entiende que no existe un verdadero derecho subjetivo a la vivienda exigible directamente, sino un mero mandato que ha de informar la actuación del legislador, de los poderes públicos y de los Tribunales. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la normativa comunitaria –que ya están asumiendo razonamientos más avanzados en esta materia– entienden que sí que existe un derecho subjetivo a la vivienda y que no puede ser desconocido por más tiempo.

2. EL DESAHUCIO COMO NUEVA FORMA DE EXCLUSIÓN SOCIAL

En la actualidad, hablar de la situación de la vivienda nos lleva irremediamente a tratar el problema de los desahucios, que han cobrado importancia en los últimos años, configurándose como un nuevo tipo de exclusión social. Son una innovadora forma de dejar al margen de la sociedad a personas y familias plenamente integradas que por diversos motivos no pudieron hacer frente al pago de su vivienda.

² Garrido Gutiérrez, P.: «El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE)». En: Tejadura Tejada, J (dir.). Principios rectores de la política social y económica. Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, p. 410.

De acuerdo con Carolina Navarro³ se ha de considerar «la privación de una vivienda digna como una de las manifestaciones más visibles de la pobreza y la exclusión social». Aunque existen varios tipos de desahucio -como el administrativo o el desahucio por falta de pago-, interesa estudiar el desahucio por ejecución hipotecaria, pues es el que ha motivado la aparición de una batería de normativas desde 2011, cuyo objetivo principal era la paralización de los lanzamientos y la protección de los deudores hipotecarios. Especialmente reseñables son el *RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos*, que creó el Código de Buenas Prácticas y estableció los requisitos para entrar en el umbral de excusión y la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social* que se aprobó por la repercusión en España de la STJUE de 14 de marzo de 2013 –Caso Aziz–, cambiando el paradigma de la ejecución hipotecaria en nuestro país, flexibilizando los requisitos del RDL 6/2012 e introduciendo la posibilidad de que el órgano judicial que aprecie cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios pueda suspender cautelarmente el procedimiento de ejecución.

3. BREVE ANÁLISIS ESTADÍSTICO Y GEOGRÁFICO DE LOS DESAHUCIOS

La revisión bibliográfica realizada en el marco de este trabajo pone de manifiesto la falta de estudios estadísticos sobre la problemática de los desahucios en España. Por ello, hemos decidido hacer un análisis propio, a partir de algunas bases de datos. Las tablas y gráficos que a continuación expondremos han sido elaborados a partir de los datos extraídos de las estadísticas judiciales del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), que recopilan los movimientos de asuntos en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción.

3.1 Número de lanzamientos según su causa

Las causas del desahucio pueden ser diversas, aunque como puede verse en las figuras 1 y 2, según los datos ofrecidos por la estadística judicial del CGPJ, destacan muy por encima del resto los lanzamientos por falta de pago de las rentas del alquiler y los lanzamientos consecuencia de una ejecución hipotecaria. Hemos sumado los lanzamientos de todas las CC. AA. y los resultados totales a nivel nacional son los siguientes:

³ Navarro Ruiz, C.: «Indicadores de Vivienda y exclusión». Documentación social, núm. 138, 2005, p. 175.

CAUSA	TOTAL LANZAMIENTOS		
	13	14	15
Falta de pago renta	.141	.044	.677
Ejecución hipotecaria	.811	.877	.225
Otras	.037	.070	.157
TOTAL	.189	.091	.359

FIG. 1. Gráfico comparativo de lanzamientos según su causa realizados por los JPI e Instrucción en los años 2013-2015. *Elaboración propia. Fuente: CGPJ. Se computan tanto los actos que se acuerdan en fase de ejecución como las entregas de posesión, o las resoluciones que supongan la entrega voluntaria del bien (directamente o a través del órgano judicial).*

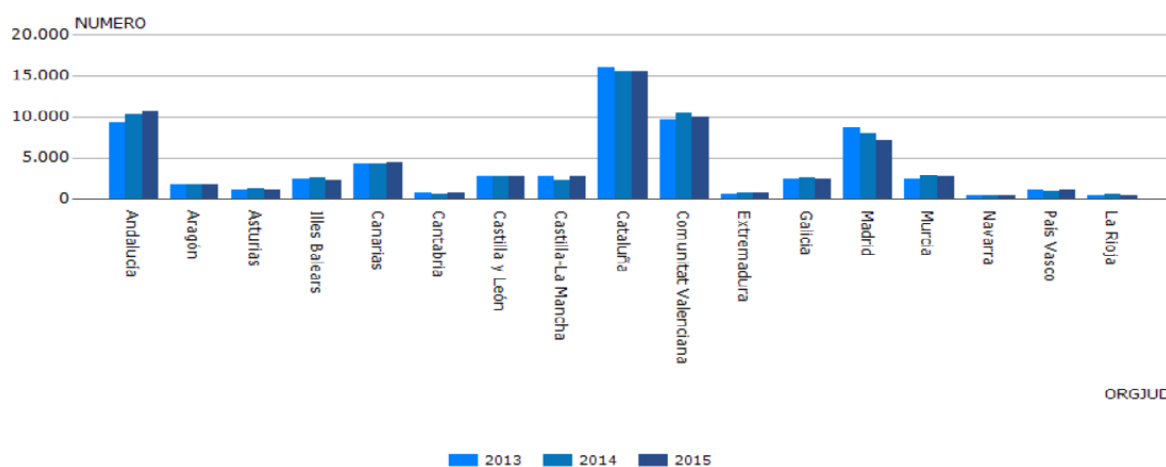


FIG. 2. Gráfico total lanzamientos años 2013-2015, sin diferenciar causa, según CC. AA. *Fuente: CGPJ. Se computan tanto los actos que se acuerdan en fase de ejecución como las entregas de posesión, o las resoluciones que supongan la entrega voluntaria del bien (directamente o a través del órgano judicial).*

3.2 Ejecuciones y lanzamientos.

Interesa hacer una comparativa entre las ejecuciones hipotecarias y los lanzamientos que finalmente tienen lugar. Como puede apreciarse, las ejecuciones hipotecarias superan siempre a los lanzamientos efectivamente practicados.

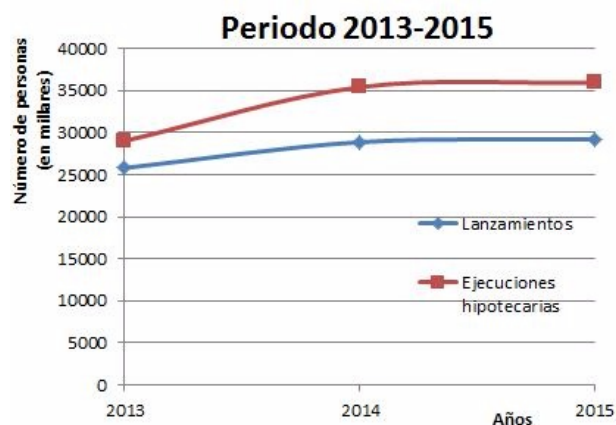


FIG. 3. Gráfico comparativo de ejecuciones hipotecarias y lanzamientos en España entre 2013 y 2015. *Elaboración propia. Fuente: CGPJ.*

3.3 Análisis Geográfico de los desahucios en España

Conviene ahora analizar los desahucios desde un punto de vista geográfico. Aunque los datos totales resulten ilustrativos, pueden llevar a equívocos, pues lo cierto es que existe una gran diferencia entre provincias y CC. AA. en lo que al número de lanzamientos practicados se refiere. Para elaborar este apartado hemos vuelto a recurrir a la base de datos del CGPJ y también al censo de población del Instituto Nacional de Estadística.

Para desglosar mejor la información hemos elegido la provincia como unidad de actuación. También ha sido imprescindible la ayuda de Ícaro Obeso Muñiz del Departamento de Geografía de la Universidad de Oviedo, que generosamente y tras facilitarle los datos obtenidos a partir las estadísticas del CGPJ, ha diseñado para nuestro trabajo los mapas que a continuación se muestran según los lanzamientos practicados en cada provincia en los años 2013-2015 y en función de la población de cada una de ellas, calculando la tasa de lanzamientos expresada en tantos por mil.

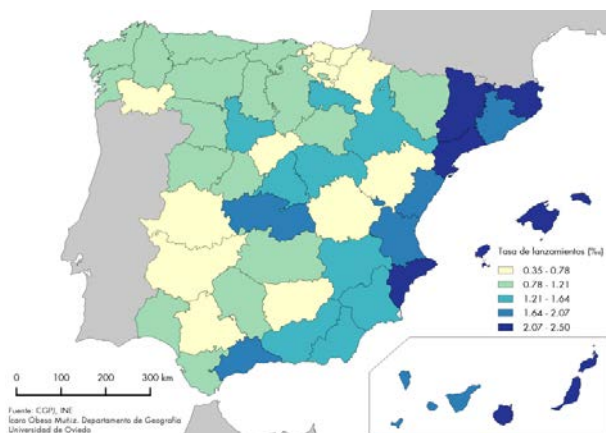


FIG. 4. Mapa tasa lanzamientos según provincias 2013

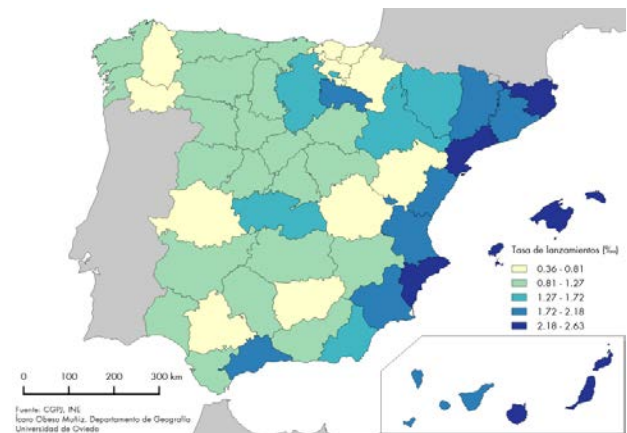


FIG. 5. Mapa lanzamientos según provincias 2014

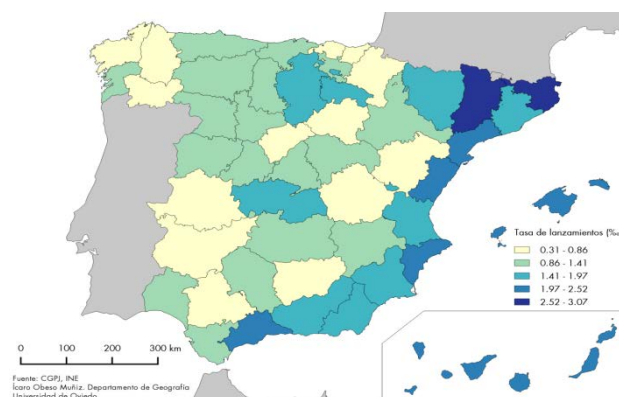


FIG. 6. Mapa lanzamientos según provincias 2015

Elaborados por Ícaro Obeso Muñiz. Fuente: CGPJ, INE.

Desde 2012 hasta nuestros días se han aprobado sucesivas leyes que intentaban acabar con el problema de los lanzamientos. El objeto de este análisis era analizar si esa normativa aprobada ha surtido efecto, debiendo ser la respuesta necesariamente negativa, pues si bien es cierto que el número de lanzamientos totales ha disminuido, los lanzamientos cuya causa es una ejecución hipotecaria han aumentado año tras año (véase Fig. 1.). Las ejecuciones hipotecarias y los posteriores lanzamientos no han hecho sino aumentar desde 2013 hasta nuestros días (véase Fig. 3.) siguiendo la misma tendencia que en la franja 2008-2012. Lo anterior nos lleva a afirmar que la normativa aprobada en estos últimos años, cuyo objeto era la protección del deudor hipotecario y la paralización de los lanzamientos de familias por parte de las entidades financieras, ha sido del todo ineficaz, pues el número de desahucios no solo no ha disminuido, sino que ha aumentado en la mayoría de provincias españolas (véase Fig. 2.).

4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESAHUCIO

Aunque lo cierto es que desde 2012 hasta ahora se han producido algunos cambios, estos distan de ser suficientes, pues los desahucios siguen siendo uno de los problemas que más preocupan en el día a día de la sociedad española. Las principales soluciones son las que recoge el *Código de Buenas Prácticas* del RDL 6/2012: la reestructuración de la deuda, la quita en el capital y la dación en pago. El problema es que las previsiones del Código son solo de obligado cumplimiento para las entidades adheridas al mismo y dicha adhesión es voluntaria, lo que hace que también lo sea –aunque indirectamente– la concesión de estas medidas. Además, para que el Código pueda aplicarse, el deudor hipotecario debe estar incluido en el umbral de exclusión y ser aplicable a la hipoteca según el valor de adquisición de la vivienda.

4.1 Reestructuración de la deuda

La refinanciación o reestructuración del crédito con garantía hipotecaria es una medida previa a la ejecución y supone la cancelación de la deuda anterior para contraer otra con nuevas condiciones que se suponen mejores o más adaptadas a la situación del deudor. Si la entidad no está adherida al Código habrá que estar a lo dispuesto en el contrato. Si por el contrario, la entidad está adherida y se dan los requisitos que señalábamos, el banco estará obligado a ofrecer un plan de reestructuración o estudiar el que proponga el deudor y si lo rechaza deberá hacerlo motivadamente.

4.2 Quita en el capital

Consiste en la reducción de la deuda pendiente. Las entidades financieras adheridas están obligadas a estudiar la posibilidad de una quita cuando, además de concurrir los requisitos generales, la reestructuración resulte inviable. Esta circunstancia se da cuando la cuota hipotecaria es superior al 50 % de los ingresos totales de la unidad familiar. Por lo que respecta a las entidades no adheridas dependerá de lo establecido en el contrato y en caso de no establecer este nada, de la voluntad de la propia entidad.

4.3 La dación en pago

La dación en pago en el ámbito hipotecario se entiende como la entrega del inmueble a la entidad bancaria de forma que la deuda quede totalmente saldada. Con ella se evita que los deudores hipotecarios además de perder su vivienda queden endeudados *sine die*. La dación en pago existe en nuestro país de acuerdo con los artículos 105 y 140 de la Ley Hipotecaria pero está supeditada a un pacto previo entre la entidad acreedora y el deudor. Sin embargo, este pacto va a tener lugar en pocas ocasiones porque a las entidades bancarias no les interesa negociar una dación en pago y que la deuda quede extinguida cuando podrían seguir cobrando además de quedarse con la vivienda. Lo que viene reclamándose en los últimos años es la regulación de una verdadera dación en pago cuya aceptación sea imperativa para la entidad. El problema lo encontramos en el artículo 1166 del Código Civil, que establece que el acreedor no puede ser obligado a recibir una prestación distinta de la pactada en el contrato. La dación en pago también es una medida prevista en el *Código de Buenas Prácticas* pero además de cumplirse los requisitos generales es una medida subsidiaria de las dos anteriores.

CONCLUSIÓN

En definitiva, es difícil conciliar el deber moral de proteger a aquellas personas que corren el riesgo de perder su hogar con el cumplimiento del Derecho de obligaciones y contratos, ya que si protegemos enteramente a los primeros podría vulnerarse el derecho de crédito que tienen a su favor las entidades financieras y viceversa. En la actualidad la balanza se inclina a favor de las entidades financieras en perjuicio de los deudores hipotecarios, ya que –directa o indirectamente– la decisión de ofrecer medidas como reestructuraciones, quitas o daciones en pago depende exclusivamente de la voluntad de la entidad. El legislador todavía no ha conseguido articular una solución satisfactoria a este problema y lo cierto es que

debería hacerlo, ya que el Derecho ha de ser una herramienta protectora y de resolución de conflictos y en esta materia aún dista mucho de serlo.

Paula Ventoso San Julián
Correo electrónico: paulavens@hotmail.com
Teléfono: 671648064

EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL: EL CASO DE LA DOBLE VENTA¹

Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo

RESUMEN

El trabajo analiza la incidencia de la jurisprudencia en los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley en el ordenamiento español valiéndose de un ejemplo de Derecho Civil como es el de la controversia sobre la doble venta del art. 1473 del Código Civil.

ABSTRACT

This paper analyzes the incidence of the case law in the principles of legal certainty and equal protection of the Law in the Spanish system using an example of Civil Law as the controversy over the several sales of the same goods of art. 1473 CC.

I. Introducción

Con motivo del Congreso Hispano-Mejicano organizado por la Universidad de Oviedo y la Universidad Nacional Autónoma de Méjico el presente trabajo persigue incidir siquiera someramente en dos elementos característicos de todo Estado de Derecho que se precie: el principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley. Todo ello desde un enfoque muy concreto como es el del papel que la jurisprudencia despliega sobre ambos principios, ilustrando las reflexiones que siguen con un caso particular de Derecho civil como es el de la doble venta.

Como ha resaltado en múltiples ocasiones nuestro Tribunal Constitucional, el principio de seguridad jurídica del art. 9 CE «...implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, procurar que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a qué atenerse y huir de provocar situaciones objetivamente confusas». En definitiva, hacer previsible *el Derecho aplicable y las consecuencias derivadas de las normas vigentes* (STC 46/1990 de 15 de marzo).

¹ Este trabajo es fiel reflejo de la comunicación presentada en el *III Coloquio Binacional México-España: Derechos y Obligaciones en el Estado de Derecho*, celebrado en la Universidad de Oviedo entre los días 12 al 15 de diciembre de 2016, a la que únicamente se han añadido las correspondientes fuentes bibliográficas consultadas.

Por su parte, el principio de igualdad jurídica en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) proscribire la divergente solución por un mismo órgano judicial de supuestos esencialmente iguales. Ello no quiere decir que la jurisprudencia no pueda cambiar de criterio sino que dicho cambio ha de ser razonado, razonable y destinado a ser mantenido en el tiempo con fundamento en razones objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*² (SSTC, entre otras, 117/2004 de 12 de julio 150/2004 de 20 de septiembre, 76/2005 de 4 de abril y 54/2006 de 27 de febrero).

No cabe duda que la actividad de los jueces y magistrados, como únicos sujetos facultados para juzgar y ejecutar lo juzgado, influyen de forma decisiva en el grado de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley. Ambos principios serán respetados cuanto mayor sea la previsibilidad de las decisiones judiciales, el mantenimiento en el tiempo de un criterio aplicativo y la inexistencia de resoluciones contradictorias para un mismo supuesto.

II. Valor de la jurisprudencia en el Derecho español

Como resulta de sobra conocido, el tratamiento de la jurisprudencia en relación a la previsibilidad de las decisiones judiciales, el mantenimiento en el tiempo de un criterio aplicativo y la inexistencia de resoluciones contradictorias difiere sobremanera de unos ordenamientos a otros.³ En el Derecho anglosajón la jurisprudencia desempeña un papel creador y confiere certidumbre a un ordenamiento falto en muchos casos de codificación y se encuentra sujeta a una doble vinculación: la vinculación de los Tribunales con sus propias decisiones anteriores (*stare decisis*) y la vinculación de los órganos judiciales inferiores con su superior jerárquico o Tribunal Supremo (doctrina del precedente). Con ello la falta de seguridad jurídica derivada de la ausencia de normas aplicables y la igualdad en la aplicación de la Ley se ve paliada por la jurisprudencia.

² Para un análisis en detalle del tratamiento por el Tribunal Constitucional de los principios de igualdad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad en la relación con la jurisprudencia, *vid.*, entre otros muchos, SUAY RINCÓN, «El principio de igualdad en la jurisprudencia constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española en Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 387 y ss.; y ALBALADEJO GARCÍA, *Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad de Oviedo*, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1997, pp. 37 y ss.

³ Para un breve análisis de las diferencias sobre el valor de la jurisprudencia y su carácter vinculante en los modelos de *Civil Law* y *Common Law*, *vid.*, entre otros muchos, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1969, pp. 111 y ss. ALVIM WAMBIER, «La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el Estado de Derecho. Civil Law y Common Law», *Themis Revista de Derecho*, n.º 58, 2010, pp. 71 y ss.

Así se aprecia claramente, por ejemplo, en el Derecho mejicano en el art. 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en su desarrollo en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución,⁴ en los que se fija el valor de la jurisprudencia y la articulación de las reglas de prevalencia de la doctrina de los órganos habilitados para sentar jurisprudencia: la Corte Suprema de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito.⁵

Por el contrario, en el Derecho continental europeo el papel del Juez se concibe originariamente como mero aplicador al caso concreto de una norma abstracta en principio perfecta y lógica, fruto de las ideas propias del racionalismo jurídico dominantes en la época de la Revolución francesa y la Codificación napoleónica, resumidas por MONTESQUIEU al caracterizar al Juez como «...el instrumento que pronuncia las palabras de la Ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes».⁶

La función de la jurisprudencia en nuestro modelo no es creadora sino meramente informadora del ordenamiento y la seguridad jurídica se articula inicialmente a través de la codificación normativa. De ahí que en el derecho español la jurisprudencia no sea fuente del Derecho y se limite a complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo tal y como establece el art. 1.6 de nuestro Código Civil.⁷

El referido papel meramente informador atribuido a la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico no se acomoda a mi modo de ver a la realidad. Buena muestra de

⁴ Conforme al art. 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: «La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución». El desarrollo de dicha previsión constitucional se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución.

⁵ Vid. a este respecto ALVARADO ESQUIVEL, «La jurisprudencia en la nueva ley de amparo», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 35, 2013, pp. 189 y ss.

⁶ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en *Estudios de derecho judicial*, n.º 34, 2001 (Ejemplar dedicado a: La fuerza vinculante de la jurisprudencia), pp. 133 y 134.

⁷ Cfr., entre otros muchos, DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, *La jurisprudencia como fuente del Derecho* (Discurso leído en la sesión inaugural del curso 1924-25 celebrada el 12 de enero de 1925), Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Reus, Madrid, 1925, pp. 135 y ss.; AUGER LIÑAN, «La jurisprudencia como posible fuente de ordenamiento jurídico», en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional: jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978* (Coord. Enrique Bacigalupo Zapater *et al*), 2004, pp. 370 y ss.; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La jurisprudencia y el principio de seguridad jurídica», *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2014, pp. 85 y 86.

ello es que en el ámbito del Derecho Civil la jurisprudencia: 1. Dota de contenido a conceptos jurídicos legales indeterminados, como la buena o mala fe, el abuso del Derecho o la diligencia de un buen padre de familia; 2. Corrige en muchos casos la literalidad de la norma llegando a formular interpretaciones *contra legem* (caso de la presunción de solidaridad en las obligaciones en contra de lo previsto en el art. 1137 CC); 3. Formula nuevas categorías jurídicas o principios legales de los que extrae consecuencias diversas, tales como la figura de la solidaridad impropia o las reglas *cuius commoda eius incommoda* o el canon de agotamiento de la diligencia, a través de los cuales se invierte o modula nuestro sistema de responsabilidad extracontractual basado en la culpa o negligencia.⁸

Por ello considero que esta labor conformadora de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento casa mal con un sistema de fuentes que le atribuye un mero papel complementario y la priva de toda eficacia vinculante, tanto en sentido horizontal como vertical,⁹ excepto en el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo atinente al Derecho comunitario.¹⁰ Al mismo tiempo atenta contra los principios de seguridad jurídica en la previsibilidad de la aplicación de las normas y consecuencias de ellas derivadas para los ciudadanos e igualdad en la aplicación de la ley, dada la frecuencia con que se encuentran resoluciones contradictorias sobre un mismo supuesto de hecho.

III. La inseguridad jurídica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Centrando la atención exclusivamente en jurisprudencia del Tribunal Supremo, llama la atención y preocupa el mantenimiento en el tiempo de soluciones antagónicas en supuestos idénticos, todas ellas razonadas a su vez. No en balde, los recursos de casación por interés casacional en el ámbito Civil tienen su fundamento en la eliminación de soluciones jurisprudenciales antagónicas para un mismo supuesto de

⁸ Cfr. ROCA TRÍAS, «La codificación o el mito del derecho estático frente al dinamismo de la jurisprudencia», en *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, pp. 41 a 44.

⁹ Sobre la eficacia horizontal y vertical de la jurisprudencia en el Derecho español, *vid.* BACIGALUPO ZAPATER, *ob. cit.*, pp. 136 y ss.

¹⁰ El valor vinculante de la jurisprudencia constitucional se encuentra establecido en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

hecho.¹¹ Contradicciones que emanan en muchos casos no solo de las Audiencias Provinciales (como prevé el art. 477 de la LEC) sino también del propio Tribunal Supremo como la práctica demuestra. No obstante, la virtualidad práctica del recurso de casación es muy limitada, dado que incluso en el caso de las sentencias de unificación de doctrina el propio Tribunal es incapaz de acatar su propia doctrina plenaria, situación que se reproduce con mayor intensidad en el caso de la jurisprudencia menor.

Sirva como ejemplo en el ámbito de la jurisdicción civil el caso de la doble venta regulada en el art. 1473 CC. Dicho precepto determina cuál es el comprador preferido en su adquisición cuando un vendedor enajena sucesivamente un mismo bien a dos o más compradores diferentes. Se trata de un supuesto podemos decir clásico que se encuentra regulado de forma más o menos similar en numerosos ordenamientos, como los Derechos francés, italiano, alemán o en el Derecho mejicano (artículos 2264 a 2266 del Código Civil Federal).

Tradicionalmente se ha discutido si dicho art. 1473 CC resulta aplicable únicamente si al perfeccionarse la segunda venta el vendedor no ha entregado el bien al primer comprador o puede aplicarse igualmente cuando al vender nuevamente el bien este ha sido entregado al primer comprador.¹² En definitiva lo que se discute es si dicho

¹¹ Para un análisis del papel actual de la Sentencias de unificación de doctrina en nuestro ordenamiento, *vid.* MOLINER TAMBORERO, «Fuerza vinculante de las Sentencias de casación. Referencia especial a las dictadas en unificación de doctrinas», *Revista del Poder Judicial*, n.º 93, 2012, pp. 4 y ss.

¹² A favor de la imposibilidad de aplicar el art. 1473 CC si al momento de perfección de la segunda venta el bien había sido entregado al primer comprador se posicionaban, entre otros, GARCÍA CANTERO, «Comentario a los arts. 1445 a 1541», en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales* (Dir. Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart), T. XIX, Edersa, Madrid, 1980, p. 249; ALBALADEJO GARCÍA, «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Batlle Vázquez*, Editorial Revista de Derecho Financiero, Madrid, 1978, pp. 20 y 21; MOLINA GARCÍA, *ob. cit.*, p. 75; CARRIÓN OLMOS, «Comentario a la STS de 11 de abril de 1992», *CCJC*, n.º 29, 1992, p. 502; FERNÁNDEZ ARROYO, «Comentario a la STS de 3 de marzo de 1994», *CCJC*, n.º 35, 1994, p. 665; y Díez-Picazo y Ponce de León, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. IV (Las particulares relaciones obligatorias), Thomson-Reuters, Pamplona, 2010, p. 111. En contra de la tesis mayoritaria que afirmaba la inaplicabilidad del art. 1.473 CC a la venta de cosa ajena se posicionaban, entre otros, PETIT SEGURA, *ob. cit.*, pp. 104 y ss.; JORDANO FRAGA, «Doble venta, venta de cosa ajena, adquisición *a non domino* y responsabilidad por evicción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988», *ADC*, n.º 4, 1989, pp. 1349 y ss.; RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, pp. 50 y ss.; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, *Compraventa de cosa ajena*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 104 y 105; CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, José M. Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 337 y ss.; y SABORIDO SÁNCHEZ, «Diferenciación entre doble venta y venta de cosa ajena. Protección al tercero hipotecario (Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1996)», *ADC*, n.º 3, 1997, pp. 1569 y ss.

artículo es aplicable o no a la venta de cosa ajena y, adicionalmente, si esa venta de cosa ajena es válida.

Para evidenciar el alcance de esta controversia jurisprudencial y los perniciosos efectos que sobre la seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley despliega sirva como ejemplo la STS de 7 de abril de 1971, en la que se afirmaba que el juzgador de Instancia: «...pudo entender, siguiendo cierta corriente doctrinal y jurisprudencial, que la venta de cosa ajena –y lo mismo la doble venta–, era ineficaz por faltar en ella el elemento real del contrato, (...); y por el contrario, podía admitir la validez de ambas ventas y que ambas desplegaban igual eficacia obligacional, siquiera una de ellas no pudiera tener cumplimiento *in natura* y dejar para ulterior litigio la determinación de cuál había de ser la que llevara aparejada la eficacia transmisora de la cosa vendida (...)».

Como puede observarse, en la resolución transcrita el Tribunal Supremo reconocía la posibilidad de optar por soluciones tan antagónicas entre sí como la de la nulidad o la validez de la segunda venta, en claro detrimento de la más mínima seguridad jurídica exigible en un Estado de Derecho e institucionalizando y normalizando la disparidad de soluciones a supuestos de hecho idénticos proscrita por el art. 14 CE.

Tras varias décadas de controversia, el Tribunal Supremo fijó en la Sentencia plenaria de 7 de septiembre de 2007 la aplicabilidad del art. 1.473 a la venta de cosa ajena y la validez de esta segunda venta, al precisar que la venta de cosa ajena se refiere a dos figuras en cierto modo diferentes: *a)* Una compatible con nuestra compraventa consensual, en la que el vendedor no propietario se obliga a procurar al comprador la entrega del bien para lograr el efecto traslativo; *b)* Otra anómala necesitada de reglas específicas y en la que quien era propietario enajena el bien y luego se lo vende a otro, reglas a que precisamente responde el art. 1473 CC y cuya aplicación entronca con el art. 34 LH.

Pese a ratificar este nuevo criterio en varias resoluciones posteriores,¹³ tal doctrina aparentemente consolidada se ha visto quebrada en varias ocasiones sin justificación alguna, caso de las SSTS de 20 de noviembre de 2008, 13 de noviembre de 2009 o 13 de mayo de 2013. En esta última el Tribunal insistía nuevamente en que «El caso presente no es doble venta y no se aplica el art. 1473, sino que cuando el Sr. T. vendió en

¹³ Cfr. SSTS, entre otras, de 20 de julio de 2010, 11 de febrero de 2011 y 11 de diciembre de 2012.

escritura pública la finca no era de su propiedad, por más que siguiera siendo titular registral (porque se había negado a otorgar escritura pública al primer comprador). No era de su propiedad porque ya la había vendido a Don C. J. en documento privado (título) y este había tomado posesión material de la finca (modo)».

Por tanto, si bien la polémica sobre el ámbito de aplicación del art. 1473 CC, su relación con la venta de cosa ajena y correlativa integración con lo dispuesto en los arts. 464 CC y 34 LH, ha experimentado en los últimos años un giro decisivo a partir de la STS de 7 de septiembre de 2007, el peso de la contradictoria historia jurisprudencial en torno a dicho precepto continúa dando quebraderos de cabeza, dada la incomprensible falta de acatamiento por el Tribunal Supremo de su doctrina plenaria y consiguiente inseguridad jurídica que ello genera.

La venta múltiple constituye un buen ejemplo de una de las muchas materias sobre las que el Tribunal Supremo cambia constantemente de criterio, con la consiguiente inseguridad y falta de previsibilidad de los fallos judiciales en nuestro actual sistema. Situación que se incrementa en el caso de la jurisprudencia menor (Juzgados, Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia) y que dificulta sobremanera la labor de los operadores jurídicos, de quienes nos dedicamos desde el ámbito académico al estudio de las instituciones jurídicas y que, fundamentalmente, atenta en perjuicio de los ciudadanos afectados contra los más elementales principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley proclamadas por nuestra Carta Magna.

Las potestades administrativas de defensa de los bienes públicos y sus relaciones con los Tribunales y el Registro de la Propiedad

Alejandro HUERGO LORA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

1. Introducción

Para la protección de sus bienes y derechos, las Administraciones Públicas disponen de distintas potestades que les confieren una posición privilegiada respecto a los demás sujetos.¹ En este trabajo se van a repasar esas potestades desde una perspectiva particular, colocándolas en paralelo a otros mecanismos jurídicos con los que tienen en común un mismo objetivo: proporcionar al propietario (público o privado) una vía de protección de su derecho que le evite el ejercicio ante los Tribunales ordinarios de una acción declarativa.

Los conflictos en los que operan todos estos instrumentos jurídicos pueden referirse a la titularidad de un determinado inmueble o a la determinación de los linderos de dos inmuebles pertenecientes a distintos titulares. Tanto en un caso como en otro, el cauce que permite solucionar de manera definitiva el conflicto es una acción declarativa ante los Tribunales civiles, que finalice con una sentencia con fuerza de cosa juzgada. Por esa vía se fija de manera indiscutible el lindero entre dos propiedades, o se zanja el conflicto entre dos sujetos por la titularidad de un inmueble o sobre su naturaleza pública o privada.²

Pero este cauce jurídico es evitado por todos, pues conlleva importantes costes en tiempo y dinero y, además, obliga a quien se sirve de él a levantar la carga de la prueba, asunto este extremadamente importante. No olvidemos que existen numerosos casos de conflicto sobre la titularidad de un inmueble o sobre el deslinde entre dos inmuebles, en los que ninguna de las partes puede acreditar su derecho con pruebas

¹ Esta publicación se enmarca en la actividad del Grupo de Investigación «Derecho Administrativo», reconocido por la Universidad de Oviedo, y en los proyectos de investigación FC-15-GRUPIN14-039, financiado por el Principado de Asturias (Consejería de Economía y Empleo), y DER2014-59595-P, del Ministerio de Economía y Competitividad.

² Es cierto que la sentencia solo produce efecto de cosa juzgada entre quienes han sido partes en el proceso, no frente a terceros. En ese sentido, la sentencia que estima una acción reivindicatoria proclama que el demandante es el propietario del bien litigioso, pero solo vincula al demandado, no a un eventual tercero que se crea con mejor derecho. Del mismo modo, la sentencia que decide una acción de deslinde solo vincula a los litigantes (que serán los propietarios de los bienes cuyo deslinde es litigioso). Siendo esto cierto, en la inmensa mayoría de los casos el conflicto solo se plantea entre quienes son parte en el proceso, y por lo tanto la relatividad de los efectos de la sentencia no es un problema mayor. Esto es especialmente claro en el caso de los conflictos sobre linderos, en los que los únicos posibles interesados son los propietarios de los terrenos cuya delimitación es confusa, y sus causahabientes. Pero también lo es en el caso de los conflictos de propiedad, porque lo normal es que haya dos sujetos, no tres o más, que se consideren con alguna razón titulares del bien discutido. En todo caso, quede anotada esta limitación de lo que se afirma en el texto. También hay que dejar anotado que, para que la sentencia firme dictada en juicio declarativo vincule no solo a las partes, sino también a los adquirentes de buena fe, es necesario que sea inscrita en el Registro de la Propiedad.

cumplidas. En esos casos, quien acuda a los Tribunales como demandante probablemente perderá, de modo que la distribución de la carga de demandar resulta muy importante y condiciona el resultado final.³

Normalmente, la carga de acudir a los Tribunales (que determina, a su vez, la carga de la prueba) viene determinada por la posesión. El poseedor no necesita ejercer ninguna acción declarativa porque nadie puede turbarle legalmente en su posesión. Si alguien le priva de ella por la fuerza, puede impetrar la protección de los jueces mediante acciones posesorias (siempre que no deje pasar el plazo de un año), en las que no necesita probar su *ius possidendi*, bastando acreditar el *ius possessionis*. Por lo tanto, solo quien se considera propietario de un bien poseído por otro, se ve en la necesidad de acudir a los Tribunales y probar en ellos su derecho.

Ante los inconvenientes que supone acudir como demandante a los Tribunales y ejercer una acción declarativa en juicio ordinario, a los que se ha hecho referencia, se han creado otros mecanismos que tienen un rasgo común: permiten a quien los utiliza obtener, a través de un procedimiento más rápido y sometido a menores requisitos, un título jurídico que fortalece su posición frente a quien quiera discutirla. Ese fortalecimiento consiste en que cualquier posible oponente deberá acudir a los Tribunales ordinarios y asumir la carga de iniciar y ganar un proceso declarativo ordinario. Puede decirse que, si la sentencia dictada en un juicio declarativo ordinario es un «arma pesada» que permite resolver definitivamente el conflicto, pero con un coste y un riesgo muy altos, estos mecanismos alternativos constituyen un «armamento ligero», que soluciona con un coste mucho menor las necesidades ordinarias de tutela de los sujetos. Es cierto que quien no esté de acuerdo puede acudir a un juicio declarativo ordinario, y esto anula la fuerza de los procedimientos jurídicos «ligeros», pero tendrá que asumir el coste y el riesgo correspondientes. Este tipo de mecanismos tienen una importante función preventiva, en la medida en que pueden ser utilizados antes de que surja un conflicto concreto, para fortalecer la posición de quien los utiliza frente a cualquier posible problema futuro, incentivando así la seguridad de esa posición y, en consecuencia, el tráfico jurídico y económico.

Con frecuencia estos mecanismos de protección de los derechos tienen la ventaja o la característica de que sirven para alterar la carga de acudir a los Tribunales, que pasa a recaer sobre el poseedor del bien (antes liberado de ella), frente a quien ha obtenido una resolución favorable en uno de los procedimientos jurídicos «ligeros». El poseedor, que antes podía esperar tranquilamente a que alguien le demandase, se ve obligado a demandar (y a aportar las pruebas cumplidas de su *ius possidendi*, de las que con frecuencia carece) si quiere ver reconocida su titularidad.

Vamos a estudiar a continuación algunas de estas instituciones, varias de las cuales operan en las relaciones entre privados y otras en relaciones entre la Administración y los particulares, y lo haremos sobre la plantilla que acaba de exponerse, es decir, para ver cómo encajan en este esquema institucional. Esto pone de

³ Esto no quiere decir que quede automáticamente afirmado el derecho de la otra parte. La sentencia desestimatoria de la acción reivindicatoria interpuesta por A contra el poseedor B, no declara el derecho de propiedad de B, de modo que no garantiza que, si B interpusiera una acción declarativa de dominio contra A (en un pleito en que pesaría sobre B la carga de la prueba), tuviera garantizada su estimación. Sin embargo, como B está protegido por la posesión y no necesita una sentencia para ser mantenido en ella, la fuerza de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria es suficiente para él y pone fin al conflicto.

manifiesto su esencial semejanza. A continuación, examinaremos los problemas que plantea a veces su convivencia, puesto que en ocasiones colisionan.

2. El Catastro

Como es bien sabido, el Catastro surge como un registro de la propiedad fundiaria a efectos exclusivamente tributarios, es decir, para que la Administración conozca qué propiedades existen y, por tanto, pueden ser sometidas a tributación, cuál es su superficie y las demás características que determinan su cuota tributaria, entre las que se encuentra la determinación del sujeto que, por figurar como propietario, se convierte en sujeto pasivo del impuesto. En principio la atribución de la titularidad por el Catastro resultaba indiferente a efectos civiles, como se han dicho innumerables sentencias. De hecho, muchos propietarios se escondían del Catastro o, al menos, no tenían inconveniente en que sus propiedades figurasen con cabidas notoriamente inferiores a las reales.⁴

Los tiempos han cambiado, entre otras cosas por la mejora técnica del Catastro, cuya base gráfica, muy accesible al público, se acerca a la realidad mucho más que antes. Esto le confiere una ventaja material (aunque no jurídica) sobre el Registro de la Propiedad, que, al carecer, al menos tradicionalmente, de base gráfica, no permite saber cómo se organiza, desde el punto de vista de la propiedad inmobiliaria, una porción de terreno definida gráficamente o mediante coordenadas, y por eso mismo se encuentra inerme frente a fenómenos como las dobles inmatriculaciones, los solapamientos entre fincas o la existencia de vacíos, es decir, porciones de terreno no registradas.⁵ Es cierto que ese problema se ha atajado en parte desde 1996 con la obligación de incorporar a las nuevas inscripciones, la referencia catastral (lo que convierte al Registro en parcialmente dependiente del Catastro), y que se ha profundizado en este camino con la Ley 13/2015, de 24 de junio, pero existen muchas inscripciones, antiguas y modernas, que no la incorporan y en las que es literalmente imposible saber si la finca inscrita existe, dónde se encuentra, cuál es su dimensión y forma reales y, lo que es aún más importante, si ya está inscrita en el Registro, con otra descripción, a nombre de una persona distinta (doble inmatriculación).^{6, 7} Por la misma razón, resulta imposible

⁴ Sobre estas funciones originales del Catastro, *vid.* J. F. FERNÁNDEZ GARCÍA, *El catastro y el justiprecio del suelo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

⁵ Precisamente por ello es el Catastro, y no el Registro de la Propiedad, la base que se utiliza para el ejercicio de potestades administrativas que afectan a porciones concretas del territorio, como la planificación urbanística, la ejecución del planeamiento (procedimientos de reparcelación, compensación, etcétera) o la expropiación forzosa. La información publicada por el Registro tiene más valor jurídico (art. 3.2 LEF, que coloca por delante a los «registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que solo puede ser destruida judicialmente» sobre los «registros fiscales»), pero nunca puede dominarse o tener la seguridad de que se ha recogido de manera exhaustiva, porque en cualquier momento puede aparecer un título inscrito que «tal vez» se corresponda con una finca incluida en el ámbito en cuestión, como sabe cualquier persona con experiencia en este tipo de procesos.

⁶ Ley 13/1996, de 30 de diciembre (Ley de acompañamiento presupuestario), de la que destaca el artículo 53.7: «En lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dicho título».

⁷ Entre la finca inscrita, descrita con linderos y cabida (información que no goza de la fe pública registral, como la jurisprudencia se encarga de recordar) y la finca real, existe un salto que el Registro no permite salvar y que tiene que cubrirse mediante la posesión del vendedor de la finca. El comprador de una finca rústica no sabe si la finca descrita en el título del vendedor (que es la finca que él va a comprar jurídicamente) es la finca que pisa con sus pies y que pretende materialmente comprar. La posesión del

buscar una finca en el Registro y averiguar quién es su titular a partir de su ubicación física. Por ello, cuando se trata de localizar a los titulares de las fincas incluidas en un área determinada, por ejemplo, a efectos expropiatorios o urbanísticos, el Registro es de poca ayuda y pueden aparecer continuamente sujetos que esgriman una inscripción registral que les acredita como propietarios de una finca que «probablemente» se encuentre en la zona afectada. En cambio, el Catastro sí es de ayuda, y a él se recurre, porque al menos no tiene espacios vacíos ni las fincas se solapan, de modo que, delimitada una zona, informa inmediatamente de las fincas que se encuentran en ella y de quiénes son sus propietarios. Otra cosa es la calidad de esos datos, cuyo valor jurídico es, además, inferior al de los suministrados por el Registro (art. 3.2 de la Ley de Expropiación Forzosa).

Del mismo modo, en el mercado inmobiliario de fincas rústicas (incluidas las fincas edificables en suelo no urbanizable a través de figuras como las del «núcleo rural» o similares en las CC. AA. cantábricas) y aún urbanas en algunos casos, el mecanismo de identificación de las fincas es el Catastro, teniendo menos utilidad el Registro de la Propiedad. De hecho, no es infrecuente que el comprador, que ha visto físicamente la finca –no edificada– en compañía del vendedor, y que la ha identificado en el Catastro, tenga que fiarse de que esa finca es la que consta en el título de propiedad del vendedor inscrito en el Registro, y la que en definitiva él va a comprar en escritura pública. Y hablo de confianza porque en muchos casos el título no incorpora la referencia catastral y además los linderos son inservibles. No hace falta poner de manifiesto la gran inseguridad en que se desarrolla en estos casos el tráfico jurídico y económico, máxime cuando hablamos de fincas no edificadas ni cerradas de manera clara, y de las que, por tanto, no es difícil aparecer como dueño en un momento dado o decir de manera creíble que tienen una determinada configuración que después los colindantes contradicen. El Catastro se convierte así en un elemento al que, a falta de otros, se otorga cierta credibilidad al tráfico.

Prueba de ese valor que ha ido adquiriendo el Catastro es la presunción de validez que le reconoce su Ley reguladora, que a partir de 2011 ya no es una presunción solo «a efectos catastrales», sino una presunción a secas.⁸ Vemos aquí identificada una característica típica de los medios de tutela alternativos a la vía judicial ordinaria, como es la producción de efectos vinculantes *a salvo de lo que digan los Tribunales*.

Es importante destacar, en todo caso, que, a diferencia de lo que sucede con otros de los medios de tutela que se estudian en este trabajo, *el Catastro no altera la carga de acudir a los Tribunales en beneficio del titular catastral*. Ni el poseedor de una finca ni su titular registral suelen sentirse amenazados por el hecho de que en el Catastro figure a nombre de un tercero o se le reconozca en el Catastro una cabida inferior, y ello porque, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la potestad administrativa de recuperación posesoria, la inscripción catastral no permite a su titular

vendedor constituye una ayuda porque por lo menos le asegura que la finca no está poseída por un tercero, pero no es la primera vez que el comprador no adquiere la finca que pisa y quiere comprar, sino otra distinta del mismo vendedor, sabiéndolo este o no.

⁸ Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, cuyo artículo 3.3 dice que «[s]alvo prueba en contrario y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos». Hasta la modificación introducida por la Disposición Final 18.^a, apartado 1, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, esa presunción lo era «a los solos efectos catastrales».

obtener la posesión del inmueble desplazando al poseedor actual, ni se establece un plazo limitado, como en la Ley de Costas (art. 15), para que el titular registral acuda a los Tribunales a fin de que estos corrijan la inscripción catastral. La inscripción catastral constituye, eso sí, un medio de prueba más, sometido a la sana crítica judicial, que podrá ser utilizado en caso de que alguien interponga una demanda declarativa sobre la propiedad del inmueble, pero lo normal será que ese alguien sea el titular catastral y no el poseedor ni el titular registral, porque estos, en principio, no tienen nada que ganar ni pueden verse turbados en su posición por la inscripción catastral.

Junto a los efectos favorables que la inscripción catastral proporciona a su titular, deben reseñarse los requisitos necesarios para obtenerla, regulados en los artículos 13-18 de la Ley del Catastro Inmobiliario (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo) y 24 y sigs. del Real Decreto 417/2006, de 7 de abril. En principio esos requisitos son los mismos que para obtener el reconocimiento de la titularidad por vía judicial, es decir, que se acredite el título y la configuración de la finca. La inscripción catastral, como la registral, es en muchas ocasiones la consecuencia de ciertos actos (escrituras públicas de compraventa o adjudicación de herencia, por ejemplo), que se comunican al Catastro y que este tiene, lógicamente, que filtrar, pudiendo incluso practicar pruebas para determinar la procedencia o no de la inscripción solicitada (art. 16 de la Ley del Catastro Inmobiliario). En todo caso, la inscripción catastral resulta mucho más fácil de obtener que una sentencia judicial, no solo porque el órgano que decide es administrativo y no judicial, sino también porque, aunque, de acuerdo con el art. 27 del Real Decreto 417/2006, que desarrolla la Ley del Catastro Inmobiliario, es necesario conceder audiencia a quien pueda ser perjudicado por esa inscripción (es decir, quien figuraba como titular hasta ese momento), el trámite tiene muchos fallos (sobre todo cuando el poseedor, y principal perjudicado por la inscripción a favor de la Administración no tiene el bien a su nombre en el Catastro), y además se trata de un trámite de audiencia en vía administrativa, no de un proceso judicial, y muchas veces no recibe la misma atención por los particulares interesados.

Este examen de los efectos y características de la inscripción catastral, y de sus requisitos, no puede concluir sin la referencia a una importante línea jurisprudencial contencioso-administrativa que anula aquellas modificaciones catastrales con las que la Administración quiere que se le reconozca la titularidad de un inmueble, frente a quien lo tiene inscrito hasta ese momento, por considerarse con mejor derecho. Esta doctrina sostiene que la Administración no puede convertir la inscripción catastral en un sucedáneo espurio de la acción reivindicatoria. Esto quiere decir que cuando la Administración se considere propietaria de un inmueble cuya posesión no detente, no podrá obtener un reconocimiento de su derecho, de forma indirecta, a través de su inscripción en el Catastro, sino que deberá plantear una acción reivindicatoria.

Tal como destaca la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Navarra de 25 de abril de 2002 (recurso 765/2000), la modificación de datos catastrales no puede convertirse en una vía para obtener declaraciones de propiedad eludiendo la adecuada, que es el ejercicio de una acción reivindicatoria ante la jurisdicción civil. Los términos de esta Sentencia son contundentes:

Con independencia de la concreta forma en que se articula la pretensión de la actora LO QUE SE ESTÁ PRETENDIENDO EN REALIDAD ES UNA

DECLARACIÓN DE PROPIEDAD SOBRE UN INMUEBLE Y TODO EL RAZONAMIENTO DE LA DEMANDA VERSA SOBRE RAZONAMIENTOS JURÍDICOS IUSPRIVATISTAS, AL ALEGARSE EL USO Y DISFRUTE DEL INMUEBLE DESDE TIEMPO INMEMORIAL POR LA ACTORA Y APORTANDO LOS DISTINTOS TÍTULOS DE PROPIEDAD EN BASE A LOS CUALES PRETENDE DEMOSTRAR EL DOMINIO DE LA ACTORA SOBRE EL INMUEBLE. (...).

De esta forma, ha de estarse a la auténtica naturaleza de lo solicitado, con independencia de lo que aparentemente se ejercita. Y LO QUE EN REALIDAD SE PRETENDE ES UNA DECLARACIÓN DE PROPIEDAD SOBRE UN INMUEBLE, APROVECHANDO SU INCLUSIÓN EN UN CATASTRO FISCAL, PERO LA INCLUSIÓN O NO EN DICHO REGISTRO NO ES SINO UN PRETEXTO, UN ARTIFICIO, PARA CONSEGUIR AQUELLA AUTÉNTICA FINALIDAD.

TERCERO: Abundando en lo dicho, ha de expresarse que la auténtica naturaleza de la modificación catastral pretendida, no es ni más ni menos que la inclusión en un registro fiscal, con trascendencia a los efectos de la gestión de la Contribución Territorial (Impuesto equivalente al de Bienes Inmuebles en la legislación común). De esta forma la eficacia directa del registro que nos ocupa ha de limitarse a los efectos del ámbito de la gestión tributaria que le es propio, y así se expresa en el artículo 143 de la Ley Foral, 2/1995, de 10 de marzo, Reguladora de las Haciendas Locales de Navarra.

Con arreglo a ello ha de decirse que la inclusión en el referido catastro es una potestad administrativa, antes que un derecho del particular titular de bienes inmuebles para que este pueda hacer vales sus títulos dominicales, frente a la realidad proclamada en el Registro fiscal que nos ocupa, cuya validez se insiste es primordialmente a efectos fiscales, sin perjuicio de que lo que en el mismo se proclama pueda tener validez probatoria en el ámbito de la jurisdicción civil, según se encarga de constatar en este ámbito la práctica forense. SIENDO ELLO ASÍ, EL PARTICULAR ORDINARIAMENTE PODRÁ EFECTUAR LAS RECLAMACIONES PERTINENTES EN LOS CASOS EN QUE SE PROCEDA A LA REVISIÓN CATASTRAL, MÁS NO PARECE QUE EXISTA UN DERECHO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO A QUE NECESARIAMENTE FIGUREN EN EL REGISTRO QUE NOS OCUPA LOS DATOS QUE SE DESPRENDAN DE LOS TÍTULOS DEMANIALES EN LA FORMA QUE OMNÍMODAMENTE PRETENDA EL INTERESADO –LO QUE CONVERTIRÍA A LA ADMINISTRACIÓN ENCARGADA DEL REGISTRO EN UN ÓRGANO ENCARGADO DE PROCLAMAR DERECHOS EN EL ÁMBITO DOMINICAL–. (...).

CUARTO: Así las cosas, NO PUEDE CONFUNDIRSE LA PROCEDENCIA DE LA INCLUSIÓN EN EL REGISTRO QUE NOS OCUPA CON EL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN DEMANIAL, CON LA FINALIDAD POSIBLE DE PRECONSTITUIR UNA PRUEBA EN EL ÁMBITO CIVIL. Por el contrario, como se ha afirmado, su finalidad es estrictamente fiscal, y por ende es lo cierto que no puede pretenderse una modificación del Catastro –con fines que claramente exceden al tributario–, cuando la Administración no tiene por indubitada la propiedad cuya inscripción se pretende –sobre una cuestión hasta cierto punto análoga ya se pronunció la Sentencia de la Sala de once de junio de mil novecientos noventa y nueve, recurso número 876/1996 y 15 de febrero de 2000, recurso 225/2000–.

Como afirmábamos en la última de las citadas sentencias SOLO MEDIANTE UNA DECLARACIÓN JURISDICCIONAL DE PROPIEDAD DEL INMUEBLE, CON LA VALIDEZ Y EFICACIA PROPIA DE LAS SENTENCIAS, SE PUEDE PRETENDER LA INSCRIPCIÓN EN EL CATASTRO DEL BIEN EN LA FORMA Y CON LOS LÍMITES

PRETENDIDOS POR LA PARTE RECURRENTE. ES OBVIO QUE ESTA DECLARACIÓN NO PUEDE PRETENDERSE EN ESTA VÍA, QUE INADECUADAMENTE SE HA BUSCADO CONVERTIR EN UNA INSTANCIA JURISDICCIONAL DECLARATIVA DE PROPIEDAD, cuando es patente que –sin perjuicio del carácter que novedosamente en la legislación y jurisprudencia se atribuye a esta jurisdicción para tutelar todos los derechos e intereses que se diluciden frente a la Administración–, a los efectos que nos ocupan su carácter es revisor del acuerdo impugnado, sin poderse pretender constituir esta instancia jurisdiccional en un instrumento para la declaración de propiedades, lo que es extraño a lo que es objeto de análisis ante la misma.

QUINTO: De conformidad con lo antes expresado procede declarar la inadmisibilidad del presente recurso de conformidad con el artículo 69.a) de la LJCA, por carecer este Tribunal de jurisdicción para su conocimiento, por venir atribuido el mismo a los órganos jurisdiccionales civiles de conformidad con el artículo 2 LJCA, sin que pueda entenderse que es prejudicial su pronunciamiento, de conformidad con el artículo 4 de dicha Ley, ya que lo que en realidad se está pretendiendo es una declaración de propiedad sobre un inmueble como se constata con la mera lectura del suplico de la demanda.

En este mismo sentido cabe citar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha (recurso 849/1999), la de la Sala de Burgos de 10 de febrero de 2000 (recurso 471/1998) que en este caso sí estimaba el recurso, pero porque se había aportado una previa Sentencia civil o la de la Sala de Murcia de 27 de mayo de 2004 (recurso 994/2001). Es evidente que, si la jurisdicción contencioso-administrativa no es competente para pronunciarse sobre cuestiones de propiedad, menos aún lo es un órgano puramente administrativo como el Catastro.

Así lo reconoce, con toda claridad, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Burgos del TSJ de Castilla y León de 4 de octubre de 2006 (Sección 2.ª, sentencia 426/2006), que distingue perfectamente entre la modificación de datos catastrales y la pura y simple suplantación de las potestades de los Tribunales civiles:

Conviene precisar que el Catastro es un registro fiscal que no atribuye propiedades, NO SIENDO COMPETENCIA DE LA GERENCIA CATASTRAL PRONUNCIARSE SOBRE LA PROPIEDAD DE LAS FINCAS, FACULTAD RESERVADA A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CIVIL, LIMITÁNDOSE EL CATASTRO A MODIFICAR LA TITULARIDAD REFLEJADA EN EL CASO DE QUE DICHA MODIFICACIÓN RESULTE JUSTIFICADA CONVENIENTEMENTE, Y PARA EL CASO DE QUE NO RESULTE JUSTIFICADA TAL MODIFICACIÓN, PROCEDERÁ A MANTENER LA TITULARIDAD QUE VENÍA CONSTANDO EN EL PROPIO CATASTRO.

Esta jurisprudencia, reconocida en algún caso por la propia Administración, reconduce de manera significativa las facultades de la Administración catastral y, además, las aleja de otros mecanismos de protección de titularidades (como la propia inscripción registral y las potestades administrativas de defensa de bienes demaniales), que, aunque siempre pueden ser corregidos por una sentencia judicial, sí permiten obtener, a salvo de una eventual sentencia, el efecto del reconocimiento de titularidad sin que quepa que se censure su utilización en lugar de aquella.⁹

⁹ Así, cabe citar, como muestra de que los Tribunales Económico-Administrativos a veces actúan con la independencia y autonomía funcional que se predica de ellos, la resolución del TEAR de Asturias de 30 de mayo de 2008 (reclamación 52/307/07), que dice: «teniendo en cuenta la alegada inadecuación del cauce

3. El Registro de la Propiedad.

El Registro de la Propiedad actúa como alternativa a los Tribunales. Por un lado, desplaza la carga de acudir a ellos, que normalmente va a recaer sobre quien no tiene un título inscrito, quedando el titular inscrito en la más cómoda posición de demandado. Además, en el caso del tercero hipotecario la inscripción registral sencillamente le blindará frente a una eventual demanda del titular civil, que será desestimada. Partiendo de esas bien conocidas notas de la protección registral, vamos a examinar cómo se cumplen en este caso las características generales que se han identificado.

Como en los demás mecanismos que estamos estudiando, sobre lo que diga el Registro prevalecen las sentencias dictadas en un juicio declarativo ordinario (artículo 38 de la LH). A la vez, *solo* esta clase de sentencias prevalecen sobre las inscripciones registrales y permiten rectificar o dejar sin efecto una inscripción registral. Por eso para atacar un título inscrito es necesario atacar también la inscripción, y la sentencia civil tiene que anular el título y la inscripción, siempre que ello sea posible (no lo es en el caso de terceros hipotecarios protegidos por el art. 34 LH, en los que la titularidad registral prevalece sobre la civil).

El Registro de la Propiedad altera la carga de acudir a los Tribunales. No solo por lo que ya se ha dicho, sino también porque, si el titular de un derecho inscrito es turbado por el titular de un derecho no inscrito, tiene a su disposición el procedimiento judicial sumario del artículo 41 de la LH, en el que será protegido y repuesto en la integridad de su derecho sin necesidad de acreditar el fundamento jurídico del mismo. Dicho en otras palabras, el aparato judicial se pone al servicio del título inscrito, fiándose de él. Quien pretenda poner en tela de juicio sus fundamentos (argumentando, por ejemplo, que la finca adquirida es otra, o que su cabida o deslinde no son los que afirma el titular registral) tiene que promover un juicio declarativo ordinario, asumiendo la carga de acudir a los Tribunales y la carga de la prueba. *Por tanto, la inscripción registral desplaza a la posesión como mecanismo de atribución de la carga de acudir a los Tribunales y de la carga de la prueba.*¹⁰

Esa inscripción registral que altera la carga de acudir a los tribunales, se obtiene a través de un procedimiento del que en este momento resulta imposible recorrer, ni siquiera de manera sintética, sus complejidades, en especial su parcial asimilación a los procedimientos administrativos. Sí es importante recordar que en este procedimiento también existe una vía de recurso, antes llamado gubernativo. En este recurso siempre

procedimental así como la ilegalidad del acto impugnado, en la medida en que *la modificación de la titularidad dominical no puede tramitarse por una vía inadecuada ya que corresponde a la autoridad jurisdiccional competente el pronunciamiento sobre el ejercicio de la pertinente acción reivindicatoria de aquella titularidad*, el Tribunal debe resolver la presente reclamación por acuerdo estimatorio y declarar la incompetencia del Catastro ejercida a través de sus órganos administrativos para entrar a analizar y resolver cuestiones de propiedad como la que aquí se ha tramitado».

¹⁰ Con todo, las excepciones admisibles ante el ejercicio de una acción del artículo 41 LH, reguladas en el artículo 444.2 LEC, matizan bastante, como veremos, la eficacia de este procedimiento y sobre todo determinan que el mismo no siempre altera la carga de acudir a los Tribunales, al permitir que el Juez desestime la demanda no solo cuando tenga la inscripción registral del demandante algún defecto, sino también en el caso siguiente: «Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito».

ha habido una instancia final de tipo judicial, pero, si antiguamente era una instancia «judicializada» más que judicial (ante una Sala de Gobierno o similar, al modo de las Juntas Electorales o los Jurados Provinciales de Expropiación), desde hace unos años se trata de un auténtico procedimiento judicial, un juicio verbal. Sin embargo, ese juicio verbal sobre la calificación registral no es un «juicio declarativo ordinario» y, por lo tanto, lo que en él se decida puede ser rectificado en un juicio declarativo ordinario, que no será un juicio sobre la calificación registral, sino sobre la relación jurídica subyacente. Por lo tanto, aunque en el procedimiento de calificación e inscripción registral existe una vía de recurso judicial, esta no se confunde con un declarativo, y por tanto el procedimiento registral sigue siendo una alternativa a la vía judicial ordinaria.¹¹

Una característica importante del Registro de la Propiedad como mecanismo jurídico «ligero», alternativo a la vía judicial y condicionado a esta, es que al menos en el caso del tercero hipotecario (art. 34 LH) la inscripción registral acaba siendo decisiva sobre el posterior e hipotético proceso declarativo ordinario, en el sentido de que el titular inscrito, cuando es un tercero hipotecario, es protegido frente a cualquier otro posible titular del bien, aunque su derecho pueda ser teóricamente superior. En este caso el Registro va más allá de lo propio de esta clase de mecanismos jurídicos, en la medida en que, aunque sigue estando condicionado, por definición, a lo que digan los Tribunales, estos se encuentran vinculados por el Registro (siempre que se cumplan además los otros requisitos extra-registrales de la figura del tercero hipotecario, como la buena fe).

Es importante destacar que la Administración (y, hasta 2015, otros titulares privilegiados, como la Iglesia Católica) tienen la posibilidad de acceder con mayor facilidad al Registro de la Propiedad y a las ventajas jurídicas que conlleva (que ya hemos visto) en virtud de lo previsto en el artículo 206 LH, que les permite obtener la inscripción sin necesidad de título escrito de dominio, con una simple certificación del funcionario competente. En muchos casos eso obliga al poseedor del bien a abandonarlo o a probar su título, cosa de la que estaría relevado, por su condición de poseedor, con carácter general si no fuera por este mecanismo privilegiado. Es cierto que los particulares pueden obtener efectos similares a través del artículo 205 LH, pero es necesaria una publicidad material en forma de edictos que, en los núcleos de población pequeños en que estos procedimientos se aplican especialmente, tiene su utilidad, y que, combinada con la demora de dos años hasta que la inscripción produce efectos respecto de terceros (art. 207 LH), permite que los afectados impugnen la inscripción.

4. Los interdictos y el procedimiento regulado en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria

Los interdictos (llamados por la LEC de 2000, acciones en defensa de la posesión) son procedimientos judiciales abreviados (se tramitan por el juicio verbal) en los que el poseedor de un inmueble –en la variedad del interdicto para retener y recobrar, que es la que aquí interesa– recobra la posesión sin necesidad de demostrar que es propietario de él o que dispone de otro título distinto de la propiedad que le

¹¹ Las calificaciones *negativas* (denegación de la inscripción solicitada) son susceptibles de recurso gubernativo (art. 324 LH) mientras que las *positivas* solo son rectificables, como regla general, mediante demanda de juicio declarativo (art. 38 y 40 LH). El llamado recurso gubernativo ahora no lo es tanto porque se tramita como un juicio verbal civil (art. 328 LH).

otorga el derecho a poseerlo. Por esa condición de mecanismos alternativos al proceso judicial ordinario los estudiamos aquí, junto a los demás instrumentos que tienen esta misma característica. Algunas de sus características se extienden también al procedimiento del artículo 41 de la LH, estudiado también en el apartado anterior como uno de los mecanismos de tutela de los titulares de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad.

Tanto en un caso como en otro (interdictos y procedimiento del art. 41 LH), se trata de procedimientos judiciales que no tienen la misma complejidad que un proceso declarativo ordinario.¹² A su vez, la sentencia que se dicte, aunque quede firme, no vincula el resultado de un declarativo posterior en caso de que lo ponga en marcha la parte que lo necesite, es decir, quien haya perdido el interdicto o el proceso especial del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Por lo tanto, concurren los rasgos de la figura que estamos estudiando, al tratarse de un procedimiento que proporciona, con menor coste que el declarativo ordinario, una tutela jurídica también menos valiosa en la medida en que está condicionada al resultado de un eventual proceso declarativo.

También se cumplen las características de los medios jurídicos ligeros en la medida en que ni en un caso ni en otro el demandante necesita acreditar cumplidamente el título jurídico en cuya virtud detenta la posesión (en el caso de los interdictos) o bien obtuvo la inscripción registral del inmueble (en el caso del procedimiento del artículo 41 LH).

El interdicto no altera la carga de acudir a los Tribunales y, por tanto, la carga de la prueba, porque se trata de un instituto jurídico a disposición del poseedor que es turbado o desposeído. De hecho, la existencia del interdicto evita que el poseedor se vea obligado a acudir a los Tribunales (y a asumir la carga de la prueba) como consecuencia de un acto violento de privación de la posesión. El interdicto no sirve para que quien no es poseedor pueda pasar a serlo y desplazar a la otra parte la carga de acudir a los Tribunales y demostrar su derecho en un declarativo.

Por otro lado, para obtener la estimación de la demanda interdictal le basta al demandante acreditar que era el poseedor del bien antes de la privación o turbación ilegal de la posesión, y que no ha pasado más de un año desde esta. Ningún argumento que el demandado pueda tener para defender su derecho a la posesión le servirá para evitar la desestimación de la demanda, porque se trata de cuestiones relativas al *ius possidendi* que tendrá que ventilar en un juicio declarativo ordinario que deberá promover como demandante, asumiendo la carga de la prueba.

En este sentido existen dos diferencias importantes entre el interdicto y el procedimiento especial del artículo 41 LH. La primera es que este sí puede servir para desplazar la carga de acudir a los Tribunales y la carga de la prueba, en la medida en que quien tiene un título inscrito, pero no la posesión efectiva, puede obtenerla gracias al procedimiento especial del artículo 41 LH, obligando a la otra parte, que hasta ese momento asumía la cómoda posición de demandada, a presentar demanda de juicio declarativo ordinario con el coste que ello supone.¹³

¹² Salvo en aquellos casos en que, por el reducido valor del inmueble, el declarativo ordinario se tramita por el juicio verbal, al igual que el interdicto o el procedimiento del artículo 41.

¹³ Ello se deriva de que la inscripción registral conlleva una presunción de posesión del bien inscrito.

Por otro lado, mientras que en el interdicto el demandado no puede alegar que tiene derecho a poseer el bien, quedando esas cuestiones para un juicio declarativo ordinario que será él quien tenga que promover, en el procedimiento del artículo 41 LH el ámbito de conocimiento es mucho más amplio, al poder alegar el demandado, junto a excepciones más o menos obvias que suponen la negación de los presupuestos de ejercicio de la acción (falsedad de la certificación del Registro, confusión respecto a la identidad de la finca o que también el demandado tiene título inscrito), cuestiones de fondo como el hecho de «[p]oseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito» (art. 444.2 LEC).

De este modo, en el caso que nos ocupa, es decir, el procedimiento previsto en el art. 41 LH, la dualidad entre el procedimiento «ligero» y el declarativo ordinario se pierde en cierta medida, porque el demandado puede alegar en el procedimiento especial las cuestiones de fondo que normalmente solo podría alegar en el declarativo ordinario. Sin embargo, el procedimiento del artículo 41 sí supone un cierto desplazamiento de la carga de la prueba, porque al demandante le basta probar que tiene un título inscrito para generar una presunción que obliga a la otra parte a probar su propio título.

5. Las potestades administrativas para la defensa de los bienes públicos

a) La concurrencia en estas figuras de las características de los medios ligeros de defensa de la propiedad.

De las potestades administrativas para la defensa de los bienes públicos tienen relevancia en este caso, por de pronto, las de deslinde y recuperación posesoria, así como también otra de alcance más sectorial, como es la de clasificación, recogida en el artículo 7 de la Ley de Vías Pecuarias (Ley 3/1995, de 23 de marzo). En los tres casos nos encontramos con las características de la institución que estamos estudiando. Así, permiten obtener una resolución jurídica (un acto administrativo) que, aunque siempre claudicará ante una sentencia civil dictada en juicio declarativo ordinario, surte efectos prácticos equivalentes, permitiendo a la Administración obtener la posesión del bien o fijar sus linderos y desplazar la posesión del colindante. Por otro lado, y como consecuencia de ello, estos mecanismos alteran la carga de acudir a los Tribunales (y la carga de la prueba), al obligar a quien era poseedor del bien (que en principio estaba relevado de acudir a los Tribunales y podía en todo caso mantener la condición de demandado), a interponer demanda civil de juicio declarativo ordinario contra la Administración si quiere dejar sin efecto la declaración que sobre derechos civiles se contiene en esos actos administrativos.

Además, en alguno de estos casos la Ley ha previsto un efecto adicional, consistente en que esa posibilidad de acudir a los Tribunales que le queda a quien se ve perjudicado por la aplicación de estas potestades de defensa de los bienes públicos, tiene un plazo limitado, que se superpone, recortándolo, al plazo de prescripción de las acciones derivadas de derechos reales. Así, el art. 14 de la Ley de Costas dice que «[l]as acciones civiles sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público

deslindado prescriben a los cinco años, computados a partir de la fecha de la aprobación del deslinde». Lo mismo dice el artículo 8.6 de la Ley de Vías Pecuarias.

Al igual que sucede con los interdictos, en los que tiene su origen la potestad de recuperación posesoria, rige aquí el plazo anual, de modo que la Administración solo puede utilizarlos para recobrar la posesión antes de que transcurra un año desde su pérdida, pero la aplicación de este límite se ha reducido, hasta quedar limitada a los bienes patrimoniales (artículo 55.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas).

En algunos casos, estas potestades se colocan por la Ley al servicio de bienes de propiedad privada, a los que se quiere dotar de un plus de protección. Así sucede con los montes vecinales en mano común, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre.

En materia de montes públicos, la catalogación es el instrumento al que se anudan las consecuencias que aquí se están estudiando, puesto que, como dice el artículo 18.1 de la vigente Ley de Montes de 2003, «[l]a titularidad que en el catálogo se asigne a un monte solo puede impugnarse en juicio declarativo ordinario de propiedad ante los tribunales civiles».

b) El problema de las vías judiciales de defensa frente al ejercicio de estas potestades.

Una cuestión importante y en cierto modo confusa es la relativa a las vías de tutela judicial ante esas específicas resoluciones administrativas. La legislación ha dicho siempre que estos actos solo pueden ser recurridos en vía contencioso-administrativa «por motivos de forma y procedimiento», tal como recuerdan los artículos 41.2 y 43 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, quedando reservadas las cuestiones de propiedad a la jurisdicción civil. En relación con esta cuestión deben hacerse dos precisiones.

La primera es que dicha fórmula significa que las cuestiones de propiedad solo pueden ser resueltas *con fuerza de cosa juzgada* por los Tribunales civiles, pero no prohíbe que en el recurso contencioso-administrativo se pueda hacer valer, como motivo de impugnación del acto, su falta de fundamento, es decir, su incorrección material o de fondo (derivada, entre otras cosas, de que el bien no pertenece a la Administración). Y ello porque esta clase de actos administrativos, como todos los demás, solo serán conformes a Derecho si concurren todos los requisitos materiales y formales de validez legalmente establecidos, entre los que se encuentra, naturalmente, que la Administración deslinde un terreno suyo (no uno ajeno), o que recupere la posesión que le corresponde, no la que no le corresponde. Lo contrario, es decir, afirmar que estos actos solo pueden ser recurridos en vía contencioso-administrativa por razones de forma y procedimiento no solo supondría una excepción no prevista legalmente al régimen ordinario de la LJ (en el que la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo siempre que el acto sea contrario al Ordenamiento jurídico, sin distinción de motivos o causas de no conformidad), sino que atribuiría a la Administración un nuevo e indebido privilegio, al blindar esos actos administrativos de sus eventuales vicios de fondo y obligar a la víctima de ellos a iniciar un proceso civil declarativo ordinario (en condiciones menos favorables) para dejarlos sin efecto.

Este privilegio no es menor, porque la posición de la Administración cuando es demandada en un pleito civil posterior al dictado de una resolución administrativa de deslinde o de recuperación posesoria es mucho más favorable que cuando es demandada en un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra esa resolución. Y ello porque, mientras que en un pleito civil el ciudadano que comparece como demandante tiene que acreditar su título, sin más matizaciones, asumiendo íntegramente la carga de la prueba, en un contencioso-administrativo es cierto que el recurrente asume la carga de impugnar el acto administrativa, que quedará firme si no es recurrido, pero en ese recurso se controlará la legalidad de un acto en el que es la Administración la que tiene que demostrar (carga de la prueba) la concurrencia de sus requisitos.

De hecho, la jurisprudencia contencioso-administrativa, de forma pacífica y habitual, examina la validez de estos actos administrativos no solo desde el punto de vista formal o procedimental, sino también desde el punto de vista material, diciendo que, aunque no constituye su misión decidir las cuestiones de propiedad, la Administración ha de acreditar que al menos existe una apariencia de título civil, por lo que, en la práctica, se acaban discutiendo en vía contencioso-administrativa las mismas cuestiones que se discutirían en un proceso civil (y con los mismos medios de prueba), además de las cuestiones de forma y procedimiento que son exclusivas del proceso contencioso-administrativo.

Los Tribunales contencioso-administrativos también justifican ese examen de cuestiones que para nada son de forma y procedimiento con un argumento de economía procesal, para evitar que la anulación por vicios de forma lleve a que la Administración, corregidos esos vicios, dicte nuevamente el acto y el particular tenga que volver a recurrirlo sin que el primer recurso haya servido para nada.

En todo caso, la sentencia contencioso-administrativa, aunque desestime el recurso contencioso-administrativo, no incrementa la eficacia o el valor del acto administrativo de defensa de los bienes públicos y, por tanto, no prejuzga la cuestión de la propiedad, que siempre puede plantearse ante los Tribunales civiles. Como dice la fórmula tradicional, las afirmaciones de la sentencia contencioso-administrativa solo valen *incidenter tantum*.

c) El objeto del deslinde: ¿propiedad o posesión?

También hay que recordar cómo las Leyes no siempre otorgan el mismo valor al acto administrativo de aprobación del deslinde. Mientras que con carácter general se dice que el mismo «declara la posesión» del bien por la Administración (art. 21.6 de la Ley de Montes), a partir de la Ley de Costas de 1988 se dice que el deslinde declara también la propiedad (art. 13.1 de la Ley de Costas, art. 95.2 de la Ley de Aguas, Texto Refundido de 2001). En mi opinión, con el progresivo otorgamiento al acto de aprobación del deslinde de esta eficacia reforzada no se pretende tanto cambiar la naturaleza jurídica del deslinde (pasando de la posesión a la propiedad), como revestir dogmáticamente la posibilidad, incorporada por esas Leyes –y a la que me referiré a continuación– de que el deslinde sirva, no solo para inmatricular bienes que no estaban inscritos, sino también para rectificar inscripciones registrales contrarias.

Si tomamos al deslinde civil como referencia sobre la que construir la naturaleza y efectos del deslinde administrativo, hay que reconocer que este tiene siempre por

objeto la propiedad y no la posesión. El deslinde administrativo no puede asimilarse al deslinde de jurisdicción voluntaria (arts. 104-107 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que ha derogado a los arts. 2061-2070 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) porque este solo puede aprobarse si existe acuerdo entre las partes, que no es necesario en el caso del deslinde administrativo. Pues bien, la acción de deslinde ante los Tribunales civiles (es decir, el deslinde de jurisdicción contenciosa) declara la propiedad y no solo la posesión, y, de hecho, puede rectificar la posesión si el demandado venía extendiéndola más allá de lo que el título le permite.

d) La cuestión de fondo: el posible abuso de la potestad de deslinde.

La cuestión del objeto del deslinde y su posible ampliación por el legislador encubre una cuestión diferente que, a mi juicio, se ha planteado normalmente de manera indirecta y elusiva, como es la pretensión de reducir el alcance de la potestad administrativa de deslinde y forzar a la Administración a acudir a los Tribunales civiles en ejercicio de una acción reivindicatoria si entiende que una porción del dominio público está siendo ocupada indebidamente por un particular.

En el ámbito civil, en el que, además, esta materia carece casi completamente de regulación legal y existe un cuerpo de reglas jurisprudenciales que se agrupan y ordenan en torno a las distintas acciones judiciales que cabe ejercitar (reivindicatoria, declarativa de dominio, de deslinde), que en este campo adquieren un extraordinario protagonismo, está muy claro que la diferencia entre las acciones reivindicatoria y declarativa de dominio, por un lado, y la de deslinde, por otro, es que en las primeras existe un requisito fundamental como es el de la *identificación de la cosa*, mientras que en la segunda existe un requisito de signo contrario como es la *confusión de linderos*. Idealmente, la acción reivindicatoria entra en juego cuando lo que se discute es la titularidad de un trozo de terreno perfectamente delimitado, mientras que la acción de deslinde se aplica cuando existe un problema «fronterizo» entre dos propiedades cuya titularidad no se discute.

Es evidente que se trata de una distinción jurídica, funcional, que en muchos casos no resiste el escrutinio de la lógica. Con frecuencia la acción reivindicatoria se refiere a un trozo de terreno fronterizo que se discuten dos propietarios, de modo que también aquí existe «confusión de linderos». Más que de una diferencia conceptual, se trata de un problema de pretensiones, de «suplico», puesto que en la acción reivindicatoria es necesario delimitar con precisión (incluso gráficamente) el terreno cuya propiedad se pretende que sea declarado, mientras que en la acción de deslinde el demandante en muchos casos parte de que no se puede determinar qué terreno pertenece a uno y cuál a otro y lo que se pide al juez es que lo fije atendiendo a criterios legales como la atribución proporcional a uno y otro propietario de la parte que exceda de sus respectivas cabidas (arts. 386-387 CC), o incluso a lo que dictamine un perito judicial. En todo caso, la dificultad de delimitación de las distintas acciones lleva a que con frecuencia se plantee la de deslinde como subsidiaria de la reivindicatoria, para evitar que el problema de delimitación ponga en riesgo el éxito de la demanda. En definitiva, se trata de una cuestión técnica que, aunque pueda resultar muy importante a la hora de ganar un pleito (o de perderlo por un defectuoso planteamiento), no enturbia el hecho fundamental de que ante los Tribunales civiles se puede plantear cualquier cuestión relativa a la titularidad o linderos de un bien.

El planteamiento es diferente en el caso de los bienes públicos. La Administración tiene atribuida por Ley de modo general la potestad de deslinde de sus bienes, pero no tiene atribuida la potestad de declarar mediante acto administrativo que un determinado inmueble o trozo de terreno es demanial, obligando a quien se oponga a esa declaración a acudir a los Tribunales civiles. Esa potestad general se le ha atribuido en algunas Leyes concretas, como por ejemplo en la de Vías Pecuarias a través de la potestad de clasificación, pero con carácter general no la tiene, y ha intentado en ocasiones conseguir ese efecto a través del uso extensivo de la potestad de deslinde, convirtiéndola en potestad de declarar mediante acto administrativo su propiedad sobre un bien, sin perjuicio de lo que digan después los Tribunales civiles. De ahí el intento doctrinal y jurisprudencial de reconducir esa potestad recordando el requisito de la confusión de linderos, que aquí, a diferencia de lo que sucede en el ámbito judicial civil, no tiene un alcance exclusivamente técnico (elegir bien la herramienta que se va a utilizar, el tipo de acción), sino sustancial, pues lo que está en juego es si la Administración tiene que acudir como demandante a los Tribunales civiles o puede resolver su pretensión en vía administrativa y obligar a los demás a acudir a la justicia civil. Un problema muy similar al que hemos visto a propósito del Catastro y de cómo los Tribunales le dicen a la Administración que no puede utilizar las modificaciones catastrales para reivindicar la titularidad de un inmueble sin pasar por los Juzgados.

6. El encaje de los distintos mecanismos ligeros o provisionales de tutela de la propiedad

La precedente identificación de una categoría jurídica que incluye los medios de tutela de la propiedad (y de otros derechos reales) que no prevalecen frente a una sentencia judicial, pero que a su vez solo claudican frente a ella, y la inclusión en esa categoría de distintos mecanismos jurídico-privados y de las potestades concedidas a las Administraciones Públicas para la defensa de sus bienes, lleva a plantearse necesariamente el modo en que se resuelvan los conflictos que se producen entre esos mecanismos, que inevitablemente se solapan y en casos concretos pueden enfrentarse, sobre todo porque su previsión legal no obedece a un diseño de conjunto, sino a la voluntad de favorecer en cada momento a unos u otros intereses o interesados.

Normalmente, el problema planteado es en qué medida las potestades administrativas, que operan de forma episódica sobre un número limitado de bienes, pueden neutralizar la protección jurídica que de modo general ofrece el Registro de la Propiedad, obligando al titular a acudir a los Tribunales como demandante, que es justo lo que él pretende evitar al obtener la inscripción registral de su derecho.

Tradicionalmente, la Administración no podía conseguir ese efecto porque el acto de aprobación de un deslinde era título suficiente para obtener la inmatriculación (es decir, para «bloquear» ese bien a nombre de la Administración *también* en el Registro de la Propiedad, si no estaba inscrito a nombre de nadie, ampliando así el efecto protector del deslinde), pero no para rectificar inscripciones registrales de signo contrario. Así lo recoge con carácter general el artículo 53 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. El deslinde se comporta, desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, como el procedimiento de los artículos 205 y 206 LH, que permiten obtener la inmatriculación.

A medida que, con el paso del tiempo, aumente el número de inscripciones registrales a las que se haya incorporado la descripción catastral descriptiva y gráfica del inmueble, se harán más visibles las consecuencias de que el deslinde permite inmatricular, pero no rectificar inscripciones anteriores, en la medida en que la posible contradicción del deslinde con una inscripción anterior será visible de modo automático e inmediato. En caso contrario (y esta es todavía la situación actual en muchísimos supuestos), el deslinde se inmatriculará sin que sea posible saber si existen inscripciones contradictorias. Así, y por poner un ejemplo extremo, se inscriben deslindes de costas, aunque existan inscripciones de terrenos que ponen como lindero el mar.

En todo caso, si como consecuencia de la inscripción del deslinde se produce una doble inmatriculación o, al menos, inscripciones contradictorias, se habrá reducido la protección del titular registral, porque este ya no podrá utilizar el procedimiento especial del artículo 41 de la LH, en la medida en que frente a él tendrá un título inscrito.

Algunas Leyes recientes, justamente las que dicen que el deslinde declara la propiedad y no solo la posesión (artículo 8 de la Ley de Vías Pecuarias, artículo 98.3 de la Ley de Aguas, artículo 13.2 de la Ley de Costas), disponen que el deslinde servirá como título no solo para inmatricular, sino también para rectificar inscripciones de signo contrario, de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente. El Reglamento General de Costas (aprobado por el Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre) afronta esa cuestión en su artículo 31, que prevé que, una vez aprobado el deslinde, se practique anotación preventiva del mismo al margen de las inscripciones contradictorias. Si en el plazo de un año no se practica, a su vez, anotación preventiva de la demanda derivada de la acción promovida por el titular inscrito, la Administración podrá ordenar que la anotación se transforme en inscripción. En caso contrario, se estará al resultado del juicio correspondiente. En realidad, también se estará al resultado del juicio correspondiente si se rectifica la inscripción, porque sobre esta prevalece la sentencia que finalmente se dicte, obligando a rectificarla. Por su parte, el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, modificado en este punto por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo), aborda esta cuestión en su artículo 242 *ter*, diciendo que la aprobación del deslinde permitirá rectificar, sin más, las inscripciones contradictorias, siempre que sus titulares hayan intervenido en el expediente (se supone que el expediente del deslinde) y sin perjuicio del ejercicio por su parte de las acciones civiles que procedan, que podrán tener acceso al Registro en forma de anotación preventiva.

En materia de montes, el artículo 21.8 de la Ley de Montes de 2003 dispone que el deslinde servirá para rectificar las inscripciones contradictorias, salvo que su titular sea un tercero hipotecario, regla que se extiende igualmente a los montes vecinales en mano común en virtud de la remisión contenida en el artículo 13 de la Ley 55/1980.

La rectificación de la inscripción registral obliga a su titular, si quiere mantenerla o restablecerla, a demandar a la Administración asumiendo la carga de la prueba. De todas formas, la mera aprobación del deslinde ya le obliga a hacerlo, máxime si tenemos en cuenta que su aprobación permite hacer uso de la potestad de recuperación posesoria. En el caso de bienes de dominio público por naturaleza, la discusión ante los Tribunales civiles es relativamente sencilla porque los límites de los

distintos bienes están determinados por la definición legal del alcance del dominio público. Más compleja es la cuestión en las vías pecuarias.

Como puede verse, la cuestión del conflicto entre los distintos medios de tutela de la propiedad previos o alternativos a la sentencia judicial no está completamente resuelta, y desde luego no lo está con criterios expresos o racionales. Se sabe, más o menos, en qué casos una inscripción registral puede ser formalmente corregida en virtud de una resolución administrativa de signo contrario, pero el hecho de que no pueda serlo, no implica necesariamente la neutralización o inanidad del acto administrativo de deslinde. Y ello porque la potestad administrativa de recuperación posesoria no queda bloqueada por la existencia de inscripciones registrales contrarias (cuyos efectos no alcanzan a la cabida y linderos de las fincas), como tampoco quedan bloqueadas las cláusulas legales que definen el alcance del dominio público natural.

Al final, uno de los problemas más importantes es el de la incorporación de una base gráfica (en principio, la descripción catastral, por la que ha optado el legislador estatal) al Registro de la Propiedad y la armonización de la información que este proporciona con la que resulta del planeamiento urbanístico o de la definición legal del dominio público, que tienen una eficacia directa sin necesidad de pasar por el Registro de la Propiedad. También es necesario distinguir los problemas relativos a demandas del titular contra la Administración (en las que pretenda reducir el alcance de la demanialización o del deslinde, oponiéndoles la inscripción registral) de los problemas entre particulares (posible derecho a una indemnización, o incluso a la anulación del contrato, si el adquirente del terreno se ve afectado por un deslinde, una resolución de disciplina urbanística o la anulación de un plan urbanístico, que no constaban en el Registro). Sin embargo, estos problemas exceden el ámbito del presente trabajo.

La expansión del Derecho administrativo sancionador *securitario* (análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana)¹

Miguel Ángel PRESNO LINERA²

Universidad de Oviedo

Resumen: En este trabajo se analiza la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana aprobada por el Parlamento español en marzo de 2015. El estudio concluye que este texto es un ejemplo de la expansión del Derecho administrativo securitario. La nueva Ley adopta una orientación neoconservadora en materia de política de seguridad y pretende gobernar una supuesta sensación social de inseguridad.

Abstract: This paper analyzes the Citizen Safety Bill approved in March 2015 by the Spanish Parliament. The study concludes that this text is an example of the securitarian Administrative law's expansion. The new Bill adopts a neoconservative orientation on security policy and intends to control the supposed sense of insecurity of citizenship.

1.- Introducción: ¿qué pretende la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana?

Según se declara en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) dicha norma se justifica por «...el simple transcurso del tiempo, con la perspectiva que ofrece de las virtudes y carencias de las normas jurídicas, los cambios sociales operados en nuestro país, las nuevas formas de poner en riesgo la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, los nuevos contenidos que las demandas sociales incluyen en este concepto, la imperiosa necesidad de actualización del régimen sancionador o la conveniencia de incorporar la jurisprudencia constitucional en esta materia justifican sobradamente un cambio legislativo».

Se trata así de legitimar esta expansión del Derecho administrativo sancionador en la línea señalada en su día por el profesor Silva Sánchez a propósito del Derecho

¹ Realicé una aproximación previa a esta cuestión en el artículo «El primer Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 34, 2014, pp. 269 ss.; disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/14090> Este texto coincide, esencialmente, con el publicado en el libro *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, dirigido por María Luisa Cuerda Arnau y Juan Antonio García Amado, Valencia, Tirant, 2016, pp. 37 ss.

Para un análisis completo de todo el discurrir legislativo, Bilbao Ubillos, Juan María. «La llamada Ley mordaza: la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 36, 2015, pp. 217 a 260.

² Correo electrónico presnolinera@gmail.com; blog jurídico: <http://presnolinera.wordpress.com>; página académica: <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>.

penal; también aquí se alude a la aparición de nuevas amenazas propias de la sociedad del riesgo así como a la aparición de bienes jurídicos que deben ser tutelados.³ Sin embargo, no se especifica cuál es la nueva perspectiva de las carencias de la Ley Orgánica de 1992, tampoco qué cambios sociales se han producido ni ante qué nuevas formas de poner en riesgo la seguridad y tranquilidad ciudadanas nos encontramos. Y, lo que quizá resulta más relevante, no parece evidente la existencia de esas demandas sociales de tutela de nuevos contenidos. Es, precisamente, una «rara unanimidad» social, en palabras de Silva Sánchez, la que está presente en la tendencia expansiva del Derecho penal, y lo que diferencia dicha orientación de la propia del movimiento *ley y orden*, en cuyo desarrollo «unos sectores sociales –para simplificar, los acomodados– apoyaban tales propuestas; otros, en cambio, –los marginados, pero también los intelectuales y los movimientos de derechos humanos– se oponían a ellas».⁴

Tal vez lo que ocurra, al menos en el Derecho administrativo sancionador por el que se apuesta en la LOPSC, sin duda vinculada a la reforma del Código Penal⁵ llevada a cabo por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, es que la línea expansiva de este Derecho sí que está conectada con el movimiento *ley y orden*, y entronca con la tutela de nuevos bienes que han de ser protegidos sino con la vieja represión de ciertos movimientos sociales.⁶

Desde luego, y hasta la fecha, la oposición a esta orientación *securitaria* ha venido en buena medida de los movimientos sociales de defensa de los derechos.⁷ El

³ *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer/Bdef; Montevideo/Buenos Aires, Tercera edición, 2011, pp. 11 ss.; alude Silva Sánchez a la «creación de nuevos "bienes jurídico-penales", ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término *expansión*», p. 5.

⁴ *Ibidem*, pp. 8 y 9.

⁵ Véanse los *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, dirigidos por José Luis González Cussac y coordinados por Elena Górriz y Ángela Matallín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁶ José Luis Díez Ripollés cuestiona esta visión de Silva por mezclar los fenómenos de «modernización» y de «seguridad ciudadana» bajo el común denominador de «expansión» del derecho penal; «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2004, núm. 06-03, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>, nota 7, (consulta de 15 de septiembre de 2015); véase también el libro colectivo coordinado por Pedro Oliver Olmo: *Burorrepresión. Sanción administrativa y control social*, Bomarzo, Albacete, 2013.

⁷ Pueden verse el documento del Comité Permanente de Jueces para la Democracia: *Orden público y restricción de libertades. Análisis de la reforma de la legislación penal y administrativa desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales*, Alcalá de Henares, 20 y 21 de febrero de 2014; el de Amnistía Internacional España: *España: El derecho a protestar, amenazado*, <https://www.es.amnesty.org/paises/espana/documentos/> (consultado el 15 de septiembre de 2015); también la campaña de Greenpeace #No a la Ley Antiprotesta: <http://www.greenpeace.org/espana/es/Trabajamos-en/No-a-la-LeyAntiprotesta/> (consultada el 15 de

propio Silva Sánchez concluye que «ni las premisas ideológicas ni los requerimientos del movimiento de «ley y orden» han desaparecido», si bien, para él, «se han integrado (cómodamente) en ese nuevo consenso social sobre el papel del Derecho penal».⁸ A nosotros no nos parece que exista un consenso social sobre el papel del Derecho administrativo sancionador y sí, como se tratará de exponer aquí, que se opta por un modelo *securitario* en la LOPSC.⁹

En esa línea, el artículo 1 proclama como objeto de la Ley:

1. La seguridad ciudadana es una condición esencial para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las leyes. 2. Esta ley tiene por objeto la regulación de un conjunto plural y diversificado de actuaciones de distinta naturaleza orientadas a la tutela de la seguridad ciudadana, mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos.

Sorprende la ausencia de concreción cuando, previamente, se dice en la Exposición de Motivos, que se debe huir «de definiciones genéricas que justifiquen una intervención expansiva sobre los ciudadanos en virtud de peligros indefinidos, y evitando una discrecionalidad administrativa y una potestad sancionadora genéricas».

Al respecto, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto comentó, en evidente tono crítico, que «sigue la línea marcada por el Proyecto de reforma del Código Penal,¹⁰ situándose en el *Derecho penal de la peligrosidad*, desde cuyos axiomas la seguridad se convierte en una categoría prioritaria en la política criminal, como un bien que el Estado y los Poderes públicos han de defender con todos los medios e instrumentos a su alcance.¹¹ Como consecuencia, la Ley proyectada, por un lado, intensifica la acción preventiva, no solo del delito, sino también de las infracciones administrativas, y por otro, incrementa notablemente las infracciones

septiembre de 2015) y el documento de la Plataforma Ciudadana contra la reforma del Código Penal, la Ley de seguridad ciudadana y la Ley de seguridad privada

«No somos delito»: http://nosomosdelito.net/sites/default/files/public_files/documentos/argumentario_leyes_mordaza_.pdf

⁸ *Ibidem*, p. 10.

⁹ José Luis Díez Ripollés: «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, núm. 07-01, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>; Pablo Rando Casermeiro habla directamente de «El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador», *Indret*, 1, 2010, http://www.indret.com/pdf/rando_casermeiro.pdf.

¹⁰ Se refiere a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹¹ Sobre la irrupción del «Estado preventivo», Erhard Denninger: «Der Präventions-Staat», en *Der gebändigte Leviathan*, Nomos, Baden-Baden, 1990, pp. 33 ss.; del mismo autor, «Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat», *Recht in globaler Ordnung*, Bwv Berliner-Wissenschaft, Berlín, 2005, pp. 223 ss.

contra la seguridad ciudadana».¹² Buena parte de estas censuras al Anteproyecto se pueden extender, como veremos más adelante, a la Ley Orgánica finalmente aprobada.

Como es obvio, no se trata de que no se deba proteger el orden público, sino de que su tutela debe consistir en la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que son «los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente ha de informar al conjunto de la organización jurídica y política» (STC 53/1985 F. 4).¹³

El Legislador, penal y administrativo, de la seguridad ciudadana está obligado, pues, a tener bien presentes los derechos reconocidos en la Constitución, tanto los que tutelan la vida, la integridad física o la libertad personal, como la defensa de la propiedad, pero también ha de tener en cuenta su adecuada delimitación cuando entren en juego otros derechos como la libertad de expresión o el derecho de manifestación, pues estos últimos no pueden ser ajenos a la garantía del orden público democrático.¹⁴

Conviene recordar lo ya dicho por el Tribunal Constitucional (STC 341/1993, de 18 de noviembre, F. 8) a propósito del enjuiciamiento de la ahora derogada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana (en lo sucesivo, LOSC):

La interpretación y aplicación legislativa de los conceptos constitucionales definidores de ámbitos de libertad o de inmunidad es tarea en extremo delicada, en la que no puede el legislador disminuir o relativizar el rigor de los enunciados constitucionales que establecen garantías de los derechos ni crear márgenes de incertidumbre sobre su modo de afectación. Ello es no solo inconciliable con la idea misma de garantía constitucional, sino contradictorio, incluso, con la única razón de ser –muy plausible en sí– de estas ordenaciones legales, que no es otra que la de procurar una mayor certeza y precisión en cuanto a los límites que enmarcan la actuación del poder público, también cuando este poder cumple, claro está, el «deber estatal de perseguir eficazmente el delito» (STC 41/1982, fundamento jurídico 2.º). La eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales.

No parece que Legislador haya tenido muy en cuenta estas advertencias al redactar el ya citado artículo 1 ni, por ejemplo, el artículo 4.3:

¹² Sobre la conversión de la seguridad en valor autónomo y «superior», pueden verse, entre otros muchos, y además de los trabajos ya citados del profesor Díez Ripollés, el estudio de Francisco Muñoz Conde: «El nuevo Derecho penal autoritario», *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant, Valencia, 2004, pp. 803 ss.

¹³ Francisco Bastida y otros: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs 38 ss.

¹⁴ Véase Cuerda Arnau, María Luisa. «Nos queda la palabra: contra la nueva orientación político-criminal en materia de orden público» en la obra colectiva *Crímenes y castigos: miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 211 ss.

La actividad de intervención se justifica por la existencia de una amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso que, razonablemente, sea susceptible de provocar un perjuicio real para la seguridad ciudadana y, en concreto, atentar contra los derechos y libertades individuales y colectivos y demás bienes jurídicos protegidos, o alterar el regular funcionamiento de las instituciones públicas.

Por otra parte, también en este precepto se advierte la tipificación de los comportamientos peligrosos como instrumento para generar tranquilidad ciudadana, en la línea de lo que se ha denominado orientación *neoconservadora* en materia de política de seguridad, que apunta al reforzamiento de los poderes del Estado en la lucha contra la criminalidad y a la conformación de una suerte de «justicia expresiva» basada en la severidad de las penas, y capaz de gobernar una supuesta sensación social de inseguridad, así como de dar respuesta a sujetos caracterizados por la alteridad y la peligrosidad.¹⁵

En consecuencia, se apuesta por lo que, en materia penal, se han denominado «prácticas de naturaleza gerencial»: mejora de la coordinación entre las diferentes instancias de persecución punitiva y gestión del orden público, y desarrollo de modos de colaboración entre instancias públicas y entidades privadas en el gobierno de la seguridad y la lucha contra el delito.

Estas tendencias se advierten, por ejemplo, en el artículo 7.3, que prevé:

Las empresas de seguridad privada, los despachos de detectives privados y el personal de seguridad privada tienen un especial deber de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, prestarles la colaboración que precisen y seguir sus instrucciones, en los términos previstos en la normativa de seguridad privada.

Es una de las consecuencias, como se afirma en la Exposición de Motivos de la reciente Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, de entender que «en los últimos años se han producido notables avances en la consideración ciudadana y en el replanteamiento del papel del sector privado de la seguridad, reconociéndose *la importancia, eficacia y eficiencia de las alianzas público-privadas como medio para hacer frente y resolver los problemas acuciantes y variados de seguridad que se producen en la sociedad*. Cada vez más, la seguridad privada se considera una parte indispensable del conjunto de medidas destinadas a la protección de la sociedad y a la defensa de los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos».

¹⁵ Brandariz García, José Ángel. «¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas», en Presno Linera, Miguel Ángel (Coordinador) *La metamorfosis del Estado y del Derecho. Fundamentos. Cuadernos monográficos de derecho público, teoría del estado e historia constitucional*, n.º 8, 2014, p. 317; hay versión electrónica abierta en <http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/octavo/index.html>.

Este rasgo cooperativo caracteriza también el modelo penal de seguridad ciudadana, donde, en palabras de Díez Ripollés, «lo decisivo es la constatación de que todo este fenómeno de implicación de la sociedad en el control de la delincuencia ha desplazado las energías de la comunidad del afán por lograr la inclusión social de los desviados al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes».¹⁶

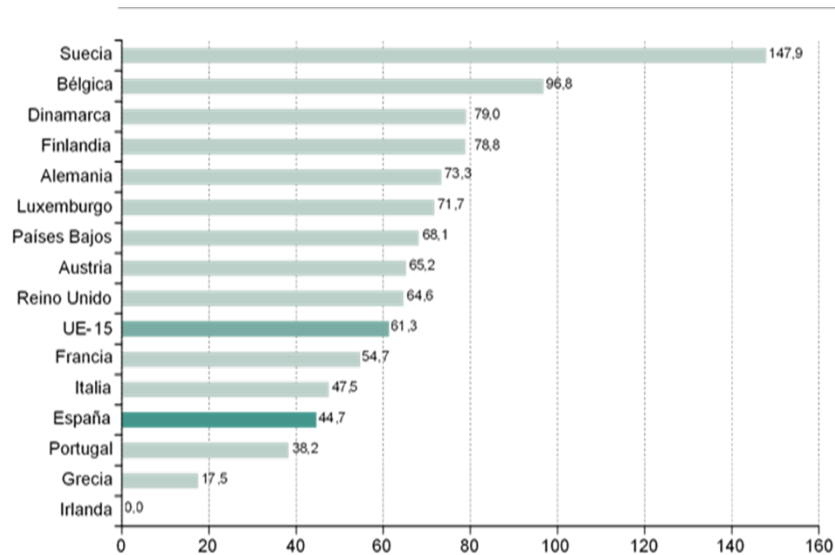
En suma, se opta, con escaso disimulo, por una gestión eficiente de la seguridad, minimizando el coste para el erario público de la *tranquilidad ciudadana*. Aunque, bien mirado, cabe poner en duda que tal tranquilidad ciudadana esté en peligro, al menos si nos atenemos a los datos que ofrece el propio Ministerio del Interior a través de su Anuario Estadístico de 2015 (el último publicado al redactar estas líneas, enero de 2017):¹⁷ así, la tasa de criminalidad (infracciones penales por cada mil habitantes) en España no ha dejado de bajar en los últimos cinco años



Esta tasa es, por otra parte, de las más reducidas de Europa:

¹⁶ «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», ob. cit., p. 19.

¹⁷ <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario-Estadistico-2015.pdf/03be89e1-dd38-47a2-9ce8-ccdd74659741>.



En resumen, no parece que la situación de la seguridad ciudadana en España demande una nueva norma en la materia; en todo caso, y puestos a aprobarla, tendrá que hacerse, obviamente, de conformidad con nuestra Norma Fundamental y sin olvidar que, como es bien sabido, ya había una Ley Orgánica de seguridad ciudadana que tampoco estuvo exenta de críticas.

2.- *¿Seguridad ciudadana versus seguridad jurídica?*

Dijo el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias (STC 27/1981, de 20 de julio) que la seguridad jurídica

es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad» (F. 10); posteriormente, y de manera más concreta, ha insistido (STC 46/1990, de 15 de marzo) en que «la exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el Legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas... Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no..., provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean estas» (F. 4). Y, en lo que respecta a las disposiciones sancionadoras (penales en este caso) se emplaza al Legislador para que haga «el máximo esfuerzo posible en la descripción de los tipos penales, promulgando normas concretas, claras, precisas e inteligibles (SSTC 142/1999, F. 3; 24/2004, F. 2; 283/2006, F. 5...).

Pues bien, en la L. O. 4/2015 encontramos diversos preceptos en los que el Legislador no ha «perseguido» o, al menos, no ha conseguido que «sepan los

operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse», de manera que nos encontramos con importantes normas que no son «concretas, claras, precisas e inteligibles».

A.- Así, el artículo 35.1, sobre el que se volverá más adelante, dispone que «son infracciones muy graves las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de estas, incluido su sobrevuelo...» Pues bien, si uno de los elementos esenciales que definen esta infracción muy grave es el lugar concreto en el que se llevan a cabo reuniones o manifestaciones, falta una delimitación clara del mismo pues se podrá entender cometida dicha infracción si aquellas se llevan a cabo «en sus inmediaciones». La pregunta que surge es: ¿dónde empiezan y acaban las «inmediaciones»? Falta así certeza y sobra confusión normativa, menoscabándose de manera inconstitucional el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en conexión con el de legalidad sancionadora (art. 25 CE).

B.- El artículo 36.1 califica como falta grave «la perturbación de la seguridad ciudadana en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religiosos u otras reuniones a las que asistan numerosas personas, cuando no sean constitutivas de infracción penal».

Este precepto, como ha señalado el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya,¹⁸ no cumple con los requisitos de certeza y claridad que exige la jurisprudencia constitucional, ya que omite cualquier precisión sobre el nivel de perturbación que ha de tener la actuación infractora y sobre el resultado que debe producir, actuando como una cláusula abierta o «cajón de sastre», que permite sancionar como infracción grave cualquier perturbación de la seguridad ciudadana.

C.- En la misma línea, el artículo 36.2 prevé, también como falta grave, «la perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituya infracción penal».

En este precepto no queda claro qué es lo que se pretende tutelar cuando se sancionan con tanta gravedad reuniones o manifestaciones ante las sedes parlamentarias cuando las Cámaras no estén reunidas, dado que ya en el apartado siguiente se prevé la

¹⁸ Dictamen 7/2015, de 7 de junio, sobre la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20150606100245-1.pdf>.

misma sanción si se causan «desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana». Por otra parte, hay que tener presente el espacio valor simbólico que representan esas sedes y que, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), «la expresión política [una reunión o una manifestación son formas colectivas de ejercicio de la libertad de expresión] exige un nivel elevado de protección a efectos del artículo 10» (sentencias *Thorgeir Thorgeirson c. Islandia*, de 25 de junio de 1992; y *Hertel c. Suiza*, de 25 de agosto de 1998) y «cuando el objeto del reproche es el Gobierno [en sentido amplio, lo que incluiría a instituciones como las Cámaras legislativas] el espacio permisible para la crítica aún acerba e hiriente, incluso falsa si no hay mala fe, es especialmente amplio» (asunto *Castells c. España*, de 23 abril de 1992).

D.- Esa misma falta de concreción se aprecia en el apartado 8 del artículo 36, que también incluye como infracción grave «la perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita, cuando no constituya infracción penal».¹⁹

E.- El apartado 22 del artículo 36 sanciona «el incumplimiento de las restricciones a la navegación reglamentariamente impuestas a las embarcaciones de alta velocidad y aeronaves ligeras». Es especialmente llamativo que se incluya una previsión de esta índole cuando el Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de censurar, por inconstitucional, una norma que, con un contenido material diferente, tenía una dicción similar y que estaba contenida en la derogada Ley Orgánica 1/1992; no se olvide que entre los motivos que se invocan por el Legislador para aprobar la Ley Orgánica 4/2015 está, precisamente, «la conveniencia de incorporar la jurisprudencia constitucional en esta materia».

Según esa jurisprudencia (STC 341/1993, F. 10), «en modo alguno puede la ley habilitar o remitir al reglamento para la configuración ex novo de obligaciones o prohibiciones cuya contravención dé origen a una infracción sancionable. Una tal remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción no es, vale repetir, conciliable con lo dispuesto en el art. 25.1 CE».

¹⁹ En el mismo sentido se pronuncia el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya n.º 7/2015, de 7 de junio, sobre la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, pp.83 y 84, <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20150606100245-1.pdf>.

Dicha remisión puede ser admisible pero siempre que esté justificada y se cumplan una serie de condiciones; entre ellas, y especialmente para lo que aquí importa, que la ley –en este caso en la LOPSC–, además de señalar la sanción, contenga los elementos esenciales de la conducta antijurídica y se satisfaga la exigencia de certeza.²⁰

En definitiva, no parece que en el apartado 22 del artículo 36 de la LOPSC estén «suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica», por lo que sería inconstitucional por vulnerar los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la legalidad de la potestad sancionadora (art. 25.1 CE).²¹

F.- Finalmente, el apartado 7 del artículo 37 califica como infracción leve «La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal. Asimismo la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada».

Al respecto, el citado Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya pone de relieve que con dicha redacción se podría sancionar cualquier ocupación sin autorización del titular, con independencia de que afecte a una relación jurídica de carácter estrictamente privado y debe tenerse en cuenta que no toda lesión del derecho de propiedad es susceptible de ser sancionada penal o administrativamente, ya que el derecho civil prevé las acciones necesarias para restablecer la integridad y el

²⁰ Como se recuerda en la misma STC 341/1993: «la vigencia del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* en el ordenamiento sancionador administrativo conlleva, a imagen de lo predicable del Derecho Penal, la doble garantía, material y formal, consistente, en primer lugar, «en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas», y también, junto a ello, en la suficiencia de rango de las normas tipificadoras y sancionadoras, pues la locución «legislación vigente» que emplea el art. 25.1 de la Constitución es expresiva de una reserva de Ley en materia sancionadora (STC 42/1987, fundamento jurídico 2.º; en términos análogos, y entre otras, SSTC 69/1989, fundamento jurídico 1.º, 22/1990, fundamento jurídico 7.º y 61/1990, fundamento jurídico 7.º). En lo que se refiere, de modo específico, a la garantía formal, hemos dicho también que el mandato del citado art. 25.1 «determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquella *queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica* (de tal manera que solo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de Ley) y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer». La Constitución –señalamos en la misma resolución– «prohíbe la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (...), pero no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora» (STC 3/1988, fundamento jurídico 9.º; en análogos términos, STC 101/1988, fundamento jurídico 3.º)».

²¹ A la misma conclusión llega el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya n.º 7/2015, de 7 de junio, sobre la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, pp. 86 a 88, <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20150606100245-1.pdf>.

goce pacífico de los derechos del titular. Por otra parte, no se expresa de forma nítida cuál es el bien jurídico protegido por este precepto, en el sentido que su redacción no conduce necesariamente al establecimiento de una conexión directa y clara con la protección de la seguridad ciudadana. La misma crítica se puede hacer al tipo descrito en el apartado segundo, que no identifica de que Ley se trata ni el tipo de decisión administrativa que se incumple; tampoco aclara cómo la venta ambulante puede vulnerar la seguridad ciudadana.²²

En suma, encontramos en la nueva Ley reguladora de la seguridad ciudadana varios preceptos de cuya constitucionalidad cabe dudar porque en ellos no se ha alcanzado suficiente seguridad jurídica; es decir, certeza respecto a qué es Derecho y no, lo que prueba que no se ha hecho el esfuerzo necesario para que las normas promulgadas fueran «concretas, claras, precisas e inteligibles».

3.- La expansión codiciosa del Derecho administrativo sancionador.

Ya se ha dicho antes que la L. O. 4/2015 no puede desvincularse de las reformas penales llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 de reforma del Código Penal; una prueba de ello es que en el Preámbulo de la L. O. 1/2015 se emplea una frase que se reproducirá, en parte, como ya se ha visto, en el de la LOPSC: «El Código Penal... es objeto de una completa revisión y actualización, en *la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal...*».

Otra evidencia de esa vinculación es la traslación, vía Leyes Orgánicas 1 y 4/2015, del Código Penal a la LOPSC de lo que en el primero eran faltas y pasan a ser infracciones administrativas en la segunda; una de las razones según el Preámbulo de la L. O. 1/2015 es que «la supresión de las infracciones constitutivas de falta introduce coherencia en el sistema sancionador en su conjunto, pues una buena parte de ellas describen conductas sancionadas de forma más grave en el ámbito administrativo...». La cuestión que parece obviar ese mismo Legislador es si es coherente esa mayor gravedad del Derecho administrativo, a la que va unida la presunción de veracidad de las denuncias de los agentes de esa Administración que es denunciante y sancionadora.²³

²² *Ibidem*, pp. 92 a 94.

²³ Véase, entre otros, el estudio de Zúñiga Rodríguez, L. «Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una "administrativización" del Derecho penal o una "penalización" del

En realidad, estas reformas no pretenden una reducción del *ius puniendi* estatal sino que confirman la tendencia a la doble expansión sancionadora: la del Derecho penal y la del Derecho administrativo sancionador,²⁴ a la que se han venido refiriendo, entre otros, Silva Sánchez y Nieto García,²⁵ y también de la *zona borrosa* entre ambos, siendo así que, como denuncia García-Pablos de Molina, «la ‘avidez invasora’ de la potestad sancionatoria de la Administración, por su rigor, celeridad y efectividad, tiende a vaciar de contenido y virtualidad al propio poder punitivo del Estado en ciertos ámbitos de criminalidad siendo, de hecho, más temida por el ciudadano que este último aun cuando las infracciones administrativas carezcan, a menudo, de la reprobación o carga de desvalor y reproche que la comunidad asocia a las infracciones penales».²⁶

Esta «codicia del Derecho administrativo sancionador» está bien presente en la regulación, presente y pasada, de la seguridad ciudadana; así, como es bien sabido, en la derogada LOSC, ya se contemplaban sanciones económicas muy elevadas: «multa de 30 050,62 a 601 012,1 euros, para infracciones muy graves. De 300,52 a 30.050,61 euros, para infracciones graves. De hasta 300,52 euros, para infracciones leves» (art. 28.1.a).²⁷

La L. O. 4/2015 (art. 39) mantiene el importe para las infracciones muy graves (de 30 001 a 600 000 euros), duplica el mínimo de las graves (de 300,52 a 601) e incrementa en el doble el máximo de las leves (de 300,52 a 600 euros). Estas modificaciones no justifican reprochar a la nueva Ley una tendencia avariciosa de las previsiones sancionadoras; lo que ocurre es que hay más argumentos para la crítica:

A.- Conforme al artículo 35.1 «son infracciones muy graves las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de estas, incluido su sobrevuelo...».

Aquí se equiparan dos situaciones muy diferentes: las reuniones no notificadas con las prohibidas, lo que vulnera el principio de que la sanción debe ser proporcional a

Derecho administrativo sancionador», *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in Memoriam*, coordinado por Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, vol. 1, Cuenca, 2001, pp. 1417 ss.

²⁴ De la delimitación entre ambas se ocupa Pablo Rando Casermeiro. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

²⁵ El primero en el ya citado libro *La expansión del Derecho penal...*; el segundo en *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 5.ª ed., Madrid, 2012.

²⁶ *Introducción al Derecho penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 5.ª ed., vol. 1. Madrid, 2012, p. 112

²⁷. Sobre el régimen sancionador de esta Ley, Bilbao Ubillos, ob. cit..., pp. 238 ss.

la gravedad de la infracción y parece evidente que no tiene la misma entidad la notificación de que se va a desarrollar una reunión o manifestación con la celebración de las mismas a pesar de que han sido prohibidas; en este segundo caso, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 5/1983, reguladora del derecho de reunión, nos encontramos no ante el mero incumplimiento del deber de notificar sino ante una situación en la que la autoridad gubernativa ha considerado que existían razones fundadas de que pudieran producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, ante lo que puede prohibir la reunión o manifestación o, si es posible, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación.

La prohibición es, por tanto, la medida más grave y se adoptará cuando no sea suficiente con la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación, pero parece un exceso punitivo prever una misma sanción, y de extrema gravedad, para dos conductas que son muy diferentes en materia de seguridad ciudadana, que es de lo que se habla en la L. O. 4/2015.

B.- Se sancionan conductas que en sí mismas no menoscaban la seguridad ciudadana: así, es falta leve «la tercera y posteriores pérdidas o extravíos en el plazo de un año» de la documentación personal (art. 37.11); también el «deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público» (art. 37.13); ya se mencionó anteriormente la falta leve de ocupación de inmuebles, viviendas o edificios ajenos y la de la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada (art. 37.7).

C.- No se contempla como medida alternativa a la sanción económica – infracción grave– por consumo de drogas o estupefacientes en la vía pública o su tenencia ilícita lo que preveía el artículo 25.2 de la derogada L. O. 1/1992: la suspensión si el infractor se sometía a un tratamiento de deshabitación en un centro o servicio debidamente acreditado, en la forma y por el tiempo que reglamentariamente se determinase.

D.- La L. O. 4/2015 eleva el número de faltas leves de la L. O. 1/1092 de 10 a 17; las graves pasan de 16 a 23. Este incremento del número de infracciones podría justificarse, desde el punto de vista del Legislador, como consecuencia de su misma previsión de excluir de la consideración de faltas previstas en el Código Penal a conductas que ahora pasan a formar parte de una norma administrativa, pero tal cosa no parece que sea siempre beneficiosa para el ciudadano pues en algunos casos se prevén sanciones administrativas mucho más graves que las anteriormente previstas en el

Código Penal para una conducta similar; así, mientras que el derogado artículo 634 de ese Código castigaba con multa de 10 a 60 días una falta contra el orden público, la L. O. 4/2015 contempla una de entre 1001 euros y 30 000 euros para «la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación».

E.- En relación con el traspaso de hechos sancionables del ámbito penal al administrativo cabe recordar, finalmente, que la L. O. 4/2015 prevé (artículo 53), en un sentido idéntico al derogado artículo 37 de la L. O. 1/1992, que «en los procedimientos sancionadores que se instruyan en las materias objeto de la presente ley, las informaciones aportadas por los agentes de la autoridad que hubieren presenciado los hechos, previa ratificación en el caso de haber sido negados por los inculcados, constituirán base suficiente para adoptar la resolución que proceda, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de que aquellos deban aportar al expediente todos los elementos probatorios disponibles». Como también es conocido, en la jurisdicción penal dichas informaciones no son base suficiente para una sentencia condenatoria.

Todo ello confirma, como apuntó Rando Casermeiro,²⁸ que el derecho administrativo sancionador puede ser mucho más aflictivo que el derecho penal. En estos casos, decir que se acude al primero porque es menos expeditivo que el segundo, en una aplicación del principio de subsidiariedad, constituye un auténtico *fraude de etiquetas*.²⁹

4.-Sancionar al mensajero.

El artículo 36.23 de la L. O. 4/2015 considera como infracción grave «el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información», y, de conformidad con el artículo 19, «la aprehensión durante las diligencias de identificación, registro y comprobación de armas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u

²⁸ «El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador», *Indret*, 1, 2010, http://www.indret.com/pdf/rando_casermeiro.pdf.

²⁹ Arroyo Zapatero, Luis. «Derecho penal económico y Constitución», *Revista Penal*, 1, 1997, pp. 1-15.

otros efectos procedentes de un delito o infracción administrativa se hará constar en el acta correspondiente, que habrá de ser firmada por el interesado; si este se negara a firmarla, se dejará constancia expresa de su negativa. El acta que se extienda gozará de presunción de veracidad de los hechos en ella consignados, salvo prueba en contrario».

El juego conjunto de estos preceptos implica, en primer lugar, que se impone una suerte de prohibición general del uso de imágenes o datos personales y profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a salvo de previa autorización administrativa; en segundo lugar, la propia Administración sancionadora puede incautar ese material informativo si concluye que la captación de imágenes o de datos vulnera el artículo 36.23.

Tal entramado normativo parece poco compatible con nuestra Norma Fundamental por varias razones:

A.- No cabe imponer una prohibición general del uso de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ni siquiera con las cautelas de que se trate de tutelar la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, y se apele al respeto al derecho fundamental a la información.

Las autoridades y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ejercen funciones públicas de extraordinaria relevancia y están sujetas, en dicho ejercicio, al control ciudadano y de los poderes públicos, lo que debe implicar que, con carácter general, la regla sea la contraria: el derecho a recabar fotos o datos, premisa aceptada en su día en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que en su artículo 8.2.a dispone que, «en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público».

En esta línea se han manifestado, a propósito precisamente de situaciones como las que se contemplan ahora en la L. O. 4/2015, tanto el TEDH como el TC; el primero, en el caso *Sürek contra Turquía* (número 2) de 8 julio 1999, a propósito de la condena al accionista mayoritario de una sociedad de responsabilidad limitada propietaria de una revista por haber publicado un reportaje revelando la identidad de ciertos funcionarios junto con informaciones que daban a entender que los mismos habían cometido faltas graves, concluyó que, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos en presencia,

formaba parte del interés legítimo del público conocer no solo la naturaleza del comportamiento de los funcionarios sino también su identidad, añadiendo que el objetivo del Estado turco consistente en proteger a los integrantes de cuerpos de seguridad de posibles atentados no basta para justificar las restricciones a la libertad de expresión e información; en suma, concluye el TEDH, condenas como la enjuiciada disuaden a los medios de comunicación [en ese caso a la prensa] de contribuir al debate abierto sobre cuestiones de interés público; por su parte, el TC (STC 72/2007, de 16 de abril) resolvió, a propósito de la publicación de una foto en la que se identificó a una agente de la policía local que participó en un desahucio, que:

el examen de la fotografía y del texto que la acompaña pone de manifiesto que estamos ante un documento que reproduce la imagen de una persona en el ejercicio de un cargo público... y que la fotografía en cuestión fue captada con motivo de un acto público (un desalojo por orden judicial, que para ser llevado a cabo precisó del auxilio de los agentes de la policía municipal, ante la resistencia violenta de los afectados), en un lugar público (una calle de un barrio madrileño), por lo que en modo alguno resulta irrazonable concluir, como se razona en la Sentencia impugnada, que concurre el supuesto previsto en el art. 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Por otra parte, resulta asimismo incuestionable que la información que se transmite por el periódico es veraz y tiene evidente trascendencia pública. Además, la fotografía en cuestión (y pese a lo que se alega en la demanda de amparo) tiene carácter accesorio respecto de la información publicada y no refleja a la demandante realizando cosa distinta que no sea el estricto cumplimiento de su deber...

En fin, aunque es cierto que la utilización de cualquier técnica de distorsión u ocultamiento del rostro de la demandante habría posibilitado que la noticia del desalojo violento hubiera llegado a los lectores de igual manera y sin merma alguna, como se sostiene en la demanda de amparo, no lo es menos que, tal como se afirma en la Sentencia recurrida en amparo, no estamos ante un caso concreto que exija el anonimato, sin perjuicio de que en otros pudiera exigirlo [último inciso del art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo]. En efecto, en contra de lo que se aduce por la demandante de amparo, *no cabe apreciar que, en las circunstancias de este caso, existan razones de seguridad para ocultar el rostro de un funcionario policial por el mero hecho de intervenir, en el legítimo ejercicio de sus funciones profesionales, en una actuación de auxilio a una comisión judicial encargada de ejecutar una orden de desalojo, ante la decidida resistencia de los ciudadanos afectados.*

En la misma línea, y en relación con el uso de datos, el Tribunal Constitucional también ha reconocido (STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8) que

reviste relevancia o interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcancen en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose, por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 4; 232/1993, de 12 de julio, FJ 4).

Finalmente, y como recuerda en su Dictamen el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya,³⁰ esta «prohibición de prohibir» el uso de imágenes y datos de las autoridades y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ampara no solo a los profesionales de la información sino al conjunto de la ciudadanía; en palabras del Tribunal Constitucional (STC 168/1986, de 22 de diciembre, FJ 2): «los sujetos de este derecho son no solo los titulares del órgano o medio difusor de la información o los profesionales del periodismo o quienes, aun sin serlo, comunican una información a través de tales medios, sino, primordialmente, «la colectividad y cada uno de sus miembros».

B.- El artículo 36.23 establece una censura previa, prohibida expresamente por el artículo 20 CE, al aludir al *uso no autorizado* de imágenes y datos. El Tribunal Constitucional ha sido rotundo al respecto (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 5:

La prohibición de todo tipo de censura previa, en el marco de la libertad de expresión no es sino garantía con el fin de limitar al legislador y evitar que, amparado en las reservas de ley del art. 53.1 y art. 81.1 C.E., pudiera tener la tentación de someter su ejercicio y disfrute a cualesquiera autorizaciones, sea cual fuere su tipo o su carácter, aun cuando cimentadas en la protección de aquellos derechos, bienes y valores constitucionales jurídicos que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 20.4 C.E., funcionan como límite de aquella libertad en su doble manifestación. Este Tribunal ya ha dicho en reiteradas ocasiones que por censura previa debe tenerse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu que consista en el sometimiento a un previo examen por un poder público del contenido de la misma cuya finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el placet a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario...

La censura previa..., constituye un instrumento, en ocasiones de gran sutileza, que permitiría intervenir a aquel en tal proceso, vital para el Estado democrático, disponiendo sobre qué opiniones o qué informaciones pueden circular por él, ser divulgadas, comunicadas o recibidas por los ciudadanos. *Es aquí donde debe buscarse también la razón de que su interdicción deba extenderse a cuantas medidas pueda adoptar el poder público que no solo impidan o prohíban abiertamente la difusión de cierta opinión o información, sino cualquier otra que simplemente restrinja o pueda tener un indeseable efecto disuasor sobre el ejercicio de tales libertades* (SSTC 52/1983, fundamento jurídico 5.º, 190/1996, fundamento jurídico 3.º)...

C.- La incompatibilidad con la Constitución puede alcanzar también al ya citado artículo 19.2 de la L. O. 4/2015 en relación con el comentado 36.23, pues la Norma Fundamental (artículo 20.5) reserva a los órganos jurisdiccionales, y no a la Administración –cosa que sí contempla la LOPSC– la potestad de secuestrar «publicaciones, grabaciones y otros medios de información».

³⁰ Dictamen 7/2015, de 7 de junio, sobre la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20150606100245-1.pdf>, p. 113.

La mencionada STC 187/1999 (FJ 6) recuerda que

la propia Constitución legitima el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, *aunque solo podrá acordarse en virtud de una resolución judicial* (art. 20.5 C. E.), *prohibiendo por tanto implícitamente la existencia del llamado secuestro administrativo*, como ya dijo este Tribunal con ocasión de enjuiciar a la luz de tal norma constitucional los arts. 12 y 64 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, que regulaban una medida semejante, cuya inconstitucionalidad declaró la STC 52/1983... *La Constitución tan solo, y no es poco, prohíbe que dichas medidas de urgencia puedan ser adoptadas por un poder público distinto al judicial*, cuando impliquen un examen crítico del contenido del mensaje cuya difusión pueda negarse o restringirse, y, *además, que dicha medida solo quepa ser adoptada en los supuestos que una Ley permita por efecto de la pertinente resolución judicial motivada y recaída en un proceso ad hoc*.

5.- Registros corporales e intimidad personal.

Prevé el artículo 20 de la L. O. 4/2015 que

1. Podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes: *a)* El registro se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique esta diligencia. *b)* Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó.

3. Los registros corporales externos respetarán los principios del apartado 1 del artículo 16, así como el de injerencia mínima, y se realizarán del modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, que será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de su realización.

4. Los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Esta disposición normativa constituye un límite al derecho fundamental a la intimidad personal y hay que dilucidar si es constitucional.³¹ Para ello hay que tener en cuenta la doctrina al respecto que emana de la STC 207/1996, de 16 de diciembre, que es la de referencia en esta materia, y que parte de la distinción entre registros corporales e intervenciones corporales (FJ 2):

a) En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito

³¹ Véase también Bilbao Ubillas, ob. cit..., pp. 234 a 236.

(inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí *puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 C. E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo*, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), *o inciden en la privacidad*.

b) Por contra, *en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales*, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T. A. C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, *el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa*. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ej., las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)...

La actuación prevista en el artículo 20 LOPSC encajaría en los denominados registros corporales y lo que hay que analizar es si las premisas legales justifican la afectación del derecho fundamental; como señala el Consell de Garanties Estatutàries³², no parece que el Legislador haya acertado en la redacción del precepto: en primer lugar, «podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan *indicios racionales para suponer* que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos...»; es decir, el registro se puede basar en una mera *suposición* que, a su vez, *pueda* conducir a un hallazgo; en segundo lugar, no se concreta de qué objetos estamos hablando –«instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad»–; en tercer lugar, tampoco se incluyen criterios que permitan una adecuada individualización de estas medidas –el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de febrero de 2015, anuló el artículo 55.2 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros porque permitía «registros de internos sin necesidad de que existan sospechas racionales de su justificación sobre las concretas personas afectadas»–; en cuarto lugar, no se corresponde con el concepto de registro corporal, tal y como lo entiende la jurisprudencia constitucional, la previsión de «dejar a la vista partes del cuerpo

³² Dictamen 7/2015, de 7 de junio, sobre la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20150606100245-1.pdf>, pp. 39 ss.

normalmente cubiertas por ropa», medida que, por otra parte, no queda claro en qué circunstancias podrá adoptarse.

En conclusión, falta en la LOPSC «toda mención de los motivos de seguridad concretos y específicos» (STC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 6) que justifican esta intromisión en la intimidad personal y ello (FJ 4) para «ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger».³³ En esta misma línea, el TEDH (caso *Gillan y Quinton c. Reino Unido*, de 12 de enero de 2010) recuerda que la Ley que autoriza un registro corporal ha de precisar con suficiente claridad tanto el alcance de ese poder discrecional conferidos a las autoridades como la forma de llevarlo a cabo.

A falta de esta claridad mínima en el artículo 20 LOPSC no resulta exagerado concluir que esa previsión puede ser contraria al artículo 18.1 de la Constitución en relación con el artículo 9.3 de la Carta Magna.

6.- Las expulsiones masivas de personas extranjeras en Ceuta y Melilla.

La Disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015 añade una nueva Disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social:

1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.
2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.
3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.

En lo que a esta disposición se refiere, y teniendo en cuenta el espacio disponible, en estas páginas, nos limitaremos a analizar si es compatible con las garantías constitucionales sobre derecho de asilo y expulsión de extranjeros.

Se trata, en primer lugar, de una medida con unos destinatarios muy concretos: «extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para

³³ Véase el comentario de Revireigo Picón, Fernando. «Intimidad corporal y cacheos con desnudo integral tras las comunicaciones íntimas de los reclusos a la luz de la S. T. C. 218/2002, de 25 de noviembre», *Revista General Informática de Derecho*, n.º 1, 2003.

cruzar irregularmente la frontera»; en segundo lugar, y aunque se hable de «rechazo» no deja de tratarse de una suerte de expulsión, si interpretamos este último término, como hace el TEDH, «en su sentido genérico, empleado en el lenguaje corriente (ahuyentar de un lugar)» (caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012); además, se está pensando en una expulsión «colectiva» (los extranjeros que sean detectados...), por lo que parece de aplicación el artículo 4 del Protocolo 4 del CEDH, que, taxativamente, dispone «quedan prohibidas la expulsiones colectivas de extranjeros».

Lo que sean expulsiones colectivas fue definido por el propio TEDH (asunto *Čonka c. Bélgica*, de 5 de julio de 2002) como «toda medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a salir de un país, salvo en el caso de que la medida se haya tomado como consecuencia y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo» y el TEDH también ha aclarado (caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*) que «el objetivo que persigue el artículo 4 del Protocolo Núm. 4 es el de impedir que los Estados puedan expulsar a determinados extranjeros sin antes examinar sus circunstancias personales y, de esta manera, sin dejarles presentar sus argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad competente».

Finalmente, hay que tener en cuenta, por lo que al derecho de asilo se refiere, que la clave «es saber si existen garantías efectivas que protejan al demandante contra una devolución arbitraria, directa o indirecta» (asuntos *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011, y *A. C. y otros c. España*, de 22 de abril de 2014). Y esas garantías operan al margen de si «la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla» es, o no, territorio español pues quienes llevan a cabo la detección y rechazo de las personas extranjeras son miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y tienen obligación de garantizarles «todos los derechos y libertades previstos en el Título 1 del Convenio que sean pertinentes en la situación» de esas personas (caso *Hirsi Jamaa*)

Pues bien, a la luz de estas premisas jurídicas no parece que la disposición comentada garantice que las personas rechazadas puedan ejercer los derechos propios de los demandantes de asilo (art. 13.4 CE), acudiendo en su caso a la tutela de los tribunales españoles (art. 24 CE) para que se pueda llevar a cabo un control de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE).³⁴

³⁴ Véase el Dictamen 7/2015, de 7 de junio, sobre la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20150606100245-1.pdf>, pp. 123 ss.

7.- *Diez conclusiones poco tranquilizadoras para la seguridad ciudadana.*

Primera.- La LOPSC se inscribe en una orientación *neoconservadora* en materia de política de seguridad, capaz de gobernar una supuesta sensación social de inseguridad, así como de dar respuesta a sujetos caracterizados por la alteridad y la peligrosidad.

Segunda.- Cabe poner en duda que la tranquilidad ciudadana esté en peligro: la tasa de criminalidad (infracciones penales por cada mil habitantes) en España no ha dejado de bajar en los últimos cinco años y es de las más reducidas de Europa.

Tercera.- La L. O. 4/2015 no puede desvincularse de las modificaciones llevadas a cabo en el Código Penal; estas reformas confirman la tendencia a la doble expansión sancionadora: la del Derecho penal y la del Derecho administrativo sancionador.

Cuarta.- En la L. O. 4/2015 encontramos diversos preceptos de cuya constitucionalidad cabe dudar porque carecen de suficiente seguridad jurídica; de certeza respecto a qué es Derecho y no, lo que prueba que no se ha hecho el esfuerzo necesario para que las normas promulgadas fueran «concretas, claras, precisas e inteligibles».

Quinta.- La «codicia del Derecho administrativo sancionador» está bien presente en la regulación, presente y pasada, de la seguridad ciudadana.

Sexta.- El derecho administrativo sancionador puede ser mucho más aflictivo que el derecho penal. En estos casos, decir que se acude al primero porque es menos expeditivo que el segundo, en una aplicación del principio de subsidiariedad, constituye un auténtico *fraude de etiquetas*.

Séptima.- No cabe imponer una prohibición general del uso de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Octava.- En la regulación de los registros corporales no se mencionan los motivos de seguridad que justifican esta intromisión en la intimidad personal.

Novena.- La reforma de la Ley de Extranjería llevada a cabo por la LOPSC no garantiza que las personas rechazadas puedan ejercer los derechos propios de los demandantes de asilo, acudiendo en su caso a la tutela judicial para que se pueda llevar a cabo un control de la legalidad de la actuación administrativa.

Décima.- El Legislador de la seguridad ciudadana está obligado a tener bien presentes los derechos reconocidos en la Constitución, tanto si tutelan la vida, la integridad física, la libertad personal o la propiedad, como si garantizan la libertad de expresión o el derecho de manifestación. Esta defensa del orden público constitucional no se ha articulado de manera respetuosa con la Norma Fundamental en la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana.

+++++

Correo electrónico presnolinera@gmail.com;

blog jurídico: <http://presnolinera.wordpress.com>;

página académica: <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>

LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Cristina Isabel LÓPEZ LÓPEZ
Universidad de Oviedo

RESUMEN: La prisión permanente revisable es una de las novedades más destacadas de la reforma del Código Penal Español del año 2015. Pese a la gravedad e indeterminación temporal de esta nueva sanción, su regulación es bastante imprecisa llegando incluso a violar algunos de los principios fundamentales de nuestro sistema penal.

ABSTRACT: Life imprisonment is one of the most outstanding changes in the reform of the Spanish Criminal Code of 2015. Despite the severity and temporal indeterminacy of this new sanction, its regulation is quite imprecise, violating some of the core principles of our Criminal Justices System.

El 1 de julio de 2015 entra en vigor una de las reformas más profundas del sistema penal español desde la aprobación en 1995 del Código Penal actual. Una de las modificaciones que más ha llamado la atención es la introducción de una nueva pena, la prisión permanente revisable. Esta sanción, de la que se cuestiona incluso su denominación,¹ supone que en el mejor de los casos el condenado permanecerá en prisión un mínimo de 15 años; pasados los cuales podrá ser clasificado en tercer grado. Transcurridos un mínimo de diez años más, es decir un total de 25 años, el condenado podrá solicitar la revisión de su pena, pudiendo dar lugar a la suspensión de la sanción, que durará como mínimo 5 años. Durante la suspensión, el reo estará sometido al cumplimiento de ciertas obligaciones, cuyo correcto cumplimiento determinará la remisión de la pena o la revocación de la suspensión, y en este último caso, podrá acordarse su reingreso en prisión.

¹ Las palabras utilizadas por el legislador son contradictorias, pues algo que es permanente difícilmente puede revisarse, indicando algunos autores, como Sáez Rodríguez, C., «Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2013; que la denominación actual no es más que un «eufemismo» cuyo fin es «enmascarar el significado de aquello que se quiere decir, sin nombrarlo», en alusión a la cadena perpetua.

Tras el cumplimiento del plazo de suspensión, y en función del delito cometido, el juez podrá imponer la ejecución de una medida de libertad vigilada, cuya duración mínima será de 5 años. Esta medida de seguridad es de cumplimiento posterior a la pena y su imposición se funda en la inexistencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En resumen, el condenado cumplirá en el mejor de los casos una pena de 30 años, más 5 de libertad vigilada, lo que hace un total de un mínimo de 35 años de sumisión punitiva. Pero es que en el peor de los casos este mínimo se eleva a 55 años, pues el periodo mínimo para la revisión de la pena sería de 35 años, a los que se añadirían 10 años de suspensión y otros 10 de libertad vigilada. Pero es que este último supuesto tampoco es el peor de los casos, ya que el requisito temporal se complementa con requisitos subjetivos que el sujeto deberá cumplir para que se proceda a la clasificación en tercer grado o la revisión de la pena, por lo que el reo podrá cumplir la pena hasta el mismo momento de su muerte.

Ahora bien, cabría pensar que la excesiva longevidad que podría alcanzar esta pena sería compensada con una regulación clara y concisa, tanto de su ámbito de aplicación como de la forma de ejecución. Sin embargo, tras el estudio del texto de la ley la conclusión es que la regulación es un tanto insatisfactoria.

Así, el ámbito de aplicación de esta pena presenta diversos problemas interpretativos que llegan a poner en duda el cumplimiento de principios tan básicos como el principio de legalidad o proporcionalidad. Sirva como ejemplo la regulación de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, recogidos en el art. 573 bis.1.1.º del Código Penal y en el que se indica que estos serán castigados con la pena «de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código». Con esta expresión, fruto del devenir político,² el legislador pretende imponer la prisión permanente revisable sin siquiera nombrarla.

Esta manera de referirse a esta nueva consecuencia jurídica del delito menoscaba sin lugar a dudas la exigencia de taxatividad y certeza dimanante del principio de legalidad ya que no establece de forma clara la pena aplicable al caso. Es más, esta indeterminación ha provocado que parte de la doctrina haya realizado una interpretación

² Los dos grandes grupos parlamentarios tenían opiniones encontradas sobre la introducción de la nueva sanción, pero ambos querían mostrar su compromiso en la persecución y punición de los delitos de terrorismo.

pro reo y contraria a la intención del legislador, indicando que con ello se alude a la pena de prisión de duración determinada, todo ello partiendo de la idea de que la prisión permanente revisable no es una especie del género prisión, sino una consecuencia jurídica diferente.³

Tampoco se libra de las críticas el procedimiento de revisión y suspensión (artículos 92 y siguientes del Código Penal) que según el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, es una de las principales características de la nueva pena y el punto determinante de su adecuación a los principios y derechos constitucionalmente protegidos. Aún así, carece del protagonismo y claridad que merecería.

Por ejemplo, en relación con los requisitos que el condenado debe cumplir para acceder a la revisión de la pena, el artículo 92 indica que además del requisito temporal (que varía entre 25 y 35 años en función de las circunstancias) y de estar el sujeto clasificado en tercer grado, debe existir también un pronóstico favorable de reinserción social. Para fundar este pronóstico el tribunal deberá valorar «la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas». Tanto la cantidad como el contenido de estos criterios han sido objeto de crítica. Por un lado, la ingente cantidad de estos no hace más que dificultar el acceso a la suspensión de la pena, pues la concurrencia de todos ellos será del todo excepcional.⁴ Y por otro lado, la elección de los mismos ha sido calificada de *desafortunada*, pues unos se relacionan con exigencias preventivo-generales o incluso retributivas, ya que se valoran aspectos que miran al pasado, tomando en consideración los antecedentes (penales o policiales) o las circunstancias del delito cometido. Y los otros son requisitos ambiguos y difíciles de determinar, como la

³ Por ejemplo, Domínguez Izquierdo, E. M., «El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015, pp. 155-156.

⁴ En este sentido Cancio Meliá, M., «La pena de cadena perpetua ("prisión permanente revisable") en el Proyecto de reforma del Código Penal», en *Diario La Ley*, n.º 8175, Sección Tribuna, 22 oct. 2013; Domínguez Izquierdo, E. M., «El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015, p. 141.

valoración de los efectos de la propia suspensión y el cumplimiento de las medidas que se impongan.⁵

Para más inri, el tribunal valorará también las circunstancias personales del penado, su conducta posterior al hecho y sus esfuerzos para reparar el daño causado, requisitos recogidos en el segundo párrafo del artículo 80.1 del Código Penal, al que remite el artículo 92, y cuyo objeto de regulación es la suspensión de la pena privativa de libertad no superior a dos años. La valoración de estas circunstancias, tan cercanas al momento de comisión del delito, no tiene relevancia en la revisión de la prisión permanente revisable precisamente por el tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y la revisión de la pena.⁶

Si finalmente el tribunal considera que el sujeto cumple todos los requisitos, procederá a la suspensión de la pena fijando los deberes y obligaciones que el condenado debe cumplir. Durante este periodo de suspensión pueden ocurrir dos cosas. Que el reo cumpla y extinga el plazo de suspensión, en cuyo caso se procederá a la remisión de la pena. O que durante la suspensión se produzca algún tipo de incumplimiento (ya sea de los deberes y obligaciones impuesto o de otro carácter) en cuyo caso el sujeto podrá reingresar a prisión.

Precisamente, la grave consecuencia derivada de la revocación de la suspensión debería dar lugar a una regulación adecuada de las causas que pueden dar lugar al regreso a la cárcel. Sin embargo, de los dos preceptos que regulan esta figura, uno precisa de una interpretación restrictiva para evitar la aplicación de una solución desproporcionada, pues el legislador vuelve nuevamente a apoyarse en la técnica de remisión enviándonos al artículo 86, que regula la suspensión de la pena privativa de libertad no superior a dos años. Y el otro, en este caso el propio artículo 92, adolece de gran imprecisión y ambigüedad, ya que únicamente indica que se procederá a la revocación cuando «se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que no permita mantener el pronóstico de falta de peligrosidad»⁷.

⁵ Cervelló Donderis, V., *Prisión perpetua y de larga duración*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 216-217; Fuentes Osorio, J. L., «¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la propuesta de reforma», en *ReDCE*, n.º 21 enero- junio, 2014, p. 336.

⁶ Cervelló Donderis, V., *Prisión perpetua y de larga duración*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 216.

⁷ En este sentido, Nuñez Fernández, J., «Análisis crítico de la libertad condicional en el proyecto de reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013 (en especial referencia a la prisión permanente revisable)», en *La Ley penal*, n.º 110, septiembre-octubre 2014, p. 62; Del Carpio Delgado, J., «La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal», en *Diario La Ley*, n.º 8004, Sección Doctrina, 18 ene. 2013.

Si ponemos este último motivo de revocación en relación con el posterior cumplimiento de una medida de libertad vigilada, llegamos al absurdo. Recordemos que la libertad vigilada se fundamenta en la carencia de un pronóstico de reinserción social o de falta de peligrosidad de un sujeto que ha agotado la dimensión retributiva de la pena y como sigue siendo «peligroso» debe ser controlado.⁸ Ahora bien, si ese pronóstico de peligrosidad se da durante el periodo de suspensión del condenado a prisión permanente revisable este regresa a prisión, por lo que ¿en qué casos cabría aplicar la medida de libertad vigilada?

Como vemos, la regulación de esta nueva sanción penal deja grandes interrogantes que al objeto de conseguir una regulación clara y acorde a los principios rectores del Derecho Penal, deberían ser resueltas con la mayor brevedad posible.

Datos de contacto: lopezisabel@uniovi.es

⁸ Ese es el argumento utilizado por el legislador y recogido en la Exposición de Motivo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal y en el que se introduce esta nueva medida de seguridad: «Es notorio, sin embargo, que en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que esta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia. (...) Se hace necesario, por tanto, para tales casos de especial gravedad expresamente previstos, contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad. Por ello la presente Ley introduce, (...) una nueva medida denominada libertad vigilada.

UN MUNDO DE NO BINARIOS ESCENARIOS O ESPACIOS (POSIBLES O IMAGINARIOS)

Gloria VARGAS ROMERO*

Universidad Nacional Autónoma de México

RESUMEN

¿Cómo podemos gestionar la diversidad? Una de las vías es articulándola, es decir, teniendo presentes los componentes que la conforman, hacerla visible para construir y combinar adecuadamente sus elementos, conocer que existe lo diverso para generar atmosferas con una visión de respeto, aceptación e inclusión. En este trabajo plantearé preguntas, determinando qué derechos y obligaciones le corresponden a cada agente social en un Estado de Derecho, y así dar una propuesta de estos espacios que pudieran ser posibles o imaginarios en un mundo de No binarios, para que seamos agentes de cambio, creando ambientes de diálogo, de reflexión sobre los avances y alternativas en el tema de la diversidad sexual desde una perspectiva en la que se trabaje en conjunto.

Palabras claves: diversidad, género, estereotipos, solidaridad, colectividad.

ABSTRACT

How can we manage diversity? One way is articulating, bearing in mind the components that comprise it, post it to build and properly combine its elements, and know that there is so different to generate atmospheres with a vision of respect, acceptance and inclusion. In this paper we analyze these questions determining what rights and obligations of a State of Law, it is up to each social agent, to thereby give a proposal for these sites that might be possible or imagined for a world of Non-binary, that is, we are agents of change, creating environments of dialogue and reflection on progress alternatives in the issue of sexual diversity from a vision in which they work together.

Keywords: diversity, gender, stereotypes, solidarity, community.

*Estudiante de Maestría en el Programa de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, gloria.vargas.romero@gmail.com

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN II. ¿SI NO ES BINARIO ENTONCES QUÉ ES? III. LO DIVERSO EN EL MUNDO IV. ESPACIOS O ESCENARIOS POSIBLES V. CONCLUSIONES. UNA PROPUESTA DE LO POSIBLE O IMAGINARIO

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo surge del interés por los estudios de género y la diversidad sexual, pues al vivir en una sociedad moralmente pluralista, en la cual conviven diversos proyectos de vida, consideramos que nuestra tarea como sociedad está en construir las condiciones para que cada persona elija entre todas las posibilidades aquella propuesta que mejor le satisfaga sin que esta perjudique las propuestas de los otros, en donde se identifiquen los rasgos comunes que compartimos pese a que somos diferentes; sin embargo, merecemos ser tratados con igual respeto, es decir, integrar las diferencias que componen a una sociedad.¹

En ese sentido, es a partir de los conceptos que nos plantean las teorías feministas, la teoría *queer* y los estudios de género –si bien estas teorías se van replanteando y repensando en cuanto a sus conceptos y nuevas interpretaciones–, partiremos de la idea de que el género es una construcción social, y que el descubrir que las identidades son construcciones sociales nos permite que podamos intervenirlas para considerarnos agentes activos en esa modificación y figurar nuevas rutas, caminos alternos, espacios para imaginar nuevas identidades, los cuales sean capaces de contagiarse, que sean visibles y posibles para construir otro tipo de subjetividades.

Es primordial, señalar que cuando decimos espacios o escenarios, nos referimos a un lugar que puede ser físico o imaginario, lugares que han sido poco explorados o a los que están listos por ser descubiertos; por lo que estimamos que es necesario primeramente situarnos en el ámbito de la moral y de la ética para poder identificar esos escenarios o espacios (posibles o imaginarios), los cuales pueden estar ubicados en: las familias, escuelas, espacios públicos, instituciones y gobiernos.

Es por ello que a pesar de que existen avances en la construcción de un marco legal incluyente, la modificación del imaginario social en este aspecto aún sigue en ese proceso

¹ Cortina, Adela. *Justicia Cordial*, Madrid, Ed. Trotta, 2010, p. 34.

de transformación, por lo que es necesario determinar qué derechos y obligaciones le corresponde a cada agente social en un Estado de Derecho, y buscar la forma de implementar la inclusión y sensibilización en los diferentes espacios o escenarios, colocándonos en un espacio de reflexión donde surgen las preguntas ¿Qué es lo binario? ¿Cuál es la base del concepto de género? ¿Biológico o genético?

II. ¿SI NO ES BINARIO ENTONCES QUÉ ES?

A menudo escuchamos la palabra «normal», es común encontrarla dentro de nuestras expresiones cotidianas, pero realmente ¿Qué es normal? Al no reflexionar sobre ello, no nos damos cuenta que la palabra normalidad se traduce en un concepto jerarquizador, de modo que se nos van imponiendo parámetros y en el momento en que determinadas circunstancias, ciertas propuestas de vida o identidades no encuadran en dichos parámetros, entonces, ya no encajan dentro de lo «normal», en lo que no es. De esa forma es como vamos construyendo estereotipos, lo que vemos a simple vista se nos puede representar de una forma que nos puede engañar, y una vez que reconfiguramos se descubre el error, por lo que la conceptualización e identificación de los estereotipos nos ayuda a combatir este tipo de errores que privan de un reconocimiento de las personas y sus derechos.

Esto resulta relevante, ya que hoy en día la filosofía puede ayudarnos a repensar, a cuestionarnos, a entender el mundo como uno más habitable, en donde comencemos a actuar, a imaginar, a crear, a construir y a reconstruir una sociedad más solidaria. De acuerdo a la teoría de Apel, es a través de la ética y el proceso reflexivo que se pueden lograr los consensos, es por ello que denomina su filosofía como una ética del discurso. Al hablar de solidaridad nos referimos a realizar acciones que hacen aportes relevantes al conjunto de la sociedad, esto lo asociamos con la colectividad, es por esto que Apel enlaza el principio de solidaridad con el de responsabilidad, pues obrar bien no solo es tener una buena intención, va enfocado a asumir las consecuencias de nuestras acciones.²

En esta perspectiva, los estereotipos se van reproduciendo porque se convierten en un entendimiento y aproximación de lo que es el mundo a través del consenso, la problemática estriba en que dichas características, actitudes o roles; se les adjudican

² Michelini, Dorando J. «Discurso y solidaridad en Karl-Otto Apel», en Figueroa, Maximiliano y Michellini, Dorando (Comps.). *Filosofía y solidaridad*, Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2007, pp. 13-34.

consecuencias jurídicas y sociales, reduciéndose a un paradigma único de un sujeto neutral universal, de ahí que pudiéramos utilizar la teoría de Apel para transformar estas características asignadas y determinar las acciones que cada agente debe tomar por medio del consenso.

Ahora bien, existe una relación estrecha entre el sexo y género, por un lado, el género no es algo estático, es una complejidad cuya totalidad se posterga de manera permanente, nunca aparece completa en una determinada coyuntura en el tiempo, se va transformando; mientras que el sexo lo percibimos como lo que está dado de acuerdo a las características biológicas del cuerpo, pero en cuanto al sexo de los cuerpos, estas asignaciones excluyen a las personas intersex y transgénero, esto plantea una falsa dicotomía que impacta en las expectativas sociales, culturales y jurídicas en torno a la construcción del proyecto de vida de las personas. Es por ello que, una coalición abierta creará identidades que alternadamente se instauren y se abandonen en función de los objetivos del momento; se tratará de un conjunto abierto que permita múltiples coincidencias y discrepancias sin obediencia a un *telos* normativo de definición cerrada.³ Esta distinción entre sexo y género, permite revelar cómo la sociedad y su infraestructura jurídica atribuyen consecuencias a partir de los cuerpos de las personas.

Por esa razón, es que al identificar o crear identidades, estas no pueden tener el mismo significado, sino fundamentos diversos, el elemento de la solidaridad hace sentido, pues debemos de ser solidarios con todos los miembros de la comunidad, para llevar adelante la tarea de construir una convivencia humana, justa y pacífica. De acuerdo con Ricoeur, es a través de un diálogo con el sí mismo en la búsqueda del otro, que podemos identificar la solidaridad y así encontrar el canal que relaciona al sí mismo con el otro, en donde la invención juega un papel importante como una herramienta interpretativa que parte de lo sensorial para tocar las fibras de la iniciativa de la acción humana, así pues, es necesario un punto reflexivo, ya que se trata de la capacidad del sujeto de reconocerse, no

³ Butler, Judith. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, trad. M.^a Antonia Muñoz, Barcelona, Ed. Paidós, 2007, p.69.

solo a sí mismo, sino que comprenda a su prójimo, pues al situarnos en el espacio del otro, podemos comprendernos como seres abiertos al mundo, como si habitáramos en el otro.⁴

En conclusión, lo que proponemos es pensar en la solidaridad como un camino que se traza en nuestro itinerario para llegar a un propósito: una sociedad más justa e incluyente, que busque el bien común a través de los consensos, que entienda a la diversidad sexual para situarnos en el espacio que habita el otro para llegar a comprenderlo, lo cual nos puede servir para identificar los problemas que hemos planteado ante esta falsa dicotomía en la que se le atribuyen determinadas características a los cuerpos, en donde exista un Estado de Derecho que garantice a las personas la protección de esos derechos pero que también sean visibles las obligaciones que cada agente tiene para con el otro, porque de lo contrario, al existir omisión y/o indiferencia, se genera una zona de tolerancia a lo violento, hasta normalizar las omisiones por parte de cada agente.

III. LO DIVERSO EN EL MUNDO

Lo diverso es, entender que existe una pluralidad, la diversidad de arreglos culturales que han influido en los individuos y sus experiencias, toda vez que el género no es algo estático, por lo tanto, existe una relación entre lo genético y lo cultural hasta llegar a un punto en el que convergen.

Es por ello que, considero que la perspectiva de género es una herramienta de análisis que toma en cuenta las diferencias entre los sexos, ya sea en cada sociedad o circunstancias, pues se utiliza como una herramienta para erradicar las causas y los mecanismos institucionales y culturales que estructuran la desigualdad entre los sujetos. De igual forma, nos da la oportunidad de interpretar y reflexionar sobre el género, nos permite entender que la vida, sus condiciones y situaciones son transformables hacia la construcción de la equidad y la justicia. Por lo tanto es una invitación a no llevar a cabo prácticas de discriminación y segmentación, ya sea plasmada en la norma o en las formas de juzgar, en consecuencia debería ir de la mano del derecho.

⁴ Mena, Patricio. «Solidaridad e invención del prójimo. Variaciones sobre el sí mismo como otro en la filosofía de Paul Ricoeur», *op. cit.* pp. 59-79.

En ese sentido, si entendemos a la ciencia del derecho de acuerdo a Radbruch, esta busca el carácter positivo de la norma, es decir, busca justificar la existencia de la ciencia, o sea el objeto de porque está plasmada en el enunciado; mientras que a través de la ciencia jurídica se reconstruye la corriente positivista, pues la elaboración del derecho positivo en forma de ciencia jurídica se desarrolla en tres etapas: la interpretación, la construcción y la sistemática.⁵

Ahora bien, la teoría de la verdad de Apel sostiene que la verdad se va descubriendo de acuerdo al consenso, esta se moverá o transformará a través de los consensos; en cuanto a la realidad para Apel, es lo que la comunidad fáctica apruebe, es decir, que la realidad es, en tanto se convierte en verdad a través de los consensos, y la comunicación juega un papel importante en tanto lo pone en un hecho real, es por ello que tiene que ser aceptada, de lo contrario, no se convierte en algo real. Puede haber cosas reales que busquen la verdad, sin embargo la realidad será verdad porque logra ese consenso.⁶

En relación a lo anterior, podemos ubicar la teoría de Apel como una ética discursiva, y esto se traduce en la búsqueda de una ética ciudadana, es decir, que los ciudadanos puedan compartir el sentido de justicia en común, independientemente de los diferentes presupuestos morales, la vigencia de su teoría radicaría en que dicha ética ciudadana la podemos observar en nuestras instituciones, pues estas llevan entrañada nuestra ética, es por esto que la teoría de Apel se encuentra vigente y nos puede ayudar a construir una sociedad que sea plural y que sea respetuosa de la diversidad sexual, pero encontrando las necesidades comunes y que sean afines respecto a lo que se considera justo en nuestra sociedad.

Desde el análisis que realiza la filosofía analítica de la ciencia, misma que basa el estudio del lenguaje y la lógica de los conceptos a través de sus precursores como Russell, Wittgenstein y Moore; los filósofos del racionalismo de ese siglo llevaron a cabo lo que se ha convenido llamar un giro lingüístico, es decir, que se dedicaron a formular en un

⁵ Radbruch, Gustav. *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. De Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 9-12.

⁶ Apel, Karl-Otto. *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós Universidad Autónoma de Barcelona/ICE, 1991, pp. 11-33.

metalenguaje los problemas y las soluciones tradicionales expresados en el lenguaje material.⁷ Así pues, al concebir en el lenguaje al mundo como binario, las ideas quedan limitadas a la percepción de que todo nuestro conocimiento de las cosas se deriva de la experiencia, por lo que el problema estriba en describir con exactitud el vínculo entre las teorías físicas y la experiencia, esto tiene relación con la falsación, es decir, que se debe falsear lo que se percibe.

En virtud de lo anterior, para Wittgenstein saber el significado de una palabra dependía en observar los usos de esa palabra en nuestras vidas, por lo que debemos observar cómo nos comportamos, no hay significados privados, somos lo que somos solamente porque compartimos un lenguaje común y formas de vida común.⁸ Es así que hablar de categorías en el lenguaje de género, nos limita a una falsa dicotomía y a invisibilizar lo que no entra en estas categorías.

Finalmente, entendiendo que hoy en día la filosofía y la solidaridad juegan un papel importante porque vivimos en una sociedad diversa que está basada en ciertos valores universales y en principios éticos que nos permitan encontrar las necesidades partiendo de lo colectivo a lo individual, es ahí donde la filosofía contemporánea entra y se replantea las posibilidades de tener una sociedad en la que se tomen en cuenta la realidad y la construcción social con apoyo de la solidaridad, para una vida más vivible en donde podamos imaginar y crear escenarios posibles para un mundo diverso y no de binarios.

IV. CONCLUSIONES. UNA PROPUESTA DE LO POSIBLE O IMAGINARIO

Una vez ubicados los escenarios o espacios, posibles o imaginarios, consideramos que una vía factible sería la implementación de políticas públicas que se adecuen al contexto y que estas resulten eficientes, eficaces y estables, pero no es la única vía, pues apreciamos que existan alternativas en las que podamos iniciar con pequeñas acciones, a través los diferentes espacios en donde nos encontremos desde nuestro cotidiano, podemos

⁷ Hamburger Jean. *La filosofía de las ciencias hoy*, 2.^a edición, trad. de Corina Yturbe y Claudia Martínez, México, Ed. Siglo XXI, 2003, p. 84.

⁸ Wittgenstein, Ludwig. *Una conferencia sobre la ética*, trad. Alejandro Tomasini Bassols, México, UNAM, Instituto de investigaciones filosóficas, 2005, pp. 9-14.

generarnos preguntas, repensar y reflexionar, si somos profesorado, si somos alumnado, si somos padres o madres de familia, podemos actuar desde estos espacios.

Otra de las vías posibles es la que propone Adela Cortina a través de una ética cívica que sea capaz de identificar al sujeto para encontrar cuales son los valores que son importantes para él, pero no de una manera individualista, sino haciendo un ejercicio introspectivo para que de esta forma podamos encontrar lo que identificamos en una colectividad para la formación cívica. Cuando Cortina habla de justicia lo hace desde un aspecto ontológico, en donde predomina la consciencia, y esta debe ser colectiva.⁹

Finalmente, consideramos que una de las vías posibles es construir los imaginarios, plantear situaciones reales de conflicto a través de un abanico de posibilidades mediante el diálogo y llegar a una posible solución mediante el consenso desde los diferentes espacios como lo son las familias (más no es la única), toda vez que es la socialización primaria, desde donde se van transformando los patrones machistas y violentos en las relaciones familiares, para promover la igualdad y la equidad entre los miembros, basadas en el respeto y tolerancia, además de incrementar la sensibilización de lo diverso.

⁹ Cortina, Adela. *Justicia Cordial*, Madrid, Ed. Trotta, 2010, pp. 29-42.

V. BIBLIOGRAFÍA

- APEL, Karl-Otto: *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós Universidad Autónoma de Barcelona/ICE, 1991, p. 184, ISBN 84-7509-657-3.
- BUTLER, Judith: *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, trad. Ma. Antonia Muñoz, Barcelona, Ed. Paidós, 2007, p. 316, ISBN 9788449320309.
- CORTINA, Adela: *Justicia Cordial*, Madrid, Ed. Trotta, 2010, p. 149, ISBN 9788498791419.
- FIGUEROA, Maximiliano y MICHELINI, Dorando. *Filosofía y solidaridad*, Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2007, p. 224, ISBN 978-956-8421-10-6.
- HAMBURGER Jean: *La filosofía de las ciencias hoy*, 2da. Edición, trad. de Corina Yturbe y Claudia Martínez, México, Ed. Siglo XXI, 2003, p. 227, ISBN 968-23-1550-6.
- RADBRUCH, Gustav: *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. De Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 192, ISBN 978-968-16-006-17.
- RAWLS, John: *Teoría de la justicia*, 2.^a Edición, trad. M.^a Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 549, ISBN 968-16-4622-3.
- WITTGENSTEIN, Ludwig: *Una conferencia sobre la ética*, trad. Alejandro Tomasini Bassols, México, UNAM, Instituto de investigaciones filosóficas, 2005. (*Cuaderno de crítica*, 51), p. 23, ISSN 0185-2604.

Seguridad jurídica y sobrerregulación europea en materia de comercialización de productos y servicios financieros

Covadonga DÍAZ LLAVONA

Profesora Ayudante Doctora – Área de Derecho Mercantil – Universidad de Oviedo

cdllavona@uniovi.es

El objetivo de esta comunicación no es otro que el de realizar una pequeña reflexión acerca de la situación de sobrerregulación que se está produciendo en los últimos años en materia de exigencias de información a suministrar al consumidor en el ámbito de la comercialización de productos y servicios financieros, y los riesgos que de tal situación pueden derivarse tanto para la seguridad del tráfico, como para la protección de los derechos de los destinatarios de estas prestaciones.

En un mercado de comprensión especialmente difícil para los no expertos en la materia como es el financiero, se plantea como fundamental la protección de los intereses de los consumidores o de los inversores minoristas,¹ y así lo han entendido las Instituciones Europeas, que desde sus primeros pasos han mostrado preocupación por atender a esta cuestión.

Como se ha señalado, el interés por la protección de los intereses de los consumidores en este concreto ámbito no es nueva. Sin embargo, desde los años 2005 y 2006 y, sobre todo, en la etapa posterior al estallido de la crisis financiera mundial –momento en el que se pusieron de manifiesto con especial nitidez ciertos fallos en los procesos de distribución y venta al cliente, derivados en buena parte de los casos de un déficit en la información recabada y transmitida al consumidor–, hemos asistido a un aluvión de reformas y nuevos proyectos normativos europeos en materia financiera, uno de cuyos objetivos principales ha sido precisamente poner fin a las irregularidades observadas en las prácticas financieras llevadas a cabo en los años precedentes.

Las distintas iniciativas normativas emprendidas desde la UE perseguían dos objetivos capitales:

¹ Son estos conceptos que la regulación relativa a los subsectores financieros de la banca y seguros, por un lado, y la actividad de inversión, por otro, emplean para hacer referencia al mismo tipo de cliente no experto. Ya el mero empleo de una terminología diversa para aludir a un mismo fenómeno pone de manifiesto la falta de coordinación entre los distintos instrumentos normativos a que haremos referencia a lo largo del texto.

Por un lado, garantizar que se proporcione al cliente la información que le resulte verdaderamente relevante acerca de los productos que adquiere y las condiciones en las que los adquiere, de modo que se le permita formarse una opinión fundada y valorar las distintas opciones disponibles en el mercado –sobre la base de características susceptibles de comparabilidad– con el fin de dotarle de las herramientas adecuadas para adoptar la decisión más ajustada a su perfil.²

Y, por otro lado, llevar a cabo una labor de armonización de la regulación a nivel europeo –que ya se había iniciado en normas previas, en muchos casos– en una materia en la que, al menos parcialmente, no se ha alcanzado aún el mercado único.³

Pues bien, a fin de lograr estos objetivos, en los últimos 10 años –o incluso menos– se han aprobado, entre otras, las siguientes normas, todas ellas con sus correspondientes secciones de información a suministrar al consumidor:

Cabe hacer referencia en primer lugar a la Directiva 2009/138/CE, conocida como Solvencia II, que articula un nuevo sistema –que rompe radicalmente con el precedente– en relación a la determinación de los recursos propios de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que tendrán en cuenta a partir de ahora los riesgos verdaderamente asumidos por cada entidad y la gestión prevista de los mismos. A pesar de tratarse de una norma de supervisión, en sus artículos 183 y siguientes, impone ciertas obligaciones de información al cliente que vaya a suscribir algún contrato de seguro con ellas, en relación a cuestiones como la información relativa a la empresa que presta el servicio, al contenido del contrato o a los riesgos que puedan derivarse del mismo para el consumidor.

La Directiva 2014/65/UE, la llamada Directiva MiFID II, relativa a los mercados de instrumentos financieros y que supone una evolución respecto de la precedente Directiva MiFID I, recoge en sus artículos 24 y siguientes requerimientos de

² No se trata, por tanto, de garantizar que adopte la decisión adecuada para él, sino de dotarle de las herramientas que le permitan llegar a tal resultado, lo alcance o no finalmente. Removidos los obstáculos debe, a mi juicio, confiarse en la libertad y autonomía de decisión del consumidor, y en su capacidad para escoger las mejores opciones.

³ Debe advertirse, no obstante, que la dificultad para lograr el mercado único no deriva en muchos casos solamente de las diferencias normativas sino de las propias características del subsector afectado. Es el caso de la actividad aseguradora, cuyo ejercicio transfronterizo presenta mayores dificultades por la estrecha conexión que la regulación y los contratos mantienen con el lugar de residencia del tomador o el asegurado, o con el lugar en el que se encuentre el interés protegido frente al riesgo. En cualquier caso, sin duda una regulación homogénea a nivel europeo contribuiría a reducir las diferencias y las dificultades de actuación más allá de cada mercado nacional.

información a suministrar al cliente, como la identidad de la empresa de servicios de inversión de que se trate, el tipo de asesoramiento que se le va a proporcionar, las características de los productos, u otros datos como los costes y gastos asociados al contrato o los riesgos inherentes a la operación.

Junto a ellas, en el mismo año salía adelante la Directiva CARRP o Directiva Hipotecaria (2014/17/UE), de contratos de crédito celebrados con consumidores para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial, que impone también sus correspondientes deberes de información al cliente en los artículos 10 y siguientes, e incorpora como anexo II, un modelo de la llamada Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que permite estandarizar los datos a suministrar al consumidor con carácter previo a la celebración de los correspondientes contratos.

No puede dejar de hacerse referencia tampoco al Reglamento PRIIPS (UE) 1286/2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros, que establece también ciertas reglas uniformes en relación al contenido del llamado Documento de Datos Fundamentales (KID, por sus siglas en inglés), que deberá entregarse al cliente con carácter previo a la celebración de cualquier negocio que tenga por objeto productos de inversión minorista vinculados o basados en seguros.⁴

Como norma más reciente, en enero de 2016 se aprobaba la Directiva (UE) 2016/97, sobre la distribución de seguros, que sustituye a la precedente Directiva 2002/92/CE, en cuyos artículos 17 y siguientes se regula la información precontractual a suministrar al cliente como paso previo a la celebración de un contrato de seguro. Se requiere la comunicación de datos, no solo en relación al intermediario que esté mediando en el contrato (identificación, naturaleza de la remuneración percibida, prestación o no del servicio de asesoramiento), sino también, como novedad respecto del texto europeo previo, en relación al propio producto de seguro. Si bien para los seguros de vida las menciones son más reducidas, y tal información se complementará con la más extensa prevista en la Directiva Solvencia II, para los seguros distintos del de vida se prevé otro documento normalizado (el IPID, por sus siglas en inglés), en el que se suministrarán al cliente datos sobre el seguro, sus condiciones, exclusiones o costes.

⁴ Valores expuestos directa o indirectamente a fluctuaciones del mercado, como fondos de inversión, valores y depósitos a plazo estructurados, o productos de seguro con elementos de inversión.

Vemos, por tanto, cómo todas ellas inciden de un modo u otro en la información que deberá suministrarse al cliente, con frecuencia en relación al mismo producto. Las mayores dificultades surgen del hecho de que, a pesar de referirse a materias estrechamente relacionadas entre sí, todos estos textos normativos se han tramitado de forma totalmente separada y paralela, lo que ha dado lugar a un entramado legislativo complejo y en muchos casos confuso (en determinados aspectos se ha llegado incluso a soluciones normativas distintas según el subsector, como ocurre con la venta cruzada de prestaciones, que recibe un tratamiento distinto en MiFID II, que en la Directiva 2014/17/UE o en la nueva Directiva de Distribución). Con base en cada una de estas normas ha de suministrarse al cliente una información precontractual muy similar, pero no igual, agravándose además esta situación por el hecho de que los formatos escogidos para la presentación de los datos varía en cada caso, con las consiguientes dificultades a la hora de emplear esta información para realizar una valoración de las distintas ofertas disponibles en el mercado.

La gravedad de esta realidad, observable como vemos en los distintas parcelas de la actividad financiera, se puso de manifiesto hace ya algunos meses por parte de la federación europea de las patronales de seguros –*Insurance Europe*– en relación al concreto caso de la comercialización de productos de seguro con elementos de inversión. Así, conforme a un estudio realizado por la propia federación, un consumidor que adquiriera hoy un producto de inversión basado en seguros recibiría 75 datos de información precontractual. Sin embargo, teniendo en cuenta las exigencias contempladas en el Reglamento PRIIPS, en Solvencia II y en la Directiva de Distribución, el número de datos de información se elevaría hasta los 147 (incluyendo además duplicidades más o menos exactas).

En fin, partiendo de lo expuesto hasta el momento, podría ponerse en duda que vaya a lograrse finalmente el objetivo inicial perseguido por todas estas nuevas normas, que no era otro que dotar al consumidor de seguridad y confianza a la hora de participar en el mercado financiero mediante el suministro a aquel de información pertinente y suficiente pero no excesiva. La entrega de una cantidad de información desproporcionada, en formatos variados y con datos que se facilitan varias veces con tratamientos distintos y desde diferentes perspectivas no solo no conseguiría tal objetivo, sino que podría llegar a producir un efecto contrario al deseado y, en

definitiva, una situación de desprotección para el consumidor que se ve ahora abrumado por un exceso de información innecesaria y compleja que no sabe gestionar sin que, además, pueda alegar ya la falta de información que hasta ahora ha permitido declarar nulas por abusivas numerosas cláusulas contractuales incorporadas a operaciones de naturaleza financiera.

Pero la situación resulta aún más grave si se tienen en cuenta otros dos factores:

Por un lado, no debe olvidarse que, en buena parte de los casos estamos ante Directivas, instrumentos normativos europeos de fines, que dejan libertad a los Estados miembros en cuanto a los medios para alcanzarlos, y que permiten, por tanto, cierto margen de actuación a cada ordenamiento nacional a la hora de poner en marchas las medidas recogidas en los textos europeos. Es posible además, con frecuencia, la inclusión de medidas más graves y estrictas a nivel nacional, mediante el uso de la técnica –lícita– de *goldplating* de las normas europeas.

Y por otro lado, cada uno de los Estados miembros cuenta ya con sus propias disposiciones en materia de comercialización de productos financieros, y con sus propios requisitos en cuanto a la información precontractual, situación que debe vigilarse muy de cerca para evitar contradicciones con los textos de transposición y, sobre todo, una duplicidad aún mayor.⁵

Como advertíamos al comienzo, la finalidad de esta comunicación se reduce a poner de manifiesto esta situación en un momento como el actual, en el que muchas de estas normas están siendo transpuestas a los ordenamientos nacionales y en el que está teniendo lugar también la labor de desarrollo de las disposiciones europeas principales por parte de los distintos supervisores europeos en materia financiera, que cristalizarán en la adopción de actos delegados por parte de la Comisión Europea. La orientación que se dé a todas estas previsiones podría aún resolver el conflicto o, por el contrario, agravar la situación y conducir a que el efecto de las medidas adoptadas quede notablemente reducido.

⁵ En España, disponemos, entre otras, de la Orden Ministerial de 2015 sobre información y clasificación de productos financieros, de un proyecto de circular de la CNMV sobre los productos no cubiertos por la Orden. Pero encontramos ordenamientos en los que la situación es más grave, pues en ellos el legislador nacional se ha desmarcado por completo del régimen general, con disposiciones mucho más estrictas, como ocurre con la comercialización de productos bancarios y de seguros en Francia, Italia o Bélgica.

La acción popular como instrumento de acceso a la justicia en el derecho comparado

Laura ÁLVAREZ SUÁREZ

Universidad de Oviedo

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto de estudio la acción popular, institución muy controvertida en los países europeos desde sus orígenes, de hecho, solo se conserva en el ordenamiento jurídico español, aunque parte de la doctrina entiende que habría que suprimirla del sistema para erradicar su ejercicio abusivo. Este debate se traslada a Iberoamérica donde a pesar del esfuerzo del Código Procesal Penal Modelo para establecer uniformidad en los estados Iberoamericanos, los sistemas de acusación son muy heterogéneos, reflejando, de nuevo, la complejidad que conlleva regular el proceso penal, y en concreto, quién o quiénes deberían ejercer la acción penal.

ABSTRACT: This work has as object of study the popular action, a very controversial institution in European countries since its origins, in fact it is only preserved in the Spanish legal system, although part of the doctrine understands that it should be removed from the system to eradicate its abusive exercise. This discussion moves to Latin America where despite the efforts of the Code of Criminal Procedure Model to establish uniformity in the Latin American states, the systems of accusation are very heterogeneous, reflecting again the complexity that entails regulating the criminal process, and specially, who or who should prosecute.

A través de la acción popular cualquier ciudadano, sin ser ofendido ni perjudicado por el delito, puede intervenir como parte en un proceso, ejercitando la acción penal. Se trata de un instrumento con una larga trayectoria histórica en el ordenamiento jurídico hispano, presente ya en las *Partidas* y en la provisional LECrm de 1872 en idénticos términos a los que hoy se encuentra en el ordenamiento procesal. Actualmente, cuenta con apoyo constitucional en el artículo 125 de nuestra Carta Magna, los artículos 19, 20 y 406 de la LOPJ prevén algunos de sus aspectos esenciales, constituyendo su regulación básica los artículos 101, 102 y 270 de la LECrm. 1882. En este sentido, el artículo 270 LECrm. establece que «todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular». Esta institución siempre ha sido muy controvertida, pero hoy en día el debate jurídico está más vivo que nunca entre quienes defienden la supresión de esta institución

del Ordenamiento para evitar abusos, mientras que otra parte de la doctrina entiende que es el único mecanismo de control del Ministerio Público ante posibles injerencias del poder ejecutivo.

Con ocasión de este Congreso, realicé un estudio en los países de Iberoamérica sobre la acción popular. Como punto de partida, tomé el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que en su artículo 78, prevé la posibilidad de que los estados de Iberoamérica, reconozcan la querrela en los delitos de acción pública mediante dos instrumentos. De un lado, permitiendo que cualquier ciudadano con capacidad civil intervenga en delitos que afecten a intereses colectivos o cometidos con abuso de la autoridad pública; y de otro lado, otorgando legitimación para querrellarse a determinadas asociaciones en aquellos delitos que afecten a intereses colectivos siempre que la persecución penal se vincule con el objeto de la asociación. Cabe destacar que, el Código Modelo establece un marco orientativo a los efectos de conseguir uniformidad, pero los estados no están obligados a implantarlo.

En este sentido, no se puede olvidar que regular el proceso penal conlleva una gran complejidad, debido a los intereses que entran en juego como, por ejemplo, quién va a ejercer la acusación, la intervención de la víctima, la protección de intereses supraindividuales, etcétera. Quizás por esta razón el Código Procesal Penal Modelo no tuvo la notable influencia del Código Procesal Civil Modelo en los países Iberoamericanos. De forma que, en Iberoamérica nos encontramos con estados que establecen que la acción penal es exclusivamente pública y su titular el Ministerio Público, aunque excepcionalmente permiten la participación o el ejercicio por parte del ofendido o la víctima;¹ otros que reconocen una mayor capacidad de control de la víctima en los delitos de acción pública y la acción privada;² y por último, estados que permiten querrellarse en delitos de acción pública a personas que no tienen la condición de víctima u ofendido y determinadas asociaciones si el delito afecta a sus intereses colectivos.³ En consecuencia, podemos observar que el escenario es bastante variopinto, máxime si tenemos en cuenta que no es infrecuente encontrar que una misma figura es

¹ Como casos ejemplificativos, Colombia (artículos 66 y ss. CPP Colombia) y México (Arts. 426 y ss. CPP México)

² Este es el caso de Argentina (Arts. 5 y ss. CPP Argentina), de Ecuador (Arts. 32 y ss. CPP Ecuador).

³ Como por ejemplo Guatemala (Arts. 116 y 117 CPP Guatemala), Costa Rica (Arts. 75 y 70 CPP Costa Rica), Chile (Art. 111 CPP Chile), Nicaragua (Art. 51 CPP Nicaragua), El Salvador (Art. 107 CPP El Salvador), Venezuela (Arts. 121 y 119 CPP Venezuela) y Bolivia.

delimitada de maneras muy diferentes en cada ordenamiento, como sucede con el ofendido.

Teniendo en cuenta el riesgo que supone hacer una agrupación como la anterior debido a los matices que presentan las distintas legislaciones procesales estudiadas. A continuación, expondré brevemente las particularidades de algunos estados iberoamericanos dependiendo del régimen de acción penal que han establecido, puesto que, aunque algunos coinciden con carácter general en el modelo de acusación, como es lógico, cada estado presenta sus especialidades.

En primer lugar, como estados dónde la acción penal es pública, aunque excepcionalmente permiten la participación o ejercicio de la víctima, se encuentran Colombia y México.

En Colombia «la Fiscalía General de la Nación está obligada a ejercer la acción penal y a realizar la investigación».⁴ No obstante, hay un amplio elenco de delitos⁵ en los que la querrela es una condición de procesabilidad⁶ de la acción penal, lo que significa que cuando se trate de alguno esos delitos para iniciar la acción penal es necesario la presentación de querrela. En este sentido, la querrela únicamente puede ser presentada por el sujeto pasivo del delito,⁷ de acuerdo con el artículo 71 CPP Colombia. Asimismo, la norma procesal colombiana entiende como sujetos pasivos del delito o víctimas a «las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún *daño directo* como consecuencia del injusto».⁸

De otro lado, en México la acción penal corresponde también al Ministerio Público, pero puede ser ejercida por los particulares que tengan la condición de víctima u ofendido en determinados supuestos y si cumplen ciertas condiciones. El CPP de México conceptúa como víctima⁹ «al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su

⁴ Artículo 66 CPP Colombia.

⁵ El artículo 74 CPP Colombia fija una amplia gama de delitos en que es necesario querrela, entre ellos, la «inducción o ayuda al suicidio», el «maltrato mediante la restricción a la libertad física», la «inasistencia alimentaria», la «emisión y transferencia ilegal de cheques», el «abuso de confianza», el «acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones» y la «falsa autoacusación».

⁶ El artículo 70 CPP Colombia dispone que «la querrela y la petición especial son condiciones de procesabilidad de la acción penal»

⁷ El Art. 71 CPP Colombia prevé también, que la querrela se presentará si se trata de un incapaz o una persona jurídica por su representante legal; y si el querellante legítimo ha fallecido por sus herederos.

⁸ Artículo 132 CPP Colombia.

⁹ El artículo 108 del CPP de México establece el concepto de víctima.

persona la afectación producida por la conducta delictiva», y considera ofendido, «a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito».¹⁰ De acuerdo con lo anterior, las víctimas u ofendidos pueden ejercer la acción penal en los «delitos perseguibles por querrela, cuya penalidad sea alternativa, distinta de la privativa de libertad o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años».¹¹ Como condición para que puedan acudir directamente ante el Juez de control se les exige que cuenten con los antecedentes que permitan establecer que «se ha cometido el hecho que la ley señala como delito y que exista probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión».

En segundo lugar, Ecuador y Argentina son un ejemplo de estados iberoamericanos en una posición intermedia, al dar una mayor capacidad de control a la víctima en las acciones públicas y reconocer la acción privada, aunque no reconocen la legitimación para interponer querrela a personas que no sean las víctimas u ofendidos.

El CPP de Ecuador clasifica las acciones como «pública de instancia oficial», «pública de instancia particular» y «privada».¹² De forma, que el ejercicio de la acción penal pública corresponde exclusivamente al Fiscal, pero el ejercicio de la acción pública de instancia de particular solo procede previa denuncia del ofendido; en cambio, la acción privada le corresponde únicamente al ofendido.¹³ De acuerdo con código procesal solo puede proponer acusación particular el «ofendido».¹⁴ No obstante, el artículo 68 del CPP de Ecuador establece un concepto muy amplio de ofendido al disponer que:

Se considera ofendido:

1. Al directamente afectado por el delito, y a falta de este a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

¹⁰ De acuerdo con el apartado 2 del artículo 108 del CPP México, en los delitos que tengan como consecuencia la muerte de la víctima o en el caso en que esta no pudiera ejercer personalmente sus derechos, se considerarían ofendidos, en el siguiente orden, el o la cónyuge, la concubina o concubinario, el conviviente, los parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima.

¹¹ Artículo 428 CCP México, donde se establecen los supuestos y condiciones en los que procede la acción penal por particulares.

¹² Artículo 32 CPP Ecuador, sobre la clasificación de las acciones.

¹³ Artículo 33 CPP Ecuador sobre el ejercicio.

¹⁴ Artículo 52 CPP Ecuador, apartado 1.º.

2. A los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la administren o controlen;
3. A las personas jurídicas, en aquellos delitos que afecten a sus intereses;
4. A cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos; y,
5. A los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

En esta línea, en Argentina todas las acciones penales deben de iniciarse de oficio por el Ministerio Fiscal, excepto las públicas que dependan de instancia privada, que no se pueden iniciar si las personas autorizadas no presentan denuncia,¹⁵ o las acciones privadas.¹⁶ De otro lado, la norma procesal declara que toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tiene derecho a constituirse en parte querellante, lo que implica que puede impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir.¹⁷ Además, también otorga capacidad para constituirse como parte querellante, en los procesos que se investiguen crímenes de lesa humanidad o graves violaciones de derechos humanos, a las asociaciones o fundaciones cuyo objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados.¹⁸

En último lugar, se encuentran aquellos estados que permiten querellarse en determinados delitos de acción pública a personas que no son los ofendidos u perjudicados y engloban dentro del concepto de víctima a asociaciones cuyo objeto se vincula directamente a intereses colectivos afectados por el delito. Algunos de los estados que han optado por seguir las pautas del Código Procesal Modelo son Guatemala, Costa Rica, Chile, Nicaragua, El Salvador, Venezuela y Bolivia. No obstante, no presentan una regulación homogénea, desplegando cada uno sus particularidades.

En lo que respecta a la acción popular, con carácter general, los códigos de estos estados disponen que en los delitos de acción pública podrán provocar la persecución

¹⁵ Artículos 5,6 y 8 CPP Argentina.

¹⁶ Son, entre otros, delitos de los que nace la acción dependiente de instancia privada las lesiones leves o el impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes (artículo 72 del Código Penal de Argentina). Por su parte, son delitos que dan lugar a acciones privadas, entre otros, calumnias o injurias, violación de secretos o concurrencia desleal (Art. 73 CP Argentina).

¹⁷ De acuerdo con el Art. 82 CPP Argentina.

¹⁸ Artículo 82 bis CPP Argentina.

penal, adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio, además de la víctima, cualquier persona o ciudadano en determinados delitos.

Del estudio de estas legislaciones se puede observar que, Guatemala¹⁹ y El Salvador²⁰ siguen la dirección establecida por el Código Modelo al reconocer legitimación para presentar querrela a «cualquier ciudadano o asociación de ciudadanos». No obstante, Costa Rica,²¹ Chile,²² Nicaragua²³ y Venezuela²⁴ se refieren en sus códigos procesales a «cualquier persona». Esto implica que los primeros reconocen legitimación a cualquier persona física, siempre que detente la condición de ciudadano de acuerdo con su derecho nacional y, a cualquier asociación o persona jurídica que esté formada, aunque sea parcialmente, por ciudadanos. Sin embargo, los segundos hacen referencia a un término más general, que englobaría a todas las personas físicas y jurídicas que pretendan intervenir como acusadores particulares, no siendo necesario que revistan la condición de ciudadanos según su derecho nacional, bastaría con que tuvieran la condición de «personas». En el caso de Chile, sí que restringe un poco más la posibilidad de querellarse al referirse «a cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia».

De otro lado, los delitos de acción pública en los que puede intervenir cualquier ciudadano o persona varían dependiendo del estado en que nos encontremos. De acuerdo, con lo establecido en el Código Modelo, con carácter general, los estados estudiados reconocen expresamente acusación popular cuando se trata de delitos cometidos por funcionarios públicos, ya sea porque hayan abusado de su cargo o porque hayan vulnerado derechos fundamentales. No obstante, solo los Códigos de Costa Rica y El Salvador coinciden con el Código Modelo al reconocer legitimación para actuar en delitos que lesionan intereses difusos. Por su parte, Chile reconoce legitimación a cualquier persona en los «delitos terroristas» mientras que El Salvador en los delitos

¹⁹ El artículo 116 CPP Guatemala, otorga legitimación para iniciar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada del Ministerio Público «a cualquier ciudadano o asociación de ciudadanos».

²⁰ El Salvador confiere capacidad para querellarse a «todo ciudadano o cualquier asociación de ciudadanos, legalmente constituida», de acuerdo con el artículo 107 de su CPP, último apartado.

²¹ El artículo 75 CPP Costa Rica, otorga capacidad para querellarse «a cualquier persona».

²² El CPP de Chile permite querellarse a «cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia».

²³ El artículo 51, apartado 4.º, del CPP de Nicaragua, dispone que puede ejercer la acción penal «cualquier persona, natural o jurídica».

²⁴ El artículo 121 CPP de Venezuela, último apartado, sanciona que «la Defensoría del Pueblo y cualquier persona natural o asociación de defensa de los derechos humanos podrán presentar querrela».

«contra el ejercicio del sufragio». Por último, Nicaragua reconoce la acción popular en todos los delitos de acción pública, lo que sin duda deja un amplio margen de actuación.

El segundo instrumento que utilizan algunas de las legislaciones de Iberoamérica para extender la legitimación en delitos de acción pública, consiste en englobar dentro del concepto de víctimas a las asociaciones cuyo objeto se vincule directamente a intereses colectivos afectados por el delito. Esto implica que van a gozar de los derechos que se le reconocen a la víctima, de acuerdo con la normativa correspondiente dependiendo del estado en que nos encontremos, ya que el elenco de derechos previstos para víctima también varía según la legislación. No obstante, con carácter general, todos los estados reconocen a las víctimas el derecho a promover la acción penal mediante querrela en los delitos de acción pública. En este sentido, confieren la condición de víctima a estas asociaciones, entre otros estados, Guatemala,²⁵ Costa Rica,²⁶ Venezuela,²⁷ El Salvador²⁸ y Bolivia.

El caso de Bolivia, es un ejemplo de un estado que no reconoce la legitimación de aquellas personas que no hayan sido perjudicadas u ofendidas por el delito, pero, sin embargo, establece un concepto muy amplio de «víctima», en el cual engloba a estas asociaciones.²⁹

Cabe destacar que, Alberto Bovio³⁰ entiende que la intervención de las asociaciones tiene como finalidad brindar legitimación a sujetos que tienen mayores

²⁵ El artículo 117 CPP guatemalteco considera agraviado también a «la víctima afectada por la comisión del delito», de otro lado, «al cónyuge, a los padres y a los hijos de la víctima y a la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito», y, por último, «a los representantes de una sociedad por los delitos cometidos contra la misma y a los socios respecto a los cometidos por quienes la dirijan, administren o controlen».

²⁶ El artículo 70, apartado d, del CPP de Costa Rica, introduce dentro de la definición de víctima «a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses».

²⁷ Venezuela entiende que son víctimas las «asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito», de acuerdo con el artículo 119, de su CPP.

²⁸ El Salvador conceptúa como víctimas «a las asociaciones, en aquellos delitos que afecten a intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses», artículo 105 CPP El Salvador.

²⁹ El artículo 76 CPP de Bolivia considera víctimas a «las personas directamente afectadas por el delito»; «al cónyuge o conviviente, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, al hijo o padre adoptivo y al heredero testamentario en los delitos en los que el resultado sea la muerte del ofendido»; «a las personas jurídicas en los delitos que les afecten», y por último, a «las fundaciones y asociaciones legalmente constituidas, en aquellos delitos que afecten a intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la fundación o asociación se vincule directamente con estos intereses».

³⁰ Bovino, A., «El querellante en los delitos de acción pública en algunos códigos latinoamericanos», pág. 17. Texto disponible en:

recursos que los particulares y que, además, invisten más aptitudes técnicas que el acusador estatal para intervenir como representante del interés objeto de la organización; así como, que tanto la acción popular como la intervención de las asociaciones tienen como propósitos fundamentales, ser un instrumento de control de la eficiencia de la función persecutoria del acusador estatal, y, favorecer la participación ciudadana en la administración de justicia penal.

Conclusiones

I. La acción popular es una institución con una larga trayectoria en España. No obstante, siempre ha sido objeto de críticas y ovaciones por parte de la doctrina, hoy día a la luz de determinados casos que han sido muy polémicos, el debate jurídico es más impetuoso que nunca, pero casi todas las cuestiones que se debaten no son nuevas, sino que ya se discutían desde los orígenes de la institución.

II. Al observar los ordenamientos de los estados de Iberoamérica, tomamos conciencia que la cuestión tampoco es pacífica. Pues, a pesar del esfuerzo del Código Modelo Procesal Penal para establecer un marco uniforme, nos encontramos con que los estados presentan modelos de acusación totalmente distintos. Lo que sin duda, pone de manifiesto, otra vez, lo complejo que es determinar quién o quiénes pueden ejercer la acción penal, discusión presente en el ordenamiento español desde hace siglos.

III. Aunque hay legislaciones en Iberoamérica que, *a priori*, parecen muy restrictivas, al observarlas con detenimiento no lo son tanto. Este es el caso de Colombia, que establece que la acción penal es pública y su titular el Ministerio Fiscal, sin embargo, establece un amplio elenco de delitos en los que la querrela es un requisito de procesabilidad de la acción penal. En este sentido, Ecuador no permite que personas que no detentan la condición de ofendido propongan acusación particular, pero, sin embargo, establece un concepto muy amplio de «ofendido».

IV. Asimismo, nos encontramos con preceptos que establecen conceptos o términos muy amplios. Lo que podría conllevar, además de problemas de interpretación,

http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37504280/49._Querellante.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1486373682&Signature=FSDphxyfVr2hwnjL%2B0iKiddmPkk%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DEl_querellante_en_algunos_codigos_de_Ame.pdf (último acceso noviembre 2016).

que los Tribunales se excedieran de sus competencias, pasando a cumplir una función más legisladora que interpretativa, como está ocurriendo en España.

V. Entiendo que algunos estados establecen una legitimación demasiado amplia al determinar que «cualquier persona» puede presentar querrela en ciertos delitos, pues se está abriendo la veda a que puedan intervenir en el proceso hasta personas que estén de paso en el país (turistas), lo que sin duda podría dificultar gravemente el desarrollo del proceso. No obstante, sería necesario estudiar la realidad social de cada estado y si se hace de esta institución un ejercicio abusivo.

VI. Parece que en Iberoamérica el fundamento último de la acción popular y de la intervención de las asociaciones como víctimas en el proceso, es ejercer una función de control sobre el Ministerio Público y favorecer la participación ciudadana en la administración de justicia. En España, la doctrina está dividida entre los que entienden la acción popular como un mecanismo de control del fiscal y, los que defienden que es una forma de participación democrática. Quizás el problema de la acción popular, radique en su fundamento, en que todavía no se tiene claro cuál de los dos es y, ni siquiera si alguno de ellos es el que debería de justificar la acción popular, en consecuencia, para llegar a un consenso se debería de empezar por determinar el fundamento de la institución.

Datos de contacto:

Correo electrónico: lauraalvarezsuarez21@gmail.com

FRACKING, VULNERACIÓN AL DERECHO HUMANO AL AGUA

Tanya Sarai FUENTES GONZÁLEZ
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Sumario: Introducción. 1. Concepto de Estado de Derecho. 1.1 Derechos y obligaciones en el Estado de Derecho. 2. Dimensión Panorámica. Reforma Energética y Derechos Humanos. 2.1 Contraposición del Estado de Derecho y la implementación del *fracking*.

RESUMEN

El artículo 1.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos enuncia una serie de obligaciones generales que debe observar para el efectivo cumplimiento de los derechos humanos; sin embargo, estos se han visto vulnerados con la introducción de técnicas para la extracción de hidrocarburos no convencionales como la fractura hidráulica o *fracking*.

En este ensayo se aborda la problemática por la cual el derecho humano al agua reclama un marco normativo que garantice su vigencia ya no solo frente a los poderes públicos tradicionales, sino sobre todo frente a los poderes privados involucrados en la explotación y manejo de este recurso vital.

ABSTRACT

Article 1.º of the Political Constitution of the United Mexican States sets out a series of general obligations that must be observed for the effective fulfillment of human rights; however, these have been violated with the introduction of techniques for the extraction of unconventional hydrocarbons such as hydraulic fracture or fracking.

This essay addresses the issue whereby the human right to water demands a normative framework that guarantees its validity not only in relation to traditional public powers, but above all in relation to the private powers involved in the exploitation and management of this vital resource.

PALABRAS CLAVE: fractura hidráulica, derecho humano al agua, Estado de Derecho, Reforma Energética.

KEY WORDS: *fracking, water rights, Rule of Law, Energy Reform.*

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo enfoca la dimensión actual de la Reforma Energética que se llevó a cabo en México en dos mil trece, en contraste con los derechos y obligaciones que el Estado Mexicano a través de todas sus autoridades (ejecutivas, legislativas, judiciales o las que pertenezcan a algún órgano constitucional autónomo) en el ámbito de sus competencias deberán observar, para hacer efectivos los derechos humanos (en el caso de este trabajo, se le da prioridad al del agua); asimismo, se analiza la inconveniencia e incompatibilidad de estos frente a técnicas para la extracción de hidrocarburos no convencionales tales como la fractura hidráulica, también conocida como *fracking*.¹

1. Concepto de Estado de Derecho

La Organización de las Naciones Unidas, a través del vicesecretario general Jan Eliasson, se manifestó con respecto al concepto de Estado de Derecho, el cual de manera literal se refiere como:

(...) un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos.²

En otras palabras, la definición sugiere que el Estado de Derecho es un principio basado en el sometimiento a las leyes congruentes con la noción derechohumanista de la ciencia jurídica.

¹ La fractura hidráulica o *fracking* es una técnica para extraer gas natural de yacimientos no convencionales, consiste en explotar el gas acumulado en los poros y fisuras de ciertas rocas sedimentarias estratificadas de grano fino o muy fino, generalmente arcillosas o margosas, cuya poca permeabilidad impide la migración del metano a grandes bolsas de hidrocarburos. Para ello es necesario realizar cientos de pozos ocupando amplias áreas (la separación entre ellos ronda entre 0,6 a 2 km) e inyectar en ellos millones de litros de agua cargados con un coctel químico y tóxico para extraerlo. Consultable en: <http://nofrackingmexico.org/>, consultado el 15 de octubre de 2016.

² Organización de las Naciones Unidas, La ONU y el Estado de Derecho, disponible en: <http://www.un.org/es/ruleoflaw/> <http://www.un.org/es/ruleoflaw/>, consultado el 14 de julio de 2016.

1.1 Derechos y Obligaciones en el Estado de Derecho

Propiamente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos acoge las obligaciones del Estado Mexicano en su artículo 1.º, cuyo párrafo tercero refiere lo siguiente:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.³

En esta tesitura, los derechos humanos imponen al Estado las siguientes obligaciones: promover, respetar, proteger y garantizar.

En el marco de la observación número 15 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dichas obligaciones implican en lo que refiere al derecho humano al agua, lo siguiente:

1. Promover: Proveer a todas las personas de la información necesaria para asegurarse que sean capaces de disfrutar el derecho humano al agua, por ejemplo, difundiendo información adecuada del uso higiénico del agua, métodos para reducir su desperdicio, formas de protección de fuentes hídricas, etcétera.

2. Respetar: Abstenerse de obstaculizar el ejercicio, esto es, que tanto las autoridades en su respectivo nivel o función como los particulares no deben interferir con el ejercicio del derecho al limitar el acceso al agua o contaminarla.

3. Proteger: Prevenir posibles violaciones, estableciendo medidas pertinentes para impedir que terceros (particulares, empresas o cualquier entidad) obstaculicen el disfrute del derecho al agua o que exploten de forma inequitativa dicho recurso.

4. Garantizar: Es la obligación que el Estado tiene para mantener el pleno ejercicio del derecho humano al agua, así como su reestablecimiento en caso de que exista alguna violación a este.

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consultada en <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>, consultada el 6 de enero de 2017.

2. Dimensión Panorámica. Reforma Energética y Derechos Humanos

En el 2013 se llevó a cabo la Reforma Energética en México. Esta implicó tanto una reforma constitucional; como la aprobación de diversas leyes, entre las cuales se encuentra la Ley de Hidrocarburos, que para efectos del presente ensayo es sumamente importante, ya que da cabida a la extracción de hidrocarburos no convencionales por medio del fracking.

Dicha práctica es sumamente agresiva e invasiva, trae aparejados diversos efectos jurídicos y sociales que no están previstos en los cuerpos normativos medioambientales y no tiene congruencia con los derechos humanos.

En lo que atañe a la Ley de Hidrocarburos, el numeral 96, establece que: «la industria de hidrocarburos es de utilidad pública y que la exploración y extracción es de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra actividad que implique el aprovechamiento de la superficie o el terreno de los terrenos afectos».

Un punto importante a considerar es que, dado lo previsto en la Ley de Hidrocarburos, el fracking tiene preferencia sobre cualquier otra actividad que implique el aprovechamiento de la superficie o subsuelo, con lo cual, se vulneran diversos derechos humanos de las comunidades cercanas a los lugares donde se pretende explotar dicha actividad, entre los que se pueden enunciar: una fuerte afectación a su derecho humano al agua en cuanto a consumo y saneamiento, seguido de despojo de sus propiedades y desplazamientos forzados. Cabe señalar que aunque no existiera tal preferencia expresa, debido al deterioro provocado por la explotación de hidrocarburos no convencionales por medio de la multicitada técnica, otras actividades económicas como la ganadería, agricultura o turismo resultan incompatibles.

Resulta conveniente establecer qué debe entenderse por derechos humanos. La doctrina se ha manifestado en múltiples ocasiones aún sin un consenso ni uniformidad acerca del concepto de derechos humanos; incluso hay corrientes críticas que han señalado que este término es redundante, ya que todos los derechos son resultado del intelecto humano y en ese sentido ya es implícito que son humanos.

Por su parte, la investigadora Eréndira Salgado Ledezma se ha manifestado con respecto al concepto de derechos humanos de la siguiente forma:

Son el conjunto de principios inherentes a lo que llamamos la naturaleza de la persona: facultades de actuar o disfrutar consustanciales a su naturaleza que no provienen de ley alguna, sino de la calidad y atributos

innatos a todo ser humano, que existen per se (...) tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Como son indispensables para el hombre que vive en una sociedad organizada se garantizan jurídicamente para asegurar su dignidad en los ámbitos: individual, social, material e individual. De forma convencional cuentan con protección internacional, de naturaleza coadyuvante o complementaria, de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.⁴

Se considera muy importante que Eréndira Salgado incluya la palabra «dignidad» que según estudios jurisprudenciales recientes se ha entendido de la siguiente forma: «la dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos».

La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) a través de su grupo de especialistas ha propuesto el siguiente concepto:

conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada (...) estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.⁵

En esta línea, la práctica de fracking es contraria a la «dignidad» del hombre, violenta la misma al no ser congruente con los derechos humanos reconocidos nacionalmente en la constitucional e internacionalmente en diversos tratados internacionales, por ejemplo, al contravenir al artículo 4.º constitucional, en cuanto al acceso, disposición y saneamiento del agua.

2.1 Contraposición del Estado de Derecho y la implementación del fracking.

Por una parte, el artículo 1.º de la constitución mexicana, establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la ella y en los tratados internacionales de los que México sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la

⁴ Salgado Ledezma, Érendira, *Manual de derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2011, p. 10.

⁵ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Los derechos humanos de los mexicanos. Un estudio comparativo*, México, CNDH, México, 1991, p. 14.

protección más amplia; asimismo, el artículo 4.º prevé que toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para el consumo personal y doméstico en forma suficiente, saludable y asequible.

Cabe señalar que por la misma naturaleza de la técnica mencionada, el agua se convierte en un recurso inutilizable, ya que esta se encuentra contaminada por diversos productos químicos y tóxicos, además de contaminarse aún más, con metales pesados, hidrocarburos e incluso sustancias radiactivas que se encuentran en el subsuelo; situación que resulta muy grave ya que en la actualidad no existen tratamientos eficaces para su manejo y saneamiento.

No sobra decir que entre las consecuencias conocidas generadas por la práctica del fracking se encuentran las siguientes:

1. Disminución en la disponibilidad de agua.
2. Contaminación de los cuerpos de agua.
3. Las sustancias utilizadas para las mezclas de perforación pueden causar cáncer y mutaciones.
4. Afectaciones al sistema endócrino y nervioso.
5. Impactos negativos en sectores como la ganadería y agricultura, ya que el fracking tiene preferencia sobre cualquier otra actividad económica, además de que estas son incompatibles por las consecuencias que dicha técnica trae aparejadas.
6. Aumento de sismos.

Como se ha mencionado, el fracking es una técnica sumamente contaminante, invasiva y extensiva particularmente de grandes extensiones de tierra y cuerpos hídricos; en el caso de México, se pretende realizar este tipo de explotación en la región del norte (principalmente en estados como Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas) sitio donde la disponibilidad del vital líquido es sumamente escasa; al respecto, dado que se requieren grandes cantidades de agua⁶ para que este proceso pueda llevarse a cabo ¿cómo puede el Estado mexicano compatibilizar las obligaciones jurídicas generales previstas en el artículo 1.º constitucional frente al derecho humano al agua y en general los derechos humanos con la explotación de hidrocarburos no convencionales por medio del fracking?

⁶ Según estudios realizados por la Alianza Mexicana Contra el *Fracking*, para la fracturación de un solo pozo se requieren entre 9 y 29 millones de litros de agua.

3. Hacia una solución.

Actualmente el derecho ambiental mexicano prácticamente descansa en un modelo administrativo sustentado en sanciones y medidas que no han dado como resultado una efectiva defensa de los derechos ambientales y el derecho humano al agua por sí mismo, entre los principales casos que llegan a tribunales contencioso-administrativos o judiciales se refieren a la legalidad o ilegalidad que se da al imponer sanciones y medidas de seguridad, por lo cual no se resuelven en realidad los problemas de fondo.

Al respecto, resulta importante plantearnos la pregunta que Antonio Azuela señala en su artículo *Una Aproximación Sociológica al Derecho Ambiental*:⁷ ¿las instituciones con las que contamos, se pueden hacer cargo de los problemas ambientales actuales?

Si bien es cierto que en México la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales en 2015 publicó la *Guía de Criterios Ambientales para la Explotación y Extracción de Hidrocarburos contenidos en Lulitas*,⁸ dicho documento carece de coercitividad dado que simplemente contiene una serie de criterios optativos y recomendaciones, motivo por el cual es urgente desarrollar la regulación y mecanismos necesarios que sean congruentes con la tutela de derechos humanos tales como al agua, a la salud, o a un medio ambiente sano, por citar algunos.

Ante la colisión de derechos que se plantea con el fracking y la demanda de agua para consumo personal y doméstico, la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera el uso doméstico como un asunto de seguridad nacional, por lo cual en atención a las obligaciones que debe observar el Estado mexicano, este, como punto de partida, debe dar a conocer sobre todo a las personas que se encuentran cerca de los lugares donde se pretende implementar el fracking, los mecanismos con los que cuentan para la adecuada defensa de su derecho humano al agua en caso de que sea transgredido.

La obligación de garantizar sin duda implica que el derecho humano al agua debe situarse sobre las necesidades de las actividades económicas. Dicha obligación debe materializarse en regulación específica sobre el manejo de los residuos generados por la multicitada práctica, uso y saneamiento de sus aguas residuales, medidas de control para el

⁷ Azuela, Antonio: *Visionarios y Pragmáticos. Una Aproximación Sociológica del Derecho Ambiental*, Fontamara/IISUNAM, México, 2006, p. 28.

⁸ Consultable en <http://biblioteca.semarnat.gob.mx/janium/Documentos/Ciga/Libros2011/CD001945.pdf>.

uso de sustancias peligrosas y prevención de los efectos en la salud y en el ambiente; en tanto no exista regulación adecuada debería imponerse una moratoria.

CONCLUSIONES

- El fracking es una técnica sumamente contaminante, invasiva y extensiva por la que se vulneran derechos humanos.
- Hay una necesidad legítima para replantear la legislación en materia ambiental con respecto al sector energético, ya que parece no existir congruencia entre las obligaciones que tiene el Estado mexicano para dar cumplimiento a los derechos humanos tutelados en la constitución y la permisón e inclusión de prácticas para la extracción de hidrocarburos no convencionales que resultan nocivas y poco viables.
- Considero que se debe de tomar en cuenta el manejo de la práctica del fracking en otros países y la experiencia de sus respectivos gobiernos para el efectivo cumplimiento de sus obligaciones; sin embargo, los datos extraídos de dichas experiencias, no deben aplicarse directamente en México ni en ningún país; cada lugar debe ser evaluado individualmente de acuerdo a sus características propias para saber la viabilidad de la implementación de la técnica del fracking.
- El Estado mexicano, debe destinar recursos suficientes para la implementación de energías alternativas que sean compatibles con el efectivo cumplimiento de las obligaciones del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, John (coord.): *Fracking, ¿Qué es y como evitar que acabe con México?*, México, Triant, 2016.

AZUELA, Antonio: *Visionarios y Pragmáticos. Una Aproximación Sociológica del Derecho Ambiental*, Fontamara/IISUNAM, México, 2006,

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos humanos de los mexicanos. Un estudio comparativo*, México, CNDH, 1991.

SALGADO LEDEZMA, Eréndira: *Manual de derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2011.

STEINES VEGA, Graciela C.: *Perspectiva de los derechos humanos y su aplicación en México*, UNAM, México, 1993.

VÁZQUEZ, Daniel y SERRANO Sandra: *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2013.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

Alianza Mexicana contra el *Fracking*, disponible en <http://nofrackingmexico.org/>.

Organización de las Naciones Unidas, La ONU y el Estado de Derecho, disponible en: <http://www.un.org/es/ruleoflaw/>.

Green Peace, Fractura Hidráulica para Extraer Gas Natural, disponible en:

http://www.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/cambio_climatico/Fracking-GP_ESP.pdf.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley de Hidrocarburos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Datos de contacto: tanyafuentes.g@gmail.com

NUEVAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN Y SU POSIBLE AFECTACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO

SANDRA RAIMÚNDEZ LÓPEZ

Profesora colaboradora de Derecho Procesal e Investigadora predoctoral

Universidad de Oviedo

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende examinar la figura del agente encubierto y su relación con los derechos fundamentales tras la modificación legislativa del año 2015. Para ello, en primer lugar, estudiaremos la clásica figura del agente encubierto y, con posterioridad, nos adentraremos en la figura del agente encubierto informático analizando sus requisitos y paradojas.

ABSTRACT

The main objective of the present research is to examine the figure of the «undercover agent» and its relation with the fundamental rights after the legislative amendment of 2015. For this purpose, at first we study the classical figure of the “undercover agent”. Then we go deeper and analyse the IT undercover agent, discussing on its requirements and paradoxes.

1. PLANTEAMIENTO, CONCEPTO Y LÍMITES CONSTITUCIONALES

Es fácil observar que la proliferación de la delincuencia organizada ha generado cierto nerviosismo en el legislador y es que ahora, con la reciente introducción de nuevas medidas de investigación, se encarga de controlar de forma bastante audaz la comisión de hechos delictivos.

La Comunicación que aquí se presenta tiene por objeto examinar la figura del agente encubierto¹ y analizar la polémica que se ha abierto tras la nueva redacción del precepto. Para ello, estudiaremos la figura del agente encubierto físico y, con

¹ Regulada en el artículo 282 bis de la LECrim y que fue introducido por primera vez a través de la LO 5/1999 de 13 de enero de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

posterioridad, analizaremos la figura del agente encubierto informático introducida por la reforma del año 2015 diferenciando entre los canales de comunicación abiertos y cerrados. Además, examinaremos las situaciones paradójicas (y que pueden hacer peligrar los derechos fundamentales) que se plantean con esta nueva figura.

En el ámbito internacional, la Convención de las Naciones Unidas de 15 de noviembre de 2000² contra la delincuencia organizada transnacional lucha frente a las organizaciones criminales e introduce, en el artículo 20, técnicas especiales de investigación entre las que se contemplan las operaciones encubiertas siempre que respeten los principios fundamentales de los Estados parte.

En nuestra regulación, el agente encubierto se regula en el artículo 282 bis LECrim y es un funcionario de la Policía Judicial³ que, previa autorización, obtiene una identidad falsa que le permite intervenir en la comisión de delitos sin encontrarse sujeto a ninguna clase de responsabilidad, sin embargo, para que pueda ponerse en marcha, es necesario que concurren varios requisitos que garantizan su correcta utilización.

A través de la modificación del precepto 282 bis LECrim podemos hablar de dos clases de agentes encubiertos (en adelante, AA. EE.): el físico y el virtual. Es importante tener en cuenta que existen grandes diferencias entre ellos y que les son aplicables requisitos sustancialmente distintos.

En primer lugar, el A. E. físico –a diferencia del virtual– solo puede existir en el ámbito de la delincuencia organizada. Esto implica que su utilización se encuentra restringida a supuestos muy concretos y que no puede usarse de forma indiscriminada. Es el propio artículo 282.4 bis LECrim el que determina que la delincuencia organizada consiste en la asociación de tres o más personas para cometer alguno de los delitos que se enumeran en el propio precepto⁴ (tales como tráfico ilícito de órganos humanos, secuestro de personas, prostitución, terrorismo, etcétera) de manera permanente o reiterada.

Otro de los requisitos previstos para los A. E. físicos (y que en los virtuales variará en función del canal de comunicación en el que nos encontremos) es que resulta

² BOE de 29 de septiembre de 2003.

³ Vid. Gómez de Liaño, Marta, «Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos», *La Ley*, n.º 6142, 2004, pág. 3 (consulta online el 5/12/16).

⁴ La regulación es taxativa, lo que implica que no puede usarse la figura para el conocimiento de delitos distintos a los regulados en el propio artículo. Cfr. Expósito López, Lourdes, «El agente encubierto», *Revista de Derecho UNED*, n.º 17, 2015, pág. 263 (consulta online el 6/12/2016).

imprescindible que medie autorización judicial otorgada directamente por el Juez instructor o por el Ministerio Fiscal (informando al Juez de manera inmediata) mediante resolución que exprese los motivos que la justifican. Para que pueda emitirse dicha resolución es necesario que existan indicios racionales de la comisión de un delito por una organización criminal⁵ que permitan a la Policía Judicial solicitar la adopción de la medida⁶ y que se prevea que solo mediante esta grave restricción de los derechos fundamentales es posible obtener los elementos probatorios de la comisión del delito⁷ pues se configura como una medida subsidiaria a otras menos gravosas⁸ e implica que es el Juez quien debe ponderar todos los intereses en conflicto para tomar una decisión acorde a Derecho.

La figura del agente encubierto puede afectar a varios de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 18 CE, como son, el derecho a la intimidad, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos.⁹ Es de sobra conocido por todos que los derechos fundamentales no son infinitos¹⁰ y por esto mismo se hace necesario determinar la línea que no pueden cruzar. Esta labor de concreción corresponde al Juez instructor, quien, en el momento en que se realiza la solicitud de adopción de la medida, debe realizar un juicio de proporcionalidad.

En la cara opuesta a la preservación y protección de los derechos fundamentales se encuentra el *ius puniendi* o derecho del Estado a penar y, en consecuencia, su derecho a investigar los hechos criminales que le permitan averiguar quiénes son los individuos penalmente responsables. Si bien resulta lógico que al Estado se le dote del derecho a poner en marcha los mecanismos de investigación suficientes que le sirvan para demostrar la comisión de hechos delictivos y, así, garantice la seguridad en su territorio, esto no implica –ni mucho menos– que pueda hacerlo de cualquier manera. Es necesario

⁵ Cfr. *ibidem*, pág. 262.

⁶ Cfr. *ibidem*, pág. 263.

⁷ Cfr. *ibidem*, págs. 263 y 264.

⁸ Así se deriva del propio precepto cuando establece en el punto 1 que «(...) podrán autorizar, a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta (...)».

⁹ Respecto de este último derecho, el Tribunal Constitucional lo consideró en un primer momento como una manifestación del derecho a la intimidad y posteriormente lo declaró un derecho fundamental independiente que exige su desarrollo a través de Ley Orgánica, y así queda explicado en el apartado «Informática» de la siguiente página web:

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2> (consulta online el 12/12/2016).

¹⁰ Cfr. Bastida Freijedo, F. J., Villaverde Menéndez, I., *et al.*, *Teoría General de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española de 1978*, 1.ª ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2003, págs. 120-123.

que justifique plenamente sus actuaciones porque la protección de los derechos fundamentales está en juego.

Decíamos que el derecho del artículo 18 CE es susceptible de límites en función de los fines que se persigan y para realizar una correcta valoración se utiliza el famoso test o juicio de proporcionalidad. Con él se busca verificar que las medidas limitativas impuestas a un derecho fundamental son idóneas, necesarias y proporcionadas.¹¹ De esta forma, en primer lugar, el Juez debe verificar la *idoneidad*. Este requisito exige que la medida sea adecuada al fin que se está persiguiendo y nos atrevemos a señalar que, en términos generales, el A. E. es una medida idónea porque no se puede negar que es un mecanismo de investigación realmente efectivo para la averiguación del hecho delictivo. En segundo lugar, el Juez debe examinar la concurrencia de la exigencia de *necesidad o mínima intervención*. Al igual que sucedía con el requisito anterior, podemos afirmar que esta medida será legítima (y sobre todo efectiva) en tanto en cuanto no exista un medio menos lesivo que sirva para probar la veracidad de los hechos delictivos. Por último, el Juez se detendrá en el análisis de la *proporcionalidad*. Este requisito entraña la existencia de una razón de peso que justifique el sacrificio que se está exigiendo al derecho fundamental en cuestión con el bien o interés que se pretende proteger.¹² Es imprescindible, por tanto, que exista una presunción sólida sobre la verdadera comisión de los hechos delictivos que van a justificar la activación del agente encubierto sin que, de ninguna manera, se entiendan suficientes las meras sospechas.¹³

En el ámbito de la comisión de hechos delictivos es muy frecuente que las situaciones que se presenten sean del todo variopintas. Habrá ocasiones en las que las presunciones sean lo bastante sólidas como para justificar la activación de la figura del A. E. de manera inmediata y, sin embargo, otras veces (que desafortunadamente constituyen la mayoría) solo existirán meras sospechas. Lo más habitual en la práctica es que los Policías contacten con las organizaciones criminales sin haber obtenido previamente la habilitación de agentes encubiertos para poder obtener los indicios racionales que justifiquen su solicitud.

¹¹ Vid. *ibidem*, pág. 147.

¹² Vid. *ibidem*, pág. 124.

¹³ Cfr. *ibidem*, pág. 124.

Llegados a este punto, cobra especial importancia la figura del *agente provocador* porque la jurisprudencia del TS protege, por una parte, las actuaciones policiales previas a la solicitud de la medida, pero, al mismo tiempo, destierra la figura del agente provocador. El punto 5 del art. 282 bis LECrim señala que el agente encubierto se encuentra exento de responsabilidad por los actos que desarrolle durante su investigación, de modo que para que medie esta exoneración resulta necesario que el agente encubierto goce de autorización.

El Tribunal Supremo explicó ya en 1993 que «la provocación de la infracción penal por un agente de la Autoridad es un medio de prueba incompatible con los principios generales que garantizan la legalidad del proceso, con la interdicción de la arbitrariedad y con la dignidad de la persona». ¹⁴ La STS núm. 253/2015 de 24 de abril ¹⁵ señala en el FJ 1.º que en el ámbito de la provocación delictiva lo importante no es que la policía (u otros sujetos que colaboren con ella o pretendan hacerlo) intervenga de *motu proprio*, sino que sea la causante de hacer nacer en el sujeto la voluntad de cometer un hecho delictivo.

El TEDH recuerda en el caso *Lalas contra Lituania* ¹⁶ el concepto de provocación delictual en los apartados 41 y 42 y señala que tiene lugar cuando la policía no se limita a investigar las actividades delictivas de manera pasiva sino que lo hace creando en los sujetos la necesidad de cometer delitos para, posteriormente, poder aportar las pruebas que permitan iniciar un proceso penal.

La citada sentencia del Tribunal Supremo señala en el FJ 2.º que no existe provocación cuando la actuación de la policía sirve para poner de manifiesto (en este caso se trataba de droga) la previa tenencia del material delictivo puesto que en tales casos el sujeto era un delincuente. Ahora bien, en todos aquellos casos en los que la policía, a través de su intervención, no hubiera probado que el sujeto en cuestión disponía del material ilícito aun incluso habiendo este cometido el hecho delictivo, se hablará de delito provocado y, por tanto, «si unos intervinientes han sido mera correa de transmisión de la intención delictiva provocada (...) a todos alcanza la impunidad» (FJ 3.º STS núm. 253/2015 de 24 de abril).

¹⁴ STS núm. 2437/1993 de 3 de noviembre, RJ\1993\8395.

¹⁵ RJ\2015\1866.

¹⁶ Sentencia de 1 de marzo de 2011 (TEDH 2011/26).

Todo esto se compatibiliza con lo que señala la STS núm. 277/2016 de 6 de abril¹⁷ en el FJ 1.º «[el] acercamiento, contacto y diálogo para ganarse la confianza [de los delincuentes] (...) no son gestiones que precisen autorización judicial (...)». Esta sentencia avala la doctrina vertida en la STS 835/2013 de 6 de noviembre que expresa que es lógico que los agentes policiales realicen investigaciones previas que justifiquen la solicitud de la autorización judicial porque en caso contrario no dispondrían de los suficientes elementos que sirviesen para respaldar la adopción de la medida, sin embargo, en nuestra opinión, esto es sumamente ambiguo y con amparo en esta tesis podrían producirse serias violaciones de derechos fundamentales.

Para cerrar lo relativo a la figura del A. E. físico, resulta interesante mencionar que en el año 2015 se produjo una reforma por la cual se incluyó un punto 7 en el 282 bis LECrim que ha habilitado la posibilidad de que, en el curso de una investigación, previa autorización, los AA. EE. obtengan imágenes o graben conversaciones que mantengan con los investigados aunque se desarrollen, incluso, dentro de un domicilio. Es fácil apreciar que se ha extendido al máximo la actuación de los AA. EE. y esto nos coloca, también, ante una mayor facilidad de vulneración de los derechos fundamentales.

En resumen, desde nuestro punto de vista, el hecho de que la acción de los agentes encubiertos se encuentre limitada a determinados tipos penales y, además, a un ámbito concreto (el de la delincuencia organizada) garantiza en buena parte la legalidad de la medida. Sin embargo, consideramos y proponemos una fórmula que entendemos podría resultar verdaderamente interesante para comprobar la proporcionalidad y efectividad de esta medida consistente, simplemente, en el conocimiento de datos estadísticos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) que establezcan una relación entre el número de AA. EE. autorizados anualmente y el número de condenas penales impuestas a organizaciones criminales gracias a la utilización de este tipo de agentes.

2. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO Y SUS DIFERENCIAS CON EL FÍSICO

Como novedad del año 2015 se ha incorporado la figura del agente encubierto informático que, a diferencia del agente encubierto habitual, es aquel que se infiltra en

¹⁷ RJ\2016\1325.

la Red e interactúa para obtener información sobre delitos cometidos vía internet.¹⁸ Nuevamente, al igual que en el caso anterior, nos encontramos con que los delitos están tasados porque resultan de aplicación las mismas reglas, sin embargo, se produce un aumento de supuestos respecto del A. E. físico.¹⁹ Algunos autores entienden que establecer un listado tasado de delitos es un error y consideran que no debería hablarse de «figuras concretas» sino más bien de «categorías de delitos» para evitar la no investigación de determinados supuestos a través de esta figura.²⁰ En nuestra opinión, esto podría ser perjudicial para la protección de los derechos fundamentales de los individuos investigados.

En la actualidad, como veníamos comentando, el A. E. informático puede actuar en más supuestos que el físico porque además de permitirse su actuación para los delitos previstos en el art. 282.4 bis LECrim, se le faculta para actuar en los delitos previstos en el art. 588 ter a) de la LECrim. Este artículo se refiere a los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos (o por cualquier otro medio tecnológico o de comunicación) y a los delitos del 579.1 LECrim que abarca, a su vez, otros tres supuestos: delitos dolosos castigados con una pena límite máxima de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de grupos u organizaciones criminales y delitos de terrorismo. LAFONT resume de manera muy esclarecedora los supuestos en los que el A. E. virtual puede intervenir en internet en el ámbito de comunidades cerradas: «cualquier delito, grave o leve, cometido por una organización criminal, cualquier delito, grave o leve, cometido por una estructura más simple como es el grupo criminal, delitos de terrorismo cometidos por una o varias personas, cualesquiera otros delitos dolosos cometidos por una o varias personas con un límite máximo penal de al menos tres años de prisión».²¹

¹⁸ Vid. Bueno de Mata, Federico, «El agente encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia» en *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal*, A Coruña, 2 y 3 de junio, coord. Neira Pena, A. M., Pérez-Cruz Martín, A. J., y Ferreiro Baamonde, X, pág. 297.

¹⁹ Cfr. Lafont Nicuesa, Luis., «El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario La Ley*, n.º 8580, 2015, pág. 5.

²⁰ Así lo explica Bueno de Mata, Federico. Nosotros entendemos que esta ampliación podría vulnerar con mayor facilidad los derechos fundamentales de los investigados. Bueno de Mata, Federico, «El agente encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia» en *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal*, A Coruña, 2 y 3 de junio, coord. Neira Pena, A. M., Pérez-Cruz Martín, A. J., y Ferreiro Baamonde, X, pág. 297.

²¹ Así lo explica LAFONT y aunque lo hace en el marco del Proyecto, es perfectamente aplicable a nuestro caso porque la regulación ha permanecido intacta. Lafont Nicuesa, Luis., *loc. cit.*, pág. 5.

Es necesario destacar que los AA. EE. pueden actuar en dos tipos de «entornos», conocidos habitualmente como comunidades abiertas y comunidades cerradas.²²

El artículo 282 bis punto 6 establece que el juez de instrucción puede habilitar a funcionarios de la policía judicial para actuar en canales cerrados de comunicación en los casos de los delitos anteriormente mencionados, sin embargo, en el ámbito de las comunidades abiertas la navegación es libre y la Policía Judicial puede actuar sin autorización judicial con una identidad falsa en busca de delitos cometidos a través de internet pero sin personas sospechosas implicadas.²³

Por su parte, la navegación en comunidades cerradas requiere siempre autorización judicial porque en otro caso se vulnerarían los derechos fundamentales de las personas que participan en esos canales o foros cerrados.²⁴ En este punto se plantean numerosos conflictos porque para poder acceder a un canal de comunicación cerrado (o foro privado) se necesita, casi siempre, una invitación por alguno de los miembros. Lo normal es que para que esta invitación se produzca el A. E. debe haber intercambiado previamente material delictivo (habitualmente el terreno del que se trata es el de la pornografía infantil) que demuestre que es un individuo con los mismos intereses,²⁵ sin embargo, el artículo 282.6 bis LECrim establece claramente que para poder intercambiar o enviar archivos ilícitos se requiere autorización judicial porque en caso contrario el A. E. estaría sujeto a responsabilidad penal.

La situación que se plantea es verdaderamente paradójica. Los AA. EE. necesitan aportar material ilícito para adentrarse en comunidades cerradas y descubrir delitos. pero, al mismo tiempo, para poder aportar ese material necesitan obtener la autorización de A. E.. La autorización es lo único que les libera de responsabilidad penal y no pueden obtenerla a no ser que aporten indicios racionales de la comisión de hechos delictivos.

En la doctrina se han planteado varias soluciones a esta situación. Mayoritariamente, se considera que es necesario que los AA. EE. intercambien pornografía infantil, sin embargo, hay quienes entienden que podría utilizarse material pedófilo hallado con anterioridad en otras redes de investigación y hay quienes consideran que esto solo

²² Cfr. *ibidem*, pág. 1.

²³ Cfr. *ibidem*, pág. 2.

²⁴ Cfr. *ibidem*, págs. 5 y 6.

²⁵ Cfr. *ibidem*, pág. 6.

vulneraría los intereses de los menores y que quizá lo mejor sería obtener material pornográfico en el que interviniesen adultos con apariencia muy joven.²⁶

3. REFLEXIONES FINALES

Tras esta breve exposición de la figura de los AA. EE. y su nueva regulación, consideramos que, en tanto en cuanto esta figura esté ligada a delitos concretos y a la previa mediación de indicios racionales, su utilización es plenamente legítima. Ahora bien, el hecho de que la nueva regulación haya permitido, por un lado, que el agente encubierto informático se utilice en una gran cantidad de delitos indeterminados y, por otro lado, que se planteen situaciones tan paradójicas como las descritas, entendemos que genera una incertidumbre peligrosa para la protección de los derechos fundamentales. Abogamos, en este sentido, por que el legislador arroje (en un futuro no muy lejano) algo de claridad y precisión sobre el tema.

DATOS DE CONTACTO

Sandra Raimúndez López

Profesora colaboradora de Derecho Procesal e Investigadora predoctoral



Universidad de Oviedo

Área de Derecho Procesal

Dpto. de Ciencias Jurídicas Básicas. Edificio Departamental

Avda. de El Cristo s/n 33006.

Oviedo. Asturias, España.

Email: raimundezsandra@uniovi.es ; sandraramundez@hotmail.com

²⁶ Esta última posibilidad daría cabida a algunos tipos de pornografía pero en ningún caso a toda porque hay muchas clases según la edad y así lo explica *Cfr. ibidem*, págs. 6 y 7.

CONCEPTOS E INTERESES EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO¹

María José GARCÍA SALGADO

Universidad de Oviedo

salgado@uniovi.es

1. Planteamiento

Muchos de los temas tratados en las conferencias y ponencias que hemos tenido ocasión de escuchar a lo largo de las sesiones de este congreso tienen fácil acomodo en lo que solemos llamar *Metodología jurídica*, y más concretamente *Metodología de la interpretación y aplicación del derecho*. Esto no es extraño ya que, como decía Fuller en 1948, en las discusiones relativas al método jurídico lo que se está planteando es una cuestión práctica, la de cómo deben proceder jueces y fiscales en su actividad diaria de interpretación y aplicación de las leyes a los casos concretos, y esa cuestión desborda incluso el marco académico y concierne a ciudadanos informados. «Nada atrae más la atención del lego hacia el mundo jurídico que la existencia de divergencias de planteamientos entre los miembros del Tribunal Supremo. Estas divergencias no pueden reconducirse a simples discrepancias políticas, razonadas en términos de izquierda o derecha, sino que responden a discrepancias epistemológicas profundas en relación a los diferentes roles que pueden asumir la razón y la intuición en la ordenación de los asuntos humanos» (Fuller: 1948, xvii).

La historia de la Metodología jurídica es una historia de confrontaciones (teóricas y por ello también prácticas) y hasta la tensión actual entre reglas y principios, subsunción y ponderación (de las que han hablado otros ponentes en días anteriores) puede verse como una versión más de las tensiones que ocuparon a los juristas alemanes, y no solo, a finales del XIX y principios del XX y que, de forma muy simplificada, cabe sintetizar en el manido enfrentamiento entre un modelo de juez sometido a la ley y un modelo de juez sometido a un derecho cuya paternidad no ostenta en exclusiva el legislador.

Ciertamente así caracterizado este enfrentamiento no deja de ser un cliché que ni siquiera da cuenta de forma rigurosa de todas las corrientes teóricas que protagonizaron la disputa. En la

¹ Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER, titulado «Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones».

visión estereotipada del debate metodológico se echan de menos los matices que tornen más creíbles y menos maniqueos a los personajes de la contienda, sobre todo a quienes representan las posturas extremas, que siempre son las más difíciles de mantener. Paradójicamente, la exageración y el extremismo hacen visibles las diferencias pero sacrifican la realidad al modelo proporcionado, mientras que el análisis detallado y contextualizado da cuenta del autor pero es incapaz de proporcionar el modelo y hace difícil percibir las diferencias. De ahí que la caracterización que hemos referido sea hoy un lugar común en los estudios de metodología jurídica y, al mismo tiempo, genere tantas perplejidades cuando se confronta con ese parámetro la obra concreta de los autores emblemáticos de esa disputa.²

El propósito de mi intervención es rescatar la disputa ya clásica que contrapone la aplicación judicial de las normas teniendo en cuenta los intereses, con la (supuesta) aplicación judicial de las normas teniendo en cuenta los conceptos y, a su hilo, plantear brevemente la cuestión de permanente actualidad, permítaseme el oxímoron, de cuál es, o cuál debe ser, el papel de los conceptos (o de los diferentes tipos de conceptos) en la aplicación práctica del derecho.

En lo que sigue expondré primero algunos ejemplos de lo que se ha considerado (mala) aplicación judicial de las normas a partir de conceptos (lo que se conoce como *Jurisprudencia de conceptos*) para analizar después, sobre todo mediante la crítica, lo que se propone como aplicación judicial de las normas a partir de los intereses (*Jurisprudencia de intereses*, pero no solo), para concluir con algunas reflexiones a modo de cuestiones abiertas respecto a la función de (algunos) conceptos y su utilización en la práctica judicial.

2. Conceptos en el punto de mira: algunos ejemplos para identificar a los contendientes³

El convulso panorama jurídico alemán de finales del XIX puede caracterizarse por un cuestionamiento del papel de los juristas y de los jueces cuantitativa y cualitativamente enorme y hasta ese momento, desconocido, seguramente favorecido por la pobre opinión que se tenía de los jueces, a los que se reprochaba su poca preparación en materias económicas y sociales y su

² La necesidad de disponer de un cliché, de un modelo que permita un enfoque «tradicional», aunque después ese modelo se muestre erróneo la explica claramente Pérez Lledó con relación al *Critical Legal Studies*: partir de un enfoque que, de antemano, se sabe «erróneo» (en su caso plantarse la cuestión de si CLS es o no un movimiento) puede, sin embargo, resultar muy útil a efectos explicativos, en primer lugar porque simplifica la tarea de acercarse al movimiento pero también y sobre todo porque precisamente una de las claves para comprender el movimiento puede ser precisamente darse cuenta de por qué el enfoque no es el adecuado. (1996, 33-36).

³ Por extenso, este y los siguientes apartados en García Salgado (2011).

incapacidad para estar a la altura de las nuevas demandas de los nuevos tiempos, tachándoseles de meros burócratas, formalistas, siervos de los textos, miembros de la justicia de clase, etcétera.

De todos esos males, o de muchos de ellos, se acusó (las investigaciones recientes han mostrado que con escaso acierto⁴) a lo que entonces se llamó *Jurisprudencia de conceptos*, que supuestamente habría sido el método, o la metodología, en la que se habrían formado esos juristas tan miopes a la hora de utilizar el derecho para solucionar problemas prácticos.

No es fácil llegar a un acuerdo acerca de lo que es la Jurisprudencia de conceptos más allá de la certeza compartida de que es algo a criticar.⁵ Parece claro, y ya estaba claro en su momento, que los conceptos (tanto los que elabora el legislador como los que, con distintas finalidades, formulan la doctrina y la jurisprudencia) son imprescindibles y ninguna teoría jurídica de ningún ámbito puede renunciar a construir conceptos. Con palabras de Kelsen, el conocimiento del derecho no puede ser más que Jurisprudencia «de conceptos». Otra cosa es la producción del derecho, que no va encaminada a los conceptos sino a elaborar normas jurídicas: que es una función de la voluntad y no del conocimiento (Kelsen: 1929, 1724). Kelsen sintetiza así el mantra de la época: los conceptos se pueden crear y utilizar para sistematizar, exponer, presentar y conocer el material normativo, pero de ningún modo pueden servir para crear normas. Ahora bien, ¿qué quiere decir exactamente eso? ¿Qué se critica, entonces, cuando un razonamiento se tacha de inaceptable construcción conceptual? El caso de la contratación telefónica, narrado por Ehrlich, puede servirnos como ejemplo del tipo de razonamiento constructivo conceptualmente incorrecto del que se suele acusar a la Jurisprudencia de conceptos (utilizo la versión de Ehrlich).

Cuenta Ehrlich que en los inicios de la contratación telefónica, el derecho alemán solo contaba con normas para los contratos orales «cara a cara», los contratos por carta y los contratos mediante telégrafo; ni siquiera la distinción «contratos entre presentes» y «contratos entre ausentes» tenía respaldo legal. Sin embargo, y es lo primero que llama la atención a Ehrlich, en

⁴ Por citar a un autor moderno, también para Luhmann la Jurisprudencia de conceptos ha sido especialmente maltratada y caricaturizada por quienes, como la Jurisprudencia de intereses, han puesto todo su empeño en combatirla, generando un «trazado de frentes» que *a posteriori*, con la perspectiva de los más de cien años transcurridos desde la famosa disputa del método, ha de considerarse insatisfactorio. Según Luhmann, ese erróneo trazado de frentes podría ser una de las razones de que predomine una opinión tan escéptica respecto de la eficacia de la dogmática jurídica, refiriéndose tanto a la lucha entre la Jurisprudencia de intereses y la Jurisprudencia de conceptos como a la lucha entre la escuela analítica y la escuela realista en Estados Unidos (Luhmann: 1983, 16).

⁵ Esa connotación negativa que siempre ha acompañado a la Jurisprudencia de conceptos tiene que ver, seguramente, con que desde el inicio se trató de una denominación inventada por el enemigo, para designar una forma de trabajar con el derecho que se consideraba incorrecta. Lo que conocemos como método de la Jurisprudencia de conceptos es lo que sus detractores han identificado y caracterizado como tal, empezando por Ihering, que es quien en una obra muy peculiar, *Bromas y veras de la ciencia jurídica* acuña esta expresión, para aludir irónicamente a las exageraciones y despropósitos de las disputas teóricas propias de la ciencia romanista de la época, una ciencia que manoseaba una y otra vez el *corpus iuris* sin plantearse la relevancia práctica de sus elucubraciones y sin abandonar en ningún momento el cielo de los conceptos.

ningún momento se planteó seriamente la posibilidad de que esos nuevos contratos telefónicos, que no estaban legalmente regulados, no fuesen válidos: se dio por supuesto que sí, aunque no existiese base legal para ello, aunque ninguna de esas formas de contratación sí reguladas «tuviese absolutamente ninguna relación con el contrato telefónico» (Ehrlich: 1966, 254). La cuestión que ocupó a los juristas fue si al nuevo tipo de contratación deberían aplicársele el régimen de la contratación entre ausentes o entre presentes, pero ¿cómo se llegó a esas categorías? Según Ehrlich una sutil confusión de conceptos permitió establecer arbitrariamente una relación jurídica que no existía: de forma inesperada y sin mayor explicación se puso en el lugar de los contratos orales a los contratos entre presentes y en el lugar de los contratos postales y telegráficos a los contratos entre ausentes y se incurrió, con ello, en una grave incorrección lógica, porque desde el punto de vista lógico, la oposición: oral, postal, telegráfico es totalmente distinta a la oposición: entre presentes, entre ausentes. En el primer caso se trata de una oposición de contrarios que puede ampliarse con otras muchas formas de contratación –mediante un emisario, mediante un acta notarial, etcétera– incluyendo la contratación telefónica, que sería simplemente otra forma más que precisaría una regulación propia. En el caso de la distinción «entre ausentes» y «entre presentes», se trata sin embargo de una oposición de contradictorios que excluye una tercera posibilidad, ya que «entre ausentes» significa exactamente lo mismo que «no entre presentes». Al hacer esto se han sustituido arbitrariamente y sin fundamento conceptos legales por otros que no lo eran y se ha forzado una respuesta normativa que no existía, sin esgrimir argumentos que pudiesen justificar correctamente su invención, ya que la supuesta deducción lógica ha demostrado no ser tal (Ehrlich: 1966, 254-255).

El error, dirán los partidarios de no perder de vista los fines y los intereses que persiguen y protegen las normas, es subsumir la contratación telefónica en unos conceptos que exponen o clasifican el material normativo, pero en cuya elaboración no necesariamente se han tenido en cuenta razonamientos teleológicos o de interés. Como si para aplicar analógicamente una norma se prescindiese del requisito de la identidad de razón, o su satisfacción se dejase al azar.⁶ Lo que procedería, por el contrario, es preguntarse qué intereses hay presentes en el caso de la contratación telefónica y qué intereses protegen las normas que regulan las otras modalidades de contratación (cara a cara, carta, telégrafo). Una vez conocidos los intereses, se tratará de comprobar si el conflicto planteado por la contratación telefónica coincide con los conflictos planteados, y solucionados, por alguno de los otros tipos de contratación para, si así fuera y

⁶ Sin embargo, el caso comentado por Ehrlich recuerda a los razonamientos en los que se recurre a la analogía *iuris* tal y como la caracteriza, por ejemplo, Díez Picazo (1993, 281 y ss.)

siempre que no haya razones que se opongan a ello, aplicarle entonces esa normativa. Es decir: quien tenga que solucionar supuestos de contratación telefónica deberá hacerlo intentando proteger en ese caso, los mismos intereses que quiso proteger el legislador en los que ya están regulados.

En cierto modo, lo que se está criticando a los supuestos defensores de la aplicación de las normas a partir de los conceptos se parece mucho a lo que critica Ross en el conocido ejemplo de *tû-tû*: para Ross, conceptos como propiedad, crédito, nacionalidad, funcionario, son solo el resultado de una técnica de presentación que consiste en crear un término intermedio entre un hecho condicionante (hecho jurídico) y la consecuencia jurídica condicionada.⁷ Por ejemplo, en el caso de la propiedad, las normas jurídicas que a ella se refieren pueden ser expresadas sin necesidad de recurrir a ese concepto, pero entonces habría que formular un gran número de normas que ligase directamente cada hecho jurídico individual condicionante (todos y cada uno de los modos de adquisición de la propiedad reconocidos en nuestro ordenamiento) con cada una de las consecuencias jurídicas individuales condicionadas (todas y cada una de las facultades o poderes que otorga la propiedad). Esto sería sumamente engorroso e inútil. Según Ross, «corresponde al pensamiento jurídico conceptualizar las normas de tal manera que las mismas sean reducidas a un orden sistemático y, por este medio, dar una versión del derecho en vigor lo más clara y conveniente posible. Esto puede ser logrado con ayuda de la siguiente técnica de presentación» (Ross: 1976, 25 ss). La técnica de presentación establece en una serie de reglas los hechos que «crean propiedad» y en otra serie, las consecuencias jurídicas que la «propiedad» comporta (1976, 28). «Resultará claro de esto que la “propiedad” insertada entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas es en realidad una palabra sin referencia semántica alguna, que sirve tan solo como un instrumento de presentación».⁸ Hablamos como si la propiedad fuera un eslabón causal entre H y C, un efecto ocasionado o creado por cada H, y que a su vez es la causa de una totalidad de consecuencias jurídicas. Decimos, por ejemplo, que si A ha comprado lícitamente un objeto (H) nace para él la propiedad del objeto. Si A es propietario de un objeto tiene entre otras cosas, el derecho a obtener su entrega (C). La noción de que entre la compra y la posibilidad de obtener la entrega se ha creado algo que puede ser llamado propiedad, carece de sentido. Nada se crea como resultado de que A y B intercambien unas pocas frases

⁷ «Nosotros también, por lo tanto, nos expresamos como si algo hubiera cobrado existencia entre el hecho condicionante (hecho jurídico) y la consecuencia jurídica condicionada. Ese algo es un crédito, un derecho subjetivo, que al igual que un agente intermedio o un eslabón causal provoca un efecto o suministra la base para una consecuencia jurídica» (Ross: 1976, 23).

⁸ «Es imposible adscribir una referencia semántica independiente a la palabra “propiedad» en los razonamientos que operan con la palabra» (Ross: 1976, 35).

interpretadas jurídicamente como un contrato de compraventa. Todo lo que ha ocurrido es que el juez tomará ahora este hecho en consideración y sentenciará a favor del comprador en un juicio para obtener la entrega de la cosa. Lo que ha sido descrito aquí es un simple ejemplo de reducción por la razón a un orden sistemático. Corresponde a la ciencia jurídica, en última instancia, emprender este proceso de simplificación. Es posible, por supuesto, llevar a cabo una simplificación sistemática en más de una manera, y esto explica por qué las categorías de los derechos cambian algo de un sistema jurídico a otro, aunque esta circunstancia no refleja necesariamente una diferencia correlativa en el derecho vigente (1976, 30-31).

3. La transmutación de los conceptos en normas por vía jurisprudencial

El profesor Hernández Marín, en la conferencia recogida en este mismo volumen de actas, criticaba, entre otras cuestiones, que la Sentencia del Tribunal Supremo de 2015 hablase del «derecho a la huelga» y no, como el propio Tribunal Supremo ha hecho en otras ocasiones, del artículo 28.2 de la Constitución, es decir, de un enunciado jurídico. Su sugerente crítica me recordó el texto de Ross recién comentado, que advierte sobre los riesgos que entraña crear conceptos que pueden ofrecer ventajas desde un punto de vista técnico (como en los ejemplos antes mencionados) pero que pueden conducir a resultados irracionales si se pierde de vista que son técnicas de representación y comienzan a concebirse como realidades dotadas, por sí mismas, de referencias semánticas independientes.

La tendencia a argumentar a partir de conceptos y de teorías generales, en lugar de partir textos normativos, situaciones, valoraciones y consecuencias jurídicas concretas, es una constante no solo entre los juristas teóricos sino también en la práctica de los tribunales, con el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo a la cabeza.⁹ Esta forma de proceder recuerda los modos de la denostada Jurisprudencia de conceptos, aunque no toda argumentación con conceptos pueda ser calificada como (mala) jurisprudencia conceptual. Desde la sugerente perspectiva sistémica, los conceptos sirven, con palabras de Luhmann, para almacenar secuencias de argumentación para su posterior utilización.¹⁰ Al argumentar se distingue lo que es relevante de lo que no lo es, y lo que

⁹ Práctica avalada en cierto sentido por el artículo 5.1 de la LOPJ, que establece que «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

¹⁰ En términos similares entiende Wank que «los conceptos jurídicos como abreviaturas de decisiones de valor deben ayudar a hacer la proposición jurídica idónea para el caso medio (el prototipo), pero en los casos dudosos, el concepto debe ser nuevamente decodificado, y debe sacarse a la luz la valoración que escondía» (1985, 148).

no es relevante no es «todo lo demás», sino una comprensión distinta del problema, una interpretación distinta, una regla de decisión distinta, que conduciría a diferentes consecuencias jurídicas. Es decir, al argumentar se produce una secuencia de fundamentos y consecuencias, y como toda secuencia, esta sirve también para la conservación y reutilización de diferenciaciones. Con la ayuda de los conceptos se podrían guardar diferenciaciones y ponerlas a disposición para ser utilizadas en multitud de decisiones, sin necesidad de remontar la secuencia argumentativa a sus orígenes (Luhmann: 1993, 385).¹¹

Algo así es lo que sucede, creo, cuando los juristas se refieren por ejemplo al derecho a la intimidad, o al secreto de las comunicaciones, por poner un ejemplo al que me voy a referir muy brevemente a continuación. Si alguien quiere saber cómo está regulado actualmente en nuestro Ordenamiento Jurídico el derecho a la intimidad o el secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral, no le bastará acudir a los textos normativos sino que tendrá que empaparse de la doctrina y jurisprudencia de diferentes autores y tribunales, que han ido construyendo (en sentido fuerte) estándares normativos (por ejemplo la expectativa razonable de privacidad o confidencialidad), conceptos y categorías doctrinales, sin cuyo conocimiento es imposible saber cuáles son los contornos de esos derechos, no solo en la práctica sino también en la teoría.

Dos trabajadoras instalan, sin autorización ni conocimiento de la empresa, que lo tenía expresamente prohibido, un programa de mensajería instantánea (Trillian) en un ordenador de uso indistinto por todos los trabajadores y sin clave para acceder a la unidad «C». Mediante ese programa llevan a cabo entre ellas conversaciones en las que vierten comentarios críticos, despectivos o insultantes respecto a compañeros de trabajo, superiores y clientes. Por casualidad, un empleado descubre esas comunicaciones y lo pone en conocimiento de la empresa, que las convocó a una reunión, a la que asistieron también otras personas, y tras leer el contenido de algunas de las conversaciones las amonestó verbalmente. Las trabajadoras demandan a la empresa por violación del artículo 18, apartados 1 y 3, de la Constitución.¹² Las demandas son desestimadas en diferentes instancias por entender que la actuación de la empresa entra dentro del

¹¹ Así se puede llegar a la conclusión de que la «impugnación» (*Anfechtung*) de un contrato es posible bajo condiciones distintas, y tiene también distintas consecuencias, que la «rescisión» (*Rücktritt*) del contrato, que «posesión» (*Besitz*) y «propiedad» (*Eigentum*), «dolo» (*Vorsatz*) y «negligencia» (*Fahrlässigkeit*) deben ser diferenciados porque solo así es posible acoplar diferentes condiciones y consecuencias. «Con la ayuda de los conceptos se pueden grabar diferenciaciones, que estarán disponibles para un sinnúmero de decisiones. Dicho de otro modo, los conceptos atrapan informaciones y producen, de este modo, las imprescindibles redundancias en el sistema» (Luhmann 1993, 384 ss.)

¹² Artículo 18.1 CE. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Artículo 18.3 CE. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, reflejo de los derechos proclamados en los artículos 33 y 38 de la Constitución y expresamente reconocido en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores,¹³ cuyo apartado tercero atribuye al empresario la facultad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando la consideración debida a su dignidad humana. El asunto llega en recurso de amparo al Tribunal Constitucional, que lo desestima (STC 241/2012), en cuyo pronunciamiento, como en el de los tribunales anteriores, tienen un peso determinantes conceptos como el de si el canal de la comunicación era abierto (en cuyo caso, por jurisprudencia del propio TC no opera el 18.3) o era cerrado o si existía una expectativa razonable de confidencialidad (el TC entiende que no, ya que el ordenador era de uso común, de acceso totalmente abierto y además se estaba contraviniendo una orden empresarial de no instalar programas). Canal abierto o canal cerrado o expectativa razonable de confidencialidad son categorías jurisprudenciales que van adquiriendo un contenido a medida que se van utilizando por la doctrina y por los tribunales (un contenido no pacífico, como dejan ver los votos particulares de muchos de esos pronunciamientos), almacenando las secuencias de razonamientos que las generaron, de forma que para utilizarlas ya no sea necesario remontarse al caso del que traían causa, al caso en cuya decisión aparecieron por primera vez.¹⁴

Estas operaciones de reducción de la complejidad no están exentas de riesgos frente a los que ya advertían los juristas implicados en las disputas metodológicas a las que me refería al principio de mi intervención. Incluso la Jurisprudencia de intereses supo ver que es imposible operar sin conceptos, más aún en el mundo jurídico. Pero su advertencia contra lo que –cayendo en el mismo conceptualismo– suele etiquetarse como Jurisprudencia de conceptos era que no todos los conceptos son aptos para la aplicación judicial del derecho. Por ejemplo, los conceptos que la ciencia elabora con el mero objetivo nemotécnico de organizar el material normativo, no pueden utilizarse automáticamente para resolver casos concretos, porque en la elaboración de esos conceptos no estaría presente el elemento teleológico, imprescindible para aplicar el derecho correctamente. Las secuencias de argumentos grabadas en esos conceptos ordenadores, no serían

¹³ Art. 20.3 LET: El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.

¹⁴ Un año después, el TC desestima un recurso de amparo también por supuesta vulneración de los derechos a la intimidad y secreto de las comunicaciones (en este caso porque la empresa accedió al correo electrónico de uno de sus trabajadores, al sospechar que revelaba información sometida a secreto) recurriendo una vez más al arsenal ya apuntado al que hay que añadir el inevitable recurso a los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, que se ha convertido en un mantra de la jurisprudencia constitucional y no solo.

por tanto, idóneas en el ámbito judicial, que requiere otro tipo de conceptos y con ello otro tipo de argumentos. Cuán justificada está la creación doctrinal y jurisprudencial de esas categorías conceptuales que se configuran como auténticos estándares normativos y, al mismo tiempo, tienen contornos tan dúctiles y maleables como para convertirse en riesgos, por ejemplo, para la seguridad jurídica, es cuestión que dejo planteada para otra ocasión.

4. Bibliografía citada

EHRlich, E. (1966): *Die juristische Logik*, Scientia Verlag: Aalen, 1966. La primera edición es de J. C. B. Mohr: Tübingen 1918 y la de Scientia Verlag es una una reimpresión de la segunda edición que es de Tübingen de 1925.

HERNÁNDEZ MARÍN, R.: (2017). «La sustitución interna en casos de huelga. Un análisis de la doctrina jurisprudencial española», en este mismo volumen de actas.

GARCÍA SALGADO, M. J.: (2011): *La Jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*, Granada, Comares.

KELSEN, Hans: (1929): «Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre», en JW 58, pp 1723-1726.

LUHMANN, N.: (1983): *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Original: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Traducción de Ignacio de Otto Pardo.

——— (1993): *Das Recht der Gesellschaft*, Surhkamp, Frankfurt am Main. Hay traducción al castellano, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana / Colección Teoría social, 2002, traducción de Javier Torres Nafarrate.

PÉREZ LLEDÓ, J. A.: (1996): *El movimiento «Critical Legal Studies»*, Madrid, Tecnos.

ROSS, A.: (1976): «*Tû-Tû*», Buenos Aires, Abeledo-Perrot, traducción de Genaro R.Carrió. Apareció originariamente en *Festschrift til Henry Ussing*, Borum and Illum, ed. 1951.

WANK, R.: (1985): *Die juristische Begriffsbildung*, München, C.H.Beck'she Verlagsbuchhandlung.

Aporías postmodernas del proceso penal

Jesús-Miguel HERNÁNDEZ GALILEA
Universidad de Oviedo

Lo primero de todo quiero felicitar a los profesores Uscanga Barradas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Fernández Suárez de la Universidad de Oviedo, directores de este *III Coloquio Binacional México-España* por la maravillosa organización y por el éxito de asistencia y participación. Mi agradecimiento también a ellos y a todos los que están participando, especialmente a los que han venido desde México y otros países por el esfuerzo y por este formato tan amplio que ha permitido que podamos intervenir tantos juristas, facilitando que sean, efectivamente, unos auténticos coloquios.

El título de mi conferencia utiliza dos términos no muy usuales pero sintéticos e ilustrativos del marco en el que pretendo moverme. *Aporías*: callejones sin salida, problemas sin solución. Es algo distinto de una encrucijada, podría ser entendido como una encerrona, una emboscada. Pero hay ahí ya un componente de voluntariedad que no se da en las situaciones a las que me voy a referir. *Postmoderno*: es quizá más cuestionable en cuanto a su exactitud, más difuso, pero pretendo referirme con este término al origen de las aporías, que no es otro que el intento de desarrollar y perfeccionar el proceso penal conforme a las ideas, los logros, los avances que han ido incorporando estos últimos decenios. Me ha parecido que un tema así, que no exige una referencia normativa concreta y aborda problemas comunes a nuestros países, podía resultar más apropiado para un coloquio de estas características.

A lo largo de estos coloquios ya han ido apareciendo algunos de estas situaciones que no se dan solo en el derecho procesal penal sino en todos los ámbitos del derecho. Desarrollo de construcciones jurídicas, ampliación de derechos o conversión de deseos en derechos que, de repente, nos llevan a consecuencias imprevistas. Pero el logro, el avance, ha sido defendido con tanta pasión, como algo tan ineludible, que resulta complicado dar marcha atrás o no se ve fácilmente la manera de hacerlo.

Dentro del ámbito del proceso penal son muchos los ejemplos de *aporías postmodernas* que podrían ponerse, como la colisión, en determinados supuestos, de nuevos tipos delictivos con la libertad de expresión; el tratamiento de los menores infractores en el que la búsqueda del sistema

más garantista choca con el mantenimiento de las características peculiares de la Justicia Juvenil y aboca a un sistema penal de características similares a las de los adultos que, sin embargo, no respeta la predeterminación de la pena; la acción popular, tan genuina del sistema español, garantía frente a impunidad de repente considerada sospechosa; determinadas medidas antiterroristas consideradas necesarias para la seguridad que bordean la infracción de los derechos humanos; el avance del derecho administrativo sancionador, etcétera. Querría centrarme en tres de ellas en las que he estado ocupado por diversos motivos esta última temporada: El tratamiento de los delincuentes con enfermedades psiquiátricas, el diseño de la estructura del proceso y la presión del *paradigma tecnocrático*.

Tratamiento de los delincuentes con enfermedades psiquiátricas

En este caso la aporía surge porque la exigencia de que cualquier medida de seguridad vaya precedida necesariamente de una sentencia –exigencia que ha supuesto un avance indudable en nuestro enjuiciamiento criminal– en algunas ocasiones obliga a que sujetos aquejados de enfermedades psiquiátricas graves, incluso ya previamente diagnosticadas, acaben siendo sometidos a enjuiciamiento, cuando la jurisprudencia del TEDH ha establecido que solo quien puede entender lo que está sucediendo y puede defenderse de manera efectiva puede ser sometido a un proceso penal. Como se puede ver si no puedo imponer una medida de seguridad a un enfermo psiquiátrico sin juzgarle y no le puedo juzgar sin que pueda entender e intervenir en el juicio, existen supuestos de enfermedades graves que quedan sin resolver.

La mencionada jurisprudencia del TEDH obedece fundamentalmente a que el proceso penal no basta, como ocurre en otros ámbitos, con que exista una asistencia letrada. Además, están previstas múltiples manifestaciones de autodefensa que, para que tengan sentido, exigen que el sujeto pasivo del proceso esté en condiciones de utilizarlas si lo desea. Así sucede ya en la fase de instrucción, donde existe posibilidad de que el investigado solicite diligencias de investigación por sí mismo, incluso implícitamente, hasta el propio juicio oral, donde el acusado tiene la posibilidad de manifestar su inocencia, conformarse y decir la última palabra.

Nuestra legislación, formalmente vigente todavía, prevé que se archive la causa una vez finalizada la investigación y que se adopten frente al investigado «lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia». Lo que el Código penal prevé es que solo mediante sentencia se pueden adoptar medidas de seguridad. La contradicción se salva continuando adelante con el proceso y apreciando, en su caso, la eximente en la sentencia, imponiendo la

correspondiente medida de seguridad que no puede resultar ni más gravosas ni ser de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor como establece el art. 6 del Código Penal.

Existen soluciones para evitar este dilema, pero exigirían una revisión de la actual concepción de las medidas de seguridad. Por ejemplo, cabría la posibilidad de diseñar para esos supuestos un proceso parecido al de internamiento no voluntario, donde se pudieran resolver también las cuestiones de responsabilidad civil si en él se partiera de la situación inimputabilidad. Pero, y ahí está la dificultad, esto *suena* mal, parece un retroceso en las garantías, hace surgir el miedo a la imposición de penas encubiertas (el internamiento) y conlleva un peligro de confusión entre la discapacidad y la peligrosidad. De ahí que sea un ejemplo bastante adecuado de *aporía postmoderna*.

Lo cierto es que en la actualidad lo que existen son supuestos –no muy numerosos pero tampoco excepcionales– contrarios: Es decir, enfermos mentales que cumplen condenas en centros penitenciarios donde no pueden ser tratados convenientemente y que cuando acaben de cumplir la pena impuesta no van a tener el seguimiento médico y fácilmente volverán al punto de partida.¹

El diseño de la estructura del proceso: investigación criminal y proceso penal

El segundo ejemplo de *aporía* es el propio diseño del proceso y los principios que deben regirlo. El respeto al derecho a un proceso debido, especialmente en el ámbito criminal, es un requisito imprescindible que todo Estado de Derecho debe cumplir. Qué deba entenderse por proceso debido se ha ido delimitando hasta materializarse normativa y jurisprudencialmente en una serie de derechos que abarcan el proceso entero en cada una de sus fases, desde las diligencias de investigación preliminares hasta la ejecución de la pena que en su caso pueda recaer en la sentencia.

Sin embargo, el diseño de un modelo respetuoso con ese contenido esencial en nuestro ámbito jurídico-cultural, parece complicarse siempre por la presencia perturbadora del así llamado *principio acusatorio*: sucedió en Italia, acaba de suceder en México y ha sucedido igualmente en España en cada uno de los últimos intentos de reforma integral del proceso penal fracasados.

Lo curioso es que el principio acusatorio es inherente a cualquier sistema procesal penal que merezca ese nombre, pues no consiste en otra cosa que en la necesidad de que el enjuiciamiento se

¹ Cfr. FLORES PRADA, Ignacio (ed.) *Derechos y garantías del Investigado con trastorno mental en la justicia penal*, Sevilla, 2016. Edita: Proyecto de Investigación I+D Trastornos Mentales y Justicia Penal (DER2014-53816-P) *passim*. Vid. Especialmente pp. 14 y ss.

lleve a cabo sobre una acusación; es decir, sobre la atribución de la comisión de unos hechos a una persona. La parte acusadora delimita el objeto de enjuiciamiento al atribuir a una persona concreta, identificada y, salvo excepciones, presente en el juicio, la autoría o la participación en unos hechos determinados previamente tipificados como delito. El juez, imparcial, independiente –como se exige en todo caso sea civil, penal, administrativo o laboral– tiene como marco de su decisión y como límite absoluto precisamente esa acusación formulada.

Siendo esto así, invocar el principio acusatorio debería ser una tautología pues no es concebible un sistema de justicia criminal respetuoso con los derechos humanos en el que esto no se respete. Sin embargo, en los sistemas de *civil law* se percibe esa desconcertante y perturbadora presencia, de la que antes he hablado, que hace que la tautología se transforme en aporía paralizante. Porque sobre ese contenido, que como digo responde al más elemental de los procesos penales, se ha elaborado una especie de super-categoría que, sin estar expresamente formulada en ninguno de esos instrumentos internacionales ni normas constitucionales² –en México sí, desde junio del 2008, se dice en el art. 20 que el proceso penal será acusatorio– parece funcionar como fundamento para apoyar cualquier cosa que se pretenda presentar como un avance o descartar lo que se vea como superado o retrógrado. Y son precisamente ese carácter polivalente y la evanescencia de su contenido lo que convierte su aparición en perturbadora.

Una prueba de lo que estoy diciendo es que cosas que aquí se anhelan como metas que se conseguirían con la plena implantación del sistema acusatorio en México se espera que desaparezcan gracias a la introducción de ese mismo sistema. Así puede leerse en un reciente artículo de una revista jurídica mexicana que la referencia constitucional al sistema acusatorio permitirá acabar con el monopolio del Ministerio Fiscal de la acción penal. Monopolio o cuasi-monopolio que aquí se presenta en ocasiones como la quintaesencia del principio acusatorio.³

Fijémonos, por ejemplo, en la insistente petición de los últimos años, no pocas veces en nombre del principio acusatorio, de que la instrucción de los procesos penales pase al Ministerio Fiscal. Pues curiosamente, la exposición de motivos de nuestra LECrim, que consolidó la figura del juez instructor como separado del órgano de enjuiciamiento lo hizo, precisamente, para incorporar a nuestro ordenamiento el principio acusatorio.

² En nuestra LECrim de 1882 aparece, pero no en el articulado sino en la conocida exposición de motivos del ministro Alonso Martínez.

³ GIMENO SENDRA Vicente «El derecho fundamental a un proceso acusatorio» en *Diario La Ley*, n.7869, 2012. p. 1

Estamos en este caso igualmente ante una aporía postmoderna pues lo que ha sucedido es que como explica magistralmente SKLANSKY⁴ todas las características deseables y necesarias del enjuiciamiento criminal se han ido asimilando al principio acusatorio y los errores, abusos, e incorrecciones, se han reservado para el principio o sistema inquisitivo. Si de lo que estamos hablando en realidad es de desterrar los errores de construcción del proceso: la falta de contradicción, la indefensión, la falta de publicidad, la confusión de las funciones de juzgar e investigar y a todos esos errores los queremos llamar *sistema inquisitivo*, perfecto. Pero entonces deberíamos dejar de calificar nuestro sistema como *mixto*. Es como hablar de que hay un sistema justo, otro injusto y otro mixto y nosotros ... ¡tenemos el mixto! Si eso fuera cierto habría que hacer algo inmediatamente.

En cualquier investigación criminal de cualquier país del mundo, por avanzado y moderno que sea, hay diligencias secretas; hay una parte que tiene privilegios, sea el ministerio fiscal el *public prosecutor* o directamente la propia policía; hay una maquinaria que se pone en marcha automáticamente, de oficio, antes de que haya acusación, en cuanto existe la noticia de un posible hecho delictivo. Por no hablar de tantas excepciones y especialidades que se van incorporando en el caso de crimen organizado, terrorismo, etcétera. Estamos acostumbrados a que, según nuestras normas procesales, las personas que realmente llevan a cabo la investigación criminal –los investigadores, la Policía Judicial– aparezcan de manera anecdótica y eso, sencillamente, no es real. La investigación criminal o está impulsada por la policía o es inexistente.

No estoy negando la dirección o el control del Juez instructor o del Ministerio Fiscal, pero es ingenuo e inexacto hacer como si el núcleo de la actividad de las brigadas de Policía Judicial fuera el ámbito forense. Como si la Policía judicial actuara esencialmente impulsada por el juez o el Fiscal cuando lo cierto es que son ellos los que tienen la ciencia criminalística y los medios; recogen los vestigios, hacen las escuchas, los seguimientos... Los hacen aquí, los hacen en México y en Suecia. Y esto es ¿acusatorio, inquisitivo o mixto? Esto es, sencillamente, investigación criminal. Es un compromiso del Estado que no condiciona su persecución delictiva a la existencia de una acusación, sino que se pone en marcha con la mera noticia de un posible delito en búsqueda de los elementos que permitan sustentar una acusación. Si se comprueba que efectivamente los hechos tienen apariencia delictiva se trata de buscar al autor y si la Autoridad (llámese como se llame) cree que ha conseguido dar con el autor formulará la acusación. Y, por el camino, habrá muchas actuaciones que, para poder ser utilizadas en la acusación, han debido respetar derechos fundamentales (información

⁴ SKLANSKY, David Alan. «Anti-Inquisitorialism» *Harvard Law Review*, 2009, vol. 122, núm. 6, pp. 1634-1704 *passim*.

de los motivos de la acusación, derecho a la asistencia letrada, posibilidad de solicitar diligencias (al menos en nuestro sistema, al juez de instrucción como ya hemos dicho).

Por tanto, podemos empeñarnos en decir que esa fase está dominada por el *principio inquisitivo*, pero habría que plantearse si ese empeño tiene algún sentido, si aporta algo además de confusión. Una *inquisitio* es una investigación y afirmar que una investigación se desarrolla bajo un *principio de investigación* parece inútil y redundante. Además, siendo la investigación criminal un fenómeno con características comunes a todos los sistemas y absolutamente imprescindible, no parece lógico seguir conservando una terminología que, junto a su inutilidad, pone injustamente bajo sospecha un sistema como el nuestro que, podrá estar parcheado y necesitado de renovación, pero es, normativa y jurisprudencialmente, homologable según los estándares más exigentes del derecho a un proceso debido.

El diseño legislativo de esta fase del proceso es problemático porque su finalidad ha quedado oscurecida. La tendencia más extendida es a considerarlo como una preparación del juicio oral y de ahí derivan no pocas de las disfunciones que se le achacan. Entre otras cosas su conversión en una especie de *ensayo general* del juicio que da lugar a esos sumarios de 20 tomos y años de duración. Las soluciones han venido a través de la técnica ensayo-error –aunque no siempre con la deseable comunicación de experiencias entre países–, con la despenalización de conductas que se ha analizado y su conversión en infracciones administrativas, la conformidad premiada, el monitorio penal...

Queda pendiente, sin embargo, el análisis de la finalidad, la elaboración de una dogmática clarificadora y sistemática que pueda orientar las futuras reformas legislativas una vez superadas las construcciones y terminologías paralizantes.

La presión del paradigma tecnocrático

La tercera aporía elegida como ejemplo es también tremendamente interesante y alcanza a todas las ramas del derecho. La relación entre la ciencia, la técnica y el derecho no es nueva. Estas realidades se han dado siempre, al menos en cuanto nos es posible conocer, simultáneamente. Lo que diferencia la situación actual en este aspecto es que la tecnología ha pasado a tener una presencia permanente en todos los ámbitos de la sociedad y, como consecuencia, lo que inicialmente eran solo un conjunto de saberes que ayudaban al derecho a regular o interpretar la realidad han pasado a ser objeto de regulación y de controversia en sí mismas.

Cada vez es más frecuente que existan normas cuyo contenido sea en gran medida tecnológico⁵ e igualmente lo es que la actividad de los tribunales se despliegue sobre asuntos en los que el propio objeto del proceso está directamente relacionado con la ciencia o tecnología, como sucede en materia de propiedad industrial, o acabe estando relacionado con la aplicación de procedimientos científicos en el ámbito forense.⁶ Por otra parte, los avances de las neurociencias, las nuevas teorías del conocimiento y la toma de decisiones, tan prometedores, están dando lugar a la creación de grupos multidisciplinares en los que los juristas juegan un papel fundamental.

La admiración y esperanzas puestas en los avances científicos y tecnológicos va unida muchas veces a la pretensión de que sean las ciencias naturales, las ciencias experimentales y la tecnología las que marquen el rumbo del progreso social. La influencia de este planeamiento, que se ha dado en llamar *paradigma tecnocrático*,⁷ es especialmente acusada en el propio mundo jurídico que, quizá abrumado por la ingente cantidad de conceptos y términos técnicos, trata de quitarse el problema de encima endosándoselo precipitadamente a los expertos, sin reflexionar sobre las repercusiones que esta cesión puede tener.

Es lo que sucede con la proliferación de agencias estatales o europeas que, bajo la excusa de la complejidad de un determinado ámbito, empiezan en cierto modo a competir, bien es cierto que siempre de manera respetuosa, con los órganos jurisdiccionales o, de manera más explícita, a introducir técnicos en los tribunales como ha sucedido en el Tribunal Unificado de Patentes surgido en el seno de la Unión Europea.

Las repercusiones del *paradigma tecnocrático* se extienden a las nuevas líneas del pensamiento jurídico que defienden un replanteamiento del derecho que aspiraría, llevado al extremo, a que fuera una trasposición de la ciencia y sus reglas a la vida de los hombres. Como han puesto de relieve diversos autores ese planteamiento contiene varios errores sobre la relación entre

⁵ Por citar algunos ejemplos en el ámbito de la justicia cabe mencionar la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia o los arts. 588 ter k y 588 ter l, de la Ley de Enjuiciamiento criminal, añadidos en la reciente reforma de 2015. Como ejemplo de regulación alucinante: DECISIÓN DE EJECUCIÓN (UE) 2015/1984 DE LA COMISIÓN de 3 de noviembre de 2015 por la que se definen las circunstancias, formatos y procedimientos de notificación con arreglo al artículo 9, apartado 5, del Reglamento (UE) no 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior [notificada con el número C (2015) 7369] (Texto pertinente a efectos del EEE) LA COMISIÓN EUROPEA, Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Visto el Reglamento (UE) no 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

⁶ LUCA, Stefano de; NAVARRO, Fernando y CAMERIERE, Roberto, «La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español». *Revista Electrónica De Ciencia Penal y Criminología*, 2013, n.º 15 DIALNET. ISSN 1695-0194. <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-19.pdf>

⁷ Tomo la expresión y el concepto de FRANCISCO. Carta Encíclica. *Laudato si* nn. 106-114. No he encontrado referencias anteriores del uso de esta expresión que me parece muy exacta.

ciencia y derecho y sus respectivos campos de conocimiento⁸ ya que ni la ciencia ni la técnica tienen criterios para establecer lo que es justo, la manera en que debe ser organizada una sociedad, las relaciones entre los hombres o lo que pertenece a la dignidad del hombre. Además, el avance del conocimiento y las nuevas tecnologías, a la vez que solucionan problemas crean otros nuevos que desbordan las instituciones jurídicas existentes y obligan a que los juristas intervengan de nuevo para resolverlo utilizando, claro está, la ciencia del derecho.

Es fácil ver que, además, cuando considera como única fuente cierta de conocimiento y avance las ciencias naturales experimentales o formales, se pone en cuestión la propia naturaleza científica de las demás disciplinas y en concreto de la propia ciencia jurídica. Los juristas se convertirían en meros exégetas de lo que el legislador escribiera al dictado de la ciencia⁹.

El fenómeno que hemos descrito hasta aquí, esa omnipresencia de la ciencia y la tecnología que provoca algunos trastornos y perplejidades en los operadores jurídicos, tiene una especial incidencia en cuanto se refiere a la función jurisdiccional, esto es, a la función de juzgar, de aplicar el derecho al caso concreto. Cabe el peligro, que no es hipotético sino real, de que se considere que, dada la complejidad de los temas tratados en las normas o la naturaleza tan compleja y técnica de las controversias que debe resolver, sería mejor que el juez tuviera también conocimientos técnicos o que, en determinadas materias, la asistencia de los técnicos se configurara de otra manera: bien incluyéndolos en el órgano jurisdiccional, bien institucionalizando su función de manera que tenga un mayor peso, etcétera.

En el ámbito del proceso penal esto se hace sentir en diversos campos: por un lado, incorporando conceptos técnicos a las normas, con una dudosa utilidad (toda la regulación última sobre la intervención de comunicaciones telefónicas). Y luego en el ámbito probatorio en el que los científicos tratan –permítanme exagerar– de usurpar el papel del juez imponiéndole sus resultados. No cabe duda de que los avances científicos ayudan enormemente a la investigación criminal y al enjuiciamiento. Algo tan usual ahora como la prueba de ADN se utilizó por primera vez en Inglaterra en 1985. Pero hay una diferencia sustancial entre una prueba como esta y la prueba de la sinceridad del declarante a través de neuro-imagen que se ha utilizado ya en un proceso reciente.

⁸ Un análisis profundo sobre esto en el campo de las neurociencias puede encontrarse en PARDO, Michael and PATTERSON, Denis. *Minds, Brains and Law: the Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*. Oxford Press, 2013, *passim*. Vid. especialmente Chap. I, p. VI, donde se aborda la *falacia mereológica*. Vid. tb. la estupenda reseña sobre esta obra de LUNDBLAD, Nicklas, DOI: 10.2966/scrip.120115.75

⁹ WARD, Tony «An English Daubert? Law, Forensic Science and Epistemic Deference» *The Journal of Philosophy, Science & Law: Daubert Special Issue*. Vol. 15, May 29, 2015, pp. 26-36, *passim*. Es uno de los factores que subyacen al intento de sustraer del juicio jurisdiccional cualquier cosa que no sea «estrictamente jurídica» en lo que supone un falseamiento del propio concepto de derecho.

En todo caso parece claro que, planteado el problema en el plano puramente epistemológico, como una competición entre saberes, se llega a un callejón sin salida –nuestra aporía–, pues ni la sustitución del juez por un perito ni la conversión del juez en *peritus peritorum* son soluciones admisibles. La primera porque no respeta la naturaleza de la función jurisdiccional, que es aplicación del derecho al caso concreto; la segunda porque es una reconocida falacia, ya que nadie ha investido al juez de semejante autoridad. Una solución satisfactoria podría encontrarse con un enfoque del proceso desde la pragmática. Pero no era mi intención ofrecer soluciones sino mostrar cómo la complejidad postmoderna, no solo no hace superflua la ciencia del derecho, sino que exige a los juristas un mayor esfuerzo para profundizar, y una mayor valentía a la hora de enfrentarse a los problemas que son jurídicos sin abandonarlos en manos ajenas.

Conclusión

Observando estos ejemplos de aporías del proceso penal dentro de un fenómeno que me parece extensible a otros ámbitos del mundo jurídico, se pueden adoptar diversas posturas y extraer conclusiones muy dispares. A mí me parece es que todo esto no hace sino resaltar la importancia estratégica de los juristas y en especial los investigadores del derecho.

Porque el derecho no es necesariamente creación de juristas. Con suerte los juristas intervienen en la elaboración del proyecto de las normas. Pero incluso en esos casos, el proyecto tiene que ser tan bueno que siga siendo bueno después de haber sufrido todos los cambios en las distintas fases del proceso legislativo.

Así pues los juristas sobre todo sufren el derecho pero no pueden convertirse en meros comentaristas hay una labor de integración, de búsqueda de soluciones, de comprensión de la finalidad de las cosas que hará posible superar las aporías, encontrar soluciones a los nuevos problemas y explicarlos bien, de manera comprensible, atractiva clara, de manera que no solo sirvan a nuestros colegas de nuestra pequeña área de conocimiento sino lleguen más lejos e incluso ayuden al legislador en su tarea.

Bibliografía

FLORES PRADA, Ignacio (ed.): *Derechos y garantías del Investigado con trastorno mental en la justicia penal*, Sevilla, 2016. Ed.: Proyecto de Investigación I+D Trastornos Mentales y Justicia Penal (DER2014-53816-P).

- GIMENO SENDRA, Vicente: «El derecho fundamental a un proceso acusatorio» en *Diario La Ley*, 2012, núm 7869.
- FRANCISCO: Carta Encíclica. *Laudato si*. Ciudad del Vaticano, 2015.
- LUCA, Stefano de; NAVARRO, Fernando y CAMERIERE, Roberto: «La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español». *Revista Electrónica De Ciencia Penal y Criminología*, 2013. núm. 15 disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-19.pdf>
- PARDO, Michael AND PATTERSON, Denis: *Minds, Brains and Law: the Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*. Oxford Press, 2013.
- SKLANSKY, David Alan: «Anti-Inquisitorialism» *Harvard Law Review*, 2009, vol. 122, núm. 6, pp. 1634-1704.
- WARD, Tony: «An English Daubert? Law, Forensic Science and Epistemic Deference», *The Journal of Philosophy, Science & Law: Daubert Special Issue*. Vol.15, May 29, 2015, pp. 26-36.

1. Justicia distributiva y política fiscal

Cuando justificamos los impuestos podemos dar dos tipos de razones a su favor:

(i) Razones de justicia distributiva. Al hablar de justicia distributiva aludimos al reparto de bienes, beneficios o cargas entre los integrantes de la sociedad de referencia y presuponemos una pauta o regla de reparto que, correcta e íntegramente aplicada, daría idealmente lugar a una distribución plenamente justa. Sociedad justa sería, pues, aquella en la que rigiera dicha pauta de distribución; y, para cada teoría de la justicia distributiva una sociedad será tanto más justa cuanto mayor sea la proporción en que esa pauta de justa distribución sea efectivamente aplicada. Por poner un ejemplo, si la pauta de justa distribución es la plena igualdad material entre los ciudadanos, una sociedad será tanto más justa, cuantas menores sean las desigualdades materiales entre los ciudadanos; o, con un ejemplo más, gráfico y absurdo, si el criterio fuera el de que cada cual recibiera en el reparto en proporción a su estatura, sería mayor la justicia cuantas menos fueran en la práctica las desviaciones de esa correspondencia.

En relación con la justicia distributiva, los impuestos suelen mencionarse como herramientas para hacer valer un patrón igualitario de distribución. En ese sentido, el lema de que pague más el que más tenga quiere decir que ese pago mayor del más rico sirve para acortar la diferencia de riqueza con el más pobre y, según tal punto de vista, de esa manera se coadyuva a que la sociedad sea más justa por ser más igualitaria.

(ii) Razones de costes de servicios públicos y prestaciones públicas. Puesto que el Estado tiene unos gastos derivados de los muy diversos servicios que presta y funciones que desempeña, debe procurarse unos ingresos, que en gran parte provienen de los impuestos, como es obvio. Y a la hora de establecer impuestos, hay que fijar un criterio: a quién, en razón de qué y en qué proporción se cobran.

Si se trata de recaudar para gastar y se considera, además, que detraerle a alguien de lo que es suyo constituye un mal para ese sujeto pasivo del impuesto, la justificación aquí se relacionará muy estrechamente con la eficiencia: el mejor impuesto es aquel que tiene un mejor efecto recaudatorio global y, al tiempo, «daña» lo menos posible. A esto es a lo que se puede llamar eficiencia impositiva.

Determinadas prestaciones estatales pueden reducir, amortiguar, los efectos de la desigualdad, muy en particular las que satisfagan derechos sociales. Pero, aquí, ese efecto indirecto no es el fin que justifica el impuesto, aunque sea complementario de esa justificación, si se quiere.

Las tesis que pretendo defender primeramente son las siguientes. Una, que se puede respaldar un modelo de Estado fuertemente social sin necesidad de abogar por que los impuestos sirvan a la reducción de la desigualdad económica como tal. La otra, que el modelo que llamaré

¹ Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León.

igualitarista tiende, en cuanto construcción teórica, a colapsar. Sobre esto último se puede afirmar, muy resumidamente, que si la de reducir la desigualdad fuera la justificación única o principal de los impuestos, habría dos consecuencias teóricas importantes:

Primera. Que, alcanzada hipotéticamente la plena igualdad social, ya no habría justificación para que siguieran existiendo impuestos.

Segunda. Que, en un contexto de desigualdad todavía no eliminada, entre dos estados uno de los cuales tuviera mayor desigualdad, pero con más alta realización de los derechos sociales, y otro que tuviera menos desigualdad, pero con menores derechos sociales, este segundo sería preferible. En otras palabras, y respecto de este último aspecto: que si un sistema impositivo logra reducir la desigualdad a base de restar bienes a los más ricos, se justifica tal sistema, aunque no se consiga mejorar la situación en sí de los más pobres.

Justicia distributiva contra eficiencia, esas podrían ser las etiquetas para las alternativas en juego. Con importantes consecuencias adicionales, como la de que si lo que importa es más la eficiencia que la justicia distributiva, cabe cuestionar ciertos dogmas de la filosofía «progresista» de los impuestos, como el de que son preferibles, por más justos, los impuestos directos que los indirectos, o el de que la justicia exige que sean progresivos los impuestos directos como, paradigmáticamente, el impuesto sobre la renta.

2. ¿Deben los impuestos servir para que los ricos sean menos ricos?

Tomemos tres personajes y llamémoslos Esquilo, Sófocles y Eurípides. Luego traeremos un cuarto y le daremos el nombre de Terencio.

Esquilo es fontanero. La suya fue una vida dura hasta que, a base de trabajo y trabajo y debido a su enorme habilidad e inteligencia a la hora de cumplir con su oficio, se fue abriendo camino y ganando cada vez más. Es de los pocos en el país que son capaces de manejar ciertas instalaciones de fontanería muy complejas y en las que se emplean materiales especiales. Ahora tiene cincuenta años y varias empresas importantes del ramo de la construcción se lo disputan a golpe de talonario. A día de hoy está contratado por una de las mayores y gana ciento veinte mil euros al año.

Sófocles es un afamado novelista de mucho éxito. Cuarenta y cinco años. Cotiza como autónomo y como tal paga sus impuestos. En verdad, es un muy sacrificado peón de la pluma, pues no dedica a la escritura menos de ocho horas diarias, de lunes a sábado. Poco a poco, el éxito de público y crítica fue llegando y el último año ha ingresado ciento veinte mil euros, especialmente por derechos de autor, aunque también percibe algo por algunas conferencias que ha impartido.

Eurípides es un albañil sin especial cualificación profesional. Se desempeña como peón. Cuarenta y dos años. No es muy habilidoso, aunque sí esforzado, razón por la cual es apreciado en las empresas del ramo y hasta hoy no le ha faltado tajo. En el último año sus ingresos totales fueron de doce mil euros, a razón de mil al mes.

En impuestos directos Eurípides no paga nada, dado lo bajo de sus rentas. Pongamos que Esquilo y Sófocles tributan en su impuesto sobre la renta lo mismo, veinticuatro mil euros cada

uno, equivalentes al veinte por ciento de los ingresos de cada cual. Sé de sobra que estoy jugando con tipos impositivos irrealmente bajos, pero acéptese así para mayor claridad.

Si nos preguntamos por qué pagan tanto, responderemos que porque ganan mucho. Y que Eurípides no paga nada porque su sueldo es realmente bajo. Las cuestiones pertinentes, aunque no muy habituales, son dos. Primera, por qué deben pagar más los que ganen más, aun cuando sea completamente lícito y honesto su modo de ganar y, más todavía, resulte proporcional a su esfuerzo, inteligencia y capacidad. Segunda, por qué quienes perciben servicios sociales con cargo al erario público los perciben en todo caso con total prescindencia de su disposición y esfuerzo.

Respecto de la pregunta primera, creo que suele haber un prejuicio subyacente, el de que quien mucho gana algo indebido ha hecho o hace. Se asume más o menos conscientemente que nadie puede hacerse rico con el fruto nada más que de su honrado esfuerzo y sin aprovecharse reprochablemente de alguien. En cuanto a la segunda cuestión, el prejuicio acostumbra a ser el inverso, el de que toda persona gravemente pobre está en esa situación o bien de resultas de las malas artes del prójimo y la injusticia social, o bien como consecuencia de su pésima suerte, pero siempre y en todo caso sin rastro de culpa del propio sujeto. Creo que, al menos en el terreno de la ciencia social y la filosofía política y jurídica, deberíamos superar esos dos prejuicios y admitir que hay también ricos inocentes y pobres culpables, y que a lo mejor no estaría de más discriminar entre tipos y orígenes de la riqueza, cuando de gravarla o darle tratamiento jurídico se trata; y entre clases de pobreza, a la hora de brindar ciertos servicios a quien no puede pagarlos. Y en esto último convendrá también diferenciar entre clases de servicios públicos y prestaciones, pues, por ejemplo, se puede defender que deba ser universal e incondicionadamente gratuita la sanidad pública básica, pero que los perceptores de ayudas sociales en metálico deban hacer algo para merecerlas o «ganárselas».

Pero la pregunta que pretendo poner sobre la mesa es esta: ¿por qué han de pagar tanto Esquilo y Sófocles, si cuanto ganan a nadie se lo quitan ilegítimamente y es resultado de su esfuerzo y habilidad? Insisto en ese dato, no hablamos de personas de las que alguien pueda decir que se aprovechan del trabajo ajeno o de la plusvalía generada por la labor de otros ni nada de ese estilo. ¿Realmente es más justo un Estado en el que pagan más impuestos los que ingresan mayores rentas, y más si esa obligación tributaria es radicalmente independiente del tipo de actividad por la que las rentas se ingresan? Y si en lugar de ponernos en clave de justicia distributiva, nos ubicamos en el campo del utilitarismo o el puro eficientismo social, tendremos que inquirir si es socialmente conveniente, en término de riqueza y bienestar colectivos, un sistema fiscal que desincentiva fuertemente el aumento de rendimiento de los más laboriosos y capaces.

Llevo toda la vida creyendo algo que me contaron cuando era estudiante, la teoría de que es más justo, se mire como se mire, un sistema fiscal basado en impuestos directos y de carácter progresivo. Empiezo a tener dudas. ¿No deberíamos manejar, como hipótesis, la mayor justicia y eficiencia de, por ejemplo, la combinación de un tipo impositivo único, bajo y de aplicación casi universal, algo así como el 5 %, y una carga mayor sobre los impuestos al consumo, tipo IVA, ahí sí con una clara discriminación entre clases de productos y tipos aplicables? O sea, que, si Esquilo y Sófocles quieren comprarse, ya que pueden, el Mercedes más caro del mercado, que paguen un IVA bien alto, pero que ninguno de los tres personajes pague nada, por ejemplo, como IVA del pan o la leche. O que abone un impuesto específico el que elija mandar a sus hijos a un colegio privado (en lugar de que los subvencionemos entre todos) o a una universidad privada.

Pongamos que uno es o se siente progresista y comprometido con el Estado social de Derecho, como es mi caso. ¿Por qué no debemos considerar derechista, neoliberal, antiprogresista y, sobre todo, socialmente injusta una propuesta como la anterior? ¿Por qué hemos acabado tomando como sinónimo de justicia social de la buena la cantaleta esa de que tiene que pagar más –en impuestos directos, repito– el que más tenga y al margen de que lo tenga de bóbilis y porque lo heredó y nada más que administra sus inversiones, o de que lo consiga trabajando de sol a sol y sacrificándose para dar mejores posibilidades vitales a los suyos? Porque lo chirriante del caso es que cuando llega un partido que dice que por fin va a ser verdad que pagarán más los que más tengan, el pato lo van a financiar Esquilo y Sófocles (y otros como ellos que ganan la mitad o una tercera parte que ellos), no los rentistas que no aplicaron nunca el sudor de su frente. ¿Es eso lo que demandan la justicia distributiva y el progreso?

Pensemos, repito, por qué parece a menudo que es muy justo que Esquilo y Sófocles hayan de tributar tanto, y en mayor proporción cuanto más ganen, con independencia completa de que deban sus ingresos únicamente a su inteligencia y su mérito grande, todo ello honestísimamente aplicado y, sobre todo, por el mero hecho de ganar ese dinero así y antes de cualquier decisión suya sobre consumo o inversión. La contestación al uso será que han de pagar todo eso ellos porque alguien ha de asumir las cargas financieras del Estado y ellos son de los que mejor pueden. ¿Y a cuento de qué el poder se transforma, así, en deber? ¿Por qué debe ser mayor la proporción de ingresos socializados o «expropiados» del que más trabaja y más gana honestamente?

Ahora metamos en liza a Terencio. Terencio es un sujeto bastante perezoso, que nunca quiso ni estudiar ni trabajar mayormente y que se da a la vida reposada con fruición digna de mejor causa. No es un incapaz propiamente, no es alguien con algún tipo de tara intelectual o limitación física, es un vago puro y simple. Haberlos, haylos, aunque puede que no sea políticamente correcto señalarlos. Terencio no tiene rentas de trabajo ni de actividad productiva de ningún tipo, pero percibe una pensión por pobre, quinientos euros mensuales.

No seré yo quien mantenga que a Terencio deba el Estado social que tenemos y que definiendo dejarlo morir de hambre. Para nada. Pero apretarle las clavijas un poquito, sí. Que haga algo. Lo que sea, que tenga alguna obligación que vuelva un poco onerosa su vida descansada; vida descansada de pobre, pero descansada. Pues, insisto en lo peculiar de Terencio: no es pobre por desgracias del destino, sino por su nulo deseo de dar palo al agua o esmerarse para mejorar su suerte con algo parecido al trabajo. ¿Qué tal algún tipo de servicio social a cambio de los quinientos eurillos? ¿Y si le pedimos que a cambio de la renta estudie alguna cosa que le enseñamos gratis?

Pensemos en las curiosas simetrías; o asimetrías, según se mire. Primera. La diferencia entre lo que percibe Terencio por no dar golpe a posta y lo que gana Eurípides por trabajar en jornada laboral completa de lunes a viernes no es ni muchísimo menos proporcional al esfuerzo de cada uno, que en el caso de Terencio es cero y en el del peón de albañil Eurípides es muy alto. Si quiere el amable lector verlo más claro, que imagine que Eurípides no recibe el salario que hemos dicho antes, doce mil euros, sino el salario mínimo interprofesional vigente en España ahora mismo, lo que vendría a hacer unos ocho mil euros anuales (frente a los seis mil de Terencio, en nuestro ejemplo).

Segunda. Para financiar lo que percibe Terencio sin hacer nada (ni querer hacerlo) contribuyen en mayor medida los que más hacen porque quieren, como era el caso de Esquilo y Sófocles en nuestros ejemplos.

¿Estoy insinuando que no debe haber ayudas sociales, rentas para personas sin ingresos o algo por el estilo? En modo alguno, ni de lejos. Debe haberlas para el que, por dificultades o situaciones que no le sean imputables y que no pueda remediar por sí, no pueda por sí lograr ingresos. Pero para los otros, no.

¿O hemos los progresistas olvidado que antes del «a cada cual según sus necesidades» iba el «de cada cual según sus capacidades» (Karl Marx, *Crítica del Programa de Gotha*)?

3. ¿Solo son justos y sociales los impuestos progresivos?

Analicemos otro caso hipotético que voy a plantear enseguida. No perdamos de vista que estamos examinando si hay alguna regla racional de justicia distributiva o de justicia fiscal que justifique el principio de capacidad contributiva, entendido como fundamento de los tipos *progresivos* en los impuestos directos, como fundamento de que cada uno pague en proporción creciente a su nivel de riqueza.

Pongamos que una persona, A, tiene 100, otra, B, tiene 500 y la tercera, C, tiene 1000. Aceptado que no hay ahí razón para que ninguno de estos tres esté exento de tributar, las alternativas más claras para asignar a cada uno la correspondiente obligación son tres:

(i) Que cada cual aporte una misma cantidad fija; por ejemplo, 10. El coste relativo de aportar 10 cada uno será diferente para A, B y C, pues para A es el 10 % de lo que tiene, para B es 2 % y para C representa el 1 %.

(ii) Que cada cual pague un mismo porcentaje sobre su riqueza; por ejemplo, 10 %. Entonces, A deberá abonar 10, B pagará 50 y C aportará 100. En este caso cada uno paga en proporción a lo que tiene y, por tanto, se paga más cuanto más se tenga, pero no hay progresividad del impuesto.

(iii) Que exista un tipo progresivo, de manera que, por ejemplo, A paga un 10 %, B tributa un 15 % y C, 20 %. Lo cual implica que la aportación de A es de 10, la de B es de 75 y la de C es de 200. Aquí no solo se paga más a medida que se tiene más, sino que se paga en proporción mayor respecto de lo que se tiene.

Lo que andamos preguntándonos es cuál es la razón, si la hay, que hace más justo (iii) que (ii) y que (i), como se suele creer y decir hoy en día casi sin cuestionamiento; o, al menos, sin cuestionamiento entre los que nos consideramos progresistas.

Ahora vamos con otro caso que deseo presentar. Como es un supuesto puramente hipotético, una hipótesis de escuela, pido que se trabaje teniendo siempre en cuenta las condiciones que paso a estipular.

a) En la sociedad o estado de referencia, se valora muy positivamente algo a lo que vamos a llamar X, pues X es muy importante para la vida de las personas y del grupo entero. Puede entender el lector que con X hacemos referencia a cierto tipo de cosas, como medicinas o vacunas, o que se trata de una actividad importante así descrita en abstracto, como pueda ser el trabajo, o que se alude a un conjunto heterogéneo de cosas que proporcionan genuino bienestar y que tienen un valor común.

b) X se puede medir en unidades o por algún tipo de pauta. Así, podemos decir que Fulano hizo el pasado mes dos X y que Mengano hizo cinco X.

c) Hacer X es costoso, en cuanto que requiere trabajo y esfuerzo, y también previa formación o adiestramiento. A esto se une que, por razón del tipo de habilidades naturales o talentos de cada cual, unas personas tienen más facilidad que otras para producir X.

d) X se puede valorar en dinero y los X se pagan en dinero o mediante bienes traducibles a dinero. Da igual aquí que sea el mercado el que establezca el valor de los X en cada momento o que haya algún tipo de precio puesto por el Estado.

e) En el tiempo T que consideramos en nuestro caso, el valor de cada X está en 100 unidades monetarias, pongamos que 100 euros.

f) De entre todos los que en ese estado hacen X, vamos a tomar como representativos a los tres siguientes: J, K y L. Su producción anual de X es la siguiente, con la consiguiente remuneración:

- J hace 100 X. 10 000 euros.

- K hace 500 X. 50 000 euros.

- L hace 1000 X. 100 000 euros.

g) Rige un impuesto sobre la renta de carácter progresivo y con los siguientes tipos:

- A partir de 5000 euros y hasta 40 000: 5 %. Así que J paga 500. Le restan, pues, 9500.

- Entre 40 001 y 90 000 euros: 10 %. Por consiguiente, K paga 5000. Le quedan 45 000.

- Entre 90 001 y 125 000 euros: 15 %. A L le toca pagar, así, 15 000. Se queda con 85 000.

Ahora vamos a dar unas vueltas a todo esto.

Para empezar, fijémonos en que, tal como está construido el caso, no solo no hay nada de ilícito en lo que J, K o L perciben, sino que, además, a la sociedad le conviene lo que hacen, para la sociedad resulta beneficioso que se produzcan las más unidades de X que sea posible. En esto X se puede asimilar, en abstracto, al trabajo. Toda sociedad será más próspera y se beneficiará más cuanto más sea el trabajo de sus miembros. Adicionalmente, veamos que, si reducimos X a productos del trabajo de los sujetos, resulta que lo que el estado por vía fiscal está quitando a cada uno es parte del producto o valor de su trabajo, y eso nos acerca, curiosamente, a la idea marxista de plusvalía. La diferencia entre lo que vale el trabajo de cada uno (que es, aquí, lo que cada uno percibe por los X que produce con su trabajo) y lo que a cada uno le queda después de pagar ese impuesto directo sería algo bien similar a la plusvalía según Marx, que, como se sabe, es la diferencia entre lo que vale el trabajo (para el empresario) y lo que, como remuneración, el trabajador percibe por su trabajo. Pero dejemos este perverso detalle de lado.

La cuestión bien interesante es por qué nos parece justo, de mano o a primera vista, que J, K y L paguen lo que pagan. La contestación que primero se le vendrá a la cabeza a casi todo el mundo será la siguiente: porque hay que mirar lo que, según lo que ha ganado y lo que debe pagar, a cada uno le queda para vivir y ejercer su autonomía personal. Vimos que a J le quedan 9500, a K

45 000 y a L 85 000 Pero, tal como he presentado el ejemplo, las rentas de nuestros tres protagonistas no provenían de que, por ejemplo, les hubiera tocado el primero, segundo y tercer premio de una lotería, o que hubiera cada uno recibido una herencia por ese importe. No, cada uno había ganado lo suyo legítimamente y en proporción a su trabajo y su esfuerzo. Si, para simplificar por el momento, suponemos que las habilidades y talentos naturales de J, K y L son idénticos y que en esa sociedad han tenido los tres iguales o muy similares oportunidades para desarrollar tales talentos y habilidades, resultará que lo que cada uno ha ganado produciendo X se corresponde con su diferente grado de merecimiento.

A lo anterior hay que añadir algo no menos relevante. Hemos quedado en que los X son muy importantes para esa sociedad, que por eso los paga, y que es mejor para tal sociedad cuantos más sean los X que se produzcan. Así que si dejamos de poner la vista en lo que cada uno recibe por sus X y atendemos a lo que la sociedad recibe, en X, de cada uno, vemos que L (que produce 1000 X) aporta a la sociedad diez veces más que J (quien hace 100 X) y el doble que K (que produce 500 X). Ciertamente que, pagándose cada X al mismo valor, más remuneración percibe el que más X hace, en proporción a la producción de cada cual. Por supuesto que sí, pero si, vía impuestos, no solo se hace que tribute más el que más ha ganado produciendo de esos X que benefician a todos, sino que el que más ha trabajado y producido paga según un tipo más alto, resulta que se está tratando proporcionalmente peor al que tiene más mérito y proporcionalmente mejor al que tienen un mérito menor.

Sabemos de sobra que al establecer los tipos impositivos no se contempla el mérito. Pero la cuestión interesante, en sede teórica, es la de cuánto de defendible o racionalmente justificable hay en una política fiscal que, por un lado, sea directamente opuesta al mérito o merecimiento de los contribuyentes y que, por otro, amenace con desincentivar al que socialmente puede por su actividad resultar más beneficioso. Si, en un supuesto hipotético como el que aquí manejamos, lo que un sujeto gana se corresponde con su merecimiento, pero se le quita en proporción progresiva a su ganancia, arribamos a la gran paradoja: *a cada uno se le quita más cuanto más merece tener*; o sea, cuanto menos merece que se le quite, y en especial si tales cantidades se detraen completamente al margen de sus preferencias y sus decisiones de consumo, por ejemplo. Mientras que, por el otro lado, es posible que un individuo que nada quiso hacer, pudiendo, y por tanto nada ha ganado merecidamente, sea subvencionado al pagársele ciertos servicios y prestaciones con cargo a lo que a los otros se les detrajo.

Ni soy un ultraliberal ni estoy contra el estado social ni me opongo a que el estado preste servicios públicos que satisfagan derechos sociales a quienes no puedan pagarlos. Porque me parece fuera de discusión que, como derecho social, el derecho a una vivienda digna compromete al estado a facilitar la adquisición de vivienda o a proporcionársela gratuitamente a quien no tenga con qué pagarla, no a todo el mundo. Todos sabemos que tanto los servicios públicos más elementales y que ni los más ultraliberales discuten, como el de seguridad pública o el del mantenimiento de un sistema penal, como esos servicios mediante los que se satisfacen derechos sociales, tienen un coste económico y que por eso hace falta una política fiscal y recaudatoria de los estados. Lo que aquí estoy sometiendo a reflexión no es si tiene que haber impuestos o no, sino cuál es la política fiscal más justa y eficiente. Y al mencionar ahora la eficiencia aludo a que la política fiscal no debe servir para empobrecer a la sociedad, sino para maximizar el bienestar colectivo con simultáneo aseguramiento de los derechos, sociales y no, de cada ciudadano.

Sobre esa base, la tesis que presento a debate es esta: *un sistema impositivo que sea totalmente ajeno al mérito individual a la hora de gravar, y que también sea indiferente al mérito a la hora de repartir, de brindar los servicios públicos, es un sistema que, por una parte, tenderá a la ineficiencia y que, por otra parte, no satisface, en mi opinión, requisitos básicos de una justicia distributiva que se pretenda un poco racional.*

Nada de lo que acabo de plantear en esta entrada se opone a impuestos como los que gravan las herencias, los premios de la lotería o similares, o a los que se apliquen a algunos bienes de consumo y en especial a los que gravan el consumo «lujoso».

4. ¿Obliga el estado social a una política fiscal determinada?

Creo que más de un posible lector de esta ponencia alegará que mis planteamientos son incompatibles con las características y los requisitos de un estado social. Argumentaré a continuación contra esa idea.

Antes que nada, convendría que se llegara a un acuerdo básico sobre lo que por estado social puede y debe entenderse. Propongo la definición más sencilla, elemental y abarcadora de estado social de derecho: es aquel estado constitucional y democrático en el que se da satisfacción a los derechos sociales o, al menos, a los más importantes e indiscutidos de tales, como salud, educación y vivienda. Con los siguientes matices: La satisfacción de tales derechos la procura el estado ante todo para aquellos ciudadanos que no dispongan de medios económicos para sufragar sus costes, lo cual se lleva a cabo por el estado sobre la base de políticas públicas y, de modo muy relevante, mediante la prestación de servicios públicos. Esa actividad organizativa y, sobre todo, prestacional del estado tiene costes económicos que van a cargo del erario público.

Aun cuando, evidentemente, un estado prestador de servicios (y más de servicios tan costosos como pueden ser los orientados a la realización de los derechos sociales de los ciudadanos) ha de llevar a cabo una imprescindible política fiscal y recaudatoria, lo que define un estado como social no es un tipo determinado de política fiscal ni que esta cumpla alguna condición en particular, sino, precisamente, el que dicho estado logre la mejor realización posible de tales derechos. Sobre el papel, también puede un estado nada social y que no ampare ninguno de esos derechos mantener una política fiscal con importantes impuestos directos de carácter progresivo. Es esta tesis la que quiero desarrollar ahora.

El llamado principio de capacidad contributiva o, dicho más elementalmente, el principio de que pague más impuestos el que más tenga, el que sea más rico, no es, en mi opinión, ni condición necesaria ni condición suficiente para que estemos ante un estado social que merezca ese nombre por razón de sus políticas y sus logros «sociales». Lo cual no significa que no pueda darse también un estado social efectivo si se aplica dicha política de mayor presión fiscal sobre los que más tengan o ganen. Siendo esto último sobradamente claro, me importa explicar lo de que el principio en cuestión no es ni condición suficiente ni condición necesaria.

Pero, antes, una precisión. Hablaré en lo que sigue del principio de que pague más el que más tiene, y lo representaré en adelante así: PT. Pero con el detalle añadido de que me referiré solamente al pago en proporción creciente o idea de progresividad fiscal. Si A gana 1000 y B gana 10 000 y a ambos se aplica un tipo impositivo del 5 %, A paga 50 y B paga 500. No aludo con PT a ese caso, sino a cuando legalmente se determina que A debe pagar, por ejemplo, el 5 % de

sus 1000 (50) y que B debe contribuir con el 15 % de sus 10 000 (1500) y, manteniéndose iguales las demás circunstancias personales y vitales de uno y otro. Ya sabemos que la razón que a menudo se aduce para esa diferencia es que, por imperativo de justicia fiscal, a cada uno hay que aplicarle un tipo impositivo proporcional a su riqueza o poder adquisitivo (y no el mismo tipo a ambos, con resultados obviamente diferentes puesto que no es igual su poder adquisitivo).

Voy a intentar justificar mi afirmación de que el PT no es ni condición suficiente ni condición necesaria para que haya estado social real y efectivo.

Imaginemos que podemos evaluar la efectividad o grado de realización de los derechos sociales y que usamos una escala de 0 a 10. No es tan raro ni tan difícil eso. Y comparemos dos estados, E^1 y E^2 . Para simplificar la exposición, añadamos que tanto en E^1 como en E^2 la mitad de los ciudadanos (los llamaremos los A) tienen una riqueza o poder adquisitivo de 1000 y la otra mitad (los B) tienen una riqueza o poder adquisitivo de 10 000.

Con esos datos, comparemos.

E^1 : se aplica a todos, los A y los B, un tipo impositivo idéntico, supongamos que del 10 %, y el nivel de satisfacción de los derechos sociales es de 7.

E^2 : se aplica a los A (los que tienen 1000) un tipo del 5 % y a los que tienen 10 000, uno del 15 %, y el nivel de satisfacción de los derechos sociales está en 6.

Ahora unas pocas observaciones al respecto.

En primer lugar, planteémonos si esa comparación tiene conceptual o teóricamente sentido o no. Esto es, si cabe que en la práctica alguna vez pueda ser verdad que un estado con una política fiscal no progresiva o menos progresiva tenga un grado superior de protección o realización de los derechos sociales. A mí me parece que está fuera de duda que sí cabe. Porque ese grado puede depender de otras variables que también son muy determinantes y que cualquier política pública ha de tener en cuenta, como, por ejemplo, la eficiencia en la gestión y el nivel de corrupción. Lo que debemos de mano descartar, por empezar por lo más elemental, es que mayor recaudación signifique automáticamente mayor cantidad de recursos destinados a servicios públicos sociales (o no sociales, incluso) y a derechos sociales (o de cualquier tipo), y, por lo mismo, tampoco más progresividad implica con necesidad «lógica» mejores derechos sociales; ni siquiera implica más igualitaria distribución de la riqueza.

Si en lo anterior estoy en lo cierto, bastaría eso para que tengamos que aceptar que, por sí, el PT no es condición suficiente para el estado social o para su mejor realización. Con propósitos aclaratorios de lo que ya parece bien evidente, podemos imaginar un tercer estado, E^3 , en el que, siendo iguales aquellos repartos iniciales entre los A y los B, tuviéramos esto:

- Los A están exentos de tributación.
- A los B se les aplica el 50 %.
- La realización de los derechos sociales en ese estado es de 3, en una escala de 0 a 10.

¿Es más justo E^3 que E^2 o E^1 ? Solo puede creerlo así quien parta del axioma de que un estado es tanto más justo cuanto menor sea la diferencia de riqueza entre sus ciudadanos, con independencia de cuáles sean las situaciones efectivas y las oportunidades vitales de esos ciudadanos y los derechos que se les satisfagan. A mi modo de ver, ese es uno de los más graves

prejuicios de los que, lamentablemente, han hundido o están hundiendo el pensamiento progresista o de izquierda en gran parte del mundo. Es probable que sea eso lo que hace que más de cuatro crean que es más justo el actual estado cubano que el actual estado alemán o francés o danés o español.

El estado constitucional y democrático de Derecho que es definido por tantas constituciones actuales no tiene una teoría de la justicia distributiva densa o completa que le sea propia, que sea específica de él. Lo que sí hace, en sus constituciones, es estipular unas ciertas condiciones cuyo incumplimiento o cuya insatisfacción hacen que no se pueda hablar de que ese estado sea efectivamente democrático o efectivamente social. Así, si no hay elecciones políticas democráticas o están amañadas, no será un estado democrático; y si sus ciudadanos económicamente menos solventes no tienen acceso a la educación de calidad o a la sanidad de calidad, o si se mueren de hambre o de frío en la calle, no estaremos ante un estado social, se diga lo que se diga en el texto constitucional. Los ejemplos son tan obvios, que casi da vergüenza mencionarlos: Venezuela, hoy, no es ni un estado democrático ni un estado social; ni lo sería si de verdad hubiera plena igualdad en la radical pobreza y no estuvieran los corruptos dirigentes amasando extraordinarias fortunas a costa del hambre de la inmensa mayoría de los ciudadanos.

En suma, lo que hace más o menos social un estado «social» de Derecho no es que exista mayor o menor igualdad económica entre sus ciudadanos, sino la medida en que los derechos sociales encuentren satisfacción para todos. Con un añadido nada desdeñable: a lo que resulta comprometido el estado social es a brindar esos servicios públicos esenciales y de carácter social a los que no puedan con sus medios económicos pagarlos. Por tanto, a proporcionárselos a esos ciudadanos o gratuitamente o a un precio asequible (en el contexto de su poder adquisitivo y teniendo en cuenta las otras necesidades vitales que debe cada uno atender). Pero nada en el concepto de estado social fuerza a que esos servicios públicos deban ser para todos gratuitos o para todos con el mismo coste. Que un Botín bien integrado en la poderosa familia de origen santanderino pague al matricularse en una universidad pública española lo mismo que el hijo de un modesto funcionario o de un trabajador con elementales ingresos no es un logro del estado social, sino una rémora para el mismo y un escarnio.

Alguien puede objetar con buen sentido que hay en lo anterior una cierta trampa. Se dirá que de acuerdo, que admitamos que un estado con PT cabe que sea más ineficiente en sus políticas y resultados en términos de derechos sociales que un estado sin PT y que eso puede y hasta suele deberse a la deficiente organización y gestión de los servicios públicos o a la corrupción, que desvía los dineros de los impuestos hacia ladrones y de acuerdo con sus estrategias torcidas y fraudulentas. Pero podrá ese interlocutor reclamar que en nuestras comparaciones entre E^1 y E^2 demos por sentado y admitido que la calidad de la gestión es en los dos estados igual y que es el mismo el nivel de corrupción administrativa en ambos. Supongamos, incluso, que ese nivel de corrupción es en los dos bajo, casi inapreciable. Así puestas las cosas, concluirá ese nuestro crítico que ya no será imaginable que pueda ser más alta la satisfacción de los derechos sociales en el estado sin PT que en el estado con PT. Recordemos que, en el ejemplo con el que antes jugamos, el estado sin PT (E^1) alcanzaba un 7 en la satisfacción de los derechos sociales, mientras que el estado con PT (E^2), quedaba en 6.

Reconozco que con esto nos damos de bruces con el gran debate de los economistas. Para que nuestro crítico imaginario tuviera razón, tendría que ser en todo caso verdad, en los hechos reales, que nunca con una política fiscal de carácter no progresivo y que, por tanto, no obligue a

los que más tienen o ganan (lícitamente, claro) a pagar impuestos directos en una proporción mayor (con tipos más altos) que los que tienen menos, podrá alcanzarse una situación social y económica en que la garantía de los derechos sociales de los ciudadanos (tanto en términos de promedio como de satisfacción de mínimos irrebables hacia abajo) sea más alta que en un estado con PT, con una política fiscal progresiva.

Reconozco mi incompetencia al llegar a ese punto en que hay que apelar a la ciencia económica más dura y tendríamos que habérmolas con abundantes y variadísimos datos históricos y del presente. Y por las mismas que reconozco mi incompetencia, exijo acreditación de competencia al que sostenga en este debate cualquier hipótesis que requiera conocimiento económico serio y manejo de datos empíricos abundantes. Sea como sea, me parece que las tesis principales que yo quería defender se mantienen incólumes. Esas tesis las menciono de nuevo, aunque no todas hayan sido convenientemente desarrolladas:

a) Que un estado no es más social por ser más igualitario, por acortar las diferencias de riqueza entre sus ciudadanos.

b) Que un estado social no está socialmente comprometido, por ser «social», a la o a una mayor redistribución de la riqueza de sus ciudadanos, como fin en sí mismo o fin definitorio de lo social. Esas políticas de redistribución como fin en sí o fin moralmente loable al margen de otros objetivos no tienen más amparo que el de la envidia o el resentimiento, siempre que hablemos de riqueza lícitamente obtenida.

c) Que una política fiscal no progresiva y de tipos impositivos únicos en los impuestos directos también es redistributiva, aunque menos, evidentemente. Sabemos que, con un tipo del 5 %, paga 50 el que tiene 1000 y 500 el que tiene 10 000.

d) Que, en términos de justicia social o distributiva, las exacciones, por el estado, de dinero a los ciudadanos, por vía fiscal, solo se justifican en proporción al uso y los logros para el interés general y los derechos de las personas. Hay algo todavía más injusto que un estado no social: un estado falsamente social en el que a muchos se quita de lo suyo para enriquecer a delincuentes y sátrapas, sin mejorar (o empeorando) la vida de los más débiles.

e) Que, moral o constitución en mano, es preferible un estado menos recaudador o con políticas sociales menos (re)distributivas en el que estén mejor satisfechos los derechos sociales (en promedio y en mínimos) que uno con políticas fiscales más agresivas en el que sea más baja esa satisfacción.

f) Que cuando está sentado y bien demostrado que para satisfacer los mínimos ineludibles de derechos sociales o para aumentar el promedio de satisfacción de los mismos no hay alternativa menos agresiva para otros derechos (empezando, evidentemente, por el derecho de propiedad) que la del incremento de la recaudación fiscal coactiva o la del aumento de la progresividad de los impuestos directos, dichas políticas están justificadas; pero solamente bajo esas condiciones.

BASES FILOSÓFICAS DE LA AUTORIDAD EN EL ESTADO DE DERECHO

Xacobe BASTIDA FREIXEDO
Universidad de Oviedo

I.- A MODO DE INTRODUCCIÓN

Afrontar genéricamente un asunto como el de la autoridad equivale a naufragar en el intento. Como decía Nietzsche, solo se puede definir lo que carece de Historia, y de bagaje histórico no anda precisamente escasa la autoridad. De los conceptos que están preñados de Historia, por el contrario, solo podemos saber qué son, siguiendo el *dictum* agustiniano referente al tiempo, cuando no nos preguntamos qué es lo que son. Idéntico problema acontece con el Derecho. Tras siglos de especulaciones se ha llegado a un cierto consenso –bastante triste, por lo que luego se verá– sobre la naturaleza del Derecho. Nos referimos a la teoría popularizada por M. Reale (en realidad procede de la escuela neokantiana, con Lask, Radbruch y Sauer a la cabeza) bajo el rótulo de *Teoría tridimensional del Derecho*. Para Reale (1968), el Derecho está formado por una triple naturaleza. Muestra, en primer término, una condición normativa: el Derecho se compondría así de directivas lingüísticas que pretenden influir en la conducta de sus destinatarios –y la Ciencia del Derecho o la Dogmática Jurídica se ocuparían de su estudio–. Pero, en segundo término, también poseería una naturaleza fáctica: el Derecho se muestra así como un dato, como un conjunto de conductas empíricamente observables cuyo estudio estaría a cargo de la Sociología jurídica. Por último, el Derecho estaría compuesto por una faceta valorativa que se sustanciaría en las implicaciones sustantivas de sus contenidos y que sería el campo propio de la Filosofía del Derecho. El Derecho es entonces norma, hecho y valor. Claro está que esto no constituye una teoría acerca de la naturaleza del Derecho, sino que es, muy al contrario, una teoría que ha desesperado de la posibilidad de hallar una naturaleza del Derecho. De la misma forma que los antiguos boticarios, cuando no encontraban la fórmula concreta para solucionar una enfermedad, mezclaban todos los principios activos conocidos –era la llamada *triaca máxima*– para ver si la combinación de todos ellos producía

espontáneamente la curación, aquí se trata de reunir todos los elementos que históricamente se han dado para definir al Derecho con la intención de que, de la suma de todos ellos, se produzca un concepto capaz de hacer frente a cualquier eventualidad. La triaca no era realmente una solución a la enfermedad: era el remedio propuesto al no haber encontrado, propiamente, un remedio. Del mismo modo, la teoría tridimensional del derecho es la respuesta que se da cuando no se encuentra la respuesta sobre la naturaleza del Derecho. Si el Derecho ha mostrado a través de múltiples fracasos explicativos que no es todo de algo, puede entonces que sea algo de todo...

Ahora bien, esta tridimensionalidad, que es magra para concretar esencias, tiene al menos la virtualidad de señalar las perspectivas fundamentales desde las que aproximarse a cualquier fenómeno cultural, también, por supuesto, el de la autoridad. En efecto, caben tres grandes líneas de investigación con las que podemos acometer el estudio de la autoridad.

La primera es la vía histórico-filológica y consistiría en el rastreo del origen y evolución del concepto. Aquí, obviamente, el centro de atención ha de desplazarse al entendimiento que en Roma se le daba, pues es la autoridad un concepto genuinamente romano. De hecho, Dion Cassio no encuentra manera de volcarlo al griego y, ya en el siglo XVIII, J. Barbeytrac, cuando traduce a Puffendorf al francés, necesita recurrir al circunloquio *considération seule* para dar cuenta del concepto. Aunque aquí no utilizaremos esta perspectiva, sí nos valdremos en lo sucesivo de la oposición fundamental que yugula este tipo de estudios; a saber, la distinción entre *auctoritas* y *potestas*. Entendemos aquí por *potestas* la institucionalización del poder, la domesticación de la fuerza que se daba a través de la actuación de los magistrados. A diferencia de la simple fuerza, la *potestas* era un poder socialmente aceptado. Por el contrario, de acuerdo con A. d'Ors, la *auctoritas* no era un poder, sino un saber socialmente reconocido que servía de límite a la *potestas* –siendo la *auctoritas patrum* de los senadores y la *auctoritas augurum* de los augures las dos manifestaciones más características de la *auctoritas* romana–. La *auctoritas* operaba como una especie de condensación del prestigio emanado de la ejemplaridad de la conducta. La *auctoritas* es una instancia marcada por la personalidad y por la independencia del que la detenta, y estas dos características, a su vez, explican su capacidad de ejercer de límite al poder que antes habíamos indicado –por ello, en esta vía de estudios se encontraría la dimensión valorativa que antes veíamos en el proyecto tridimensional–. Cuando Mommsen definía la *auctoritas* como «algo más que un consejo y algo menos que una

orden» o como «un consejo cuyo cumplimiento no se podía decentemente eludir», o cuando Puffendorf hablaba de la autoridad como «la dirección de una conducta ajena cuando no se tiene derecho pero que resulta difícil resistir», incidían en esta especial capacidad rectora de la autoridad, aunque carente de poder inherente de sanción. La fuerza de la *auctoritas* no se cifra exactamente en lo que impone, sino en lo que es capaz de imponer: de ahí su especial resistencia pasiva frente a la contradicción. El que se oponga a la *auctoritas* deberá afrontar la carga de la prueba.

La segunda vía de aproximación a la autoridad sería la jurídica, aquella que percibe a la autoridad como un concepto decantado dentro de un contexto normativo –y en este punto encontraríamos la dimensión normativa de aquel fármaco de M. Reale–. Aquí la autoridad muestra un significado autónomo respecto al anterior, con un alcance definido dentro del campo jurídico. En este sentido hay que entender la autoridad en expresiones tales como «autoridad competente» o «atentado a la autoridad». Curiosamente, desde este punto de vista normativo, la autoridad invierte la significación anterior. Y es que la autoridad –como tal se suele reconocer en los ordenamientos contemporáneos a los representantes políticos y a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado– se presenta normativamente como la cualidad que ostentan personas investidas de *potestas* –incluso de *nuda potestas*–. La autoridad, caracterizada de esta manera, no sería una *auctoritas*, sino una *potestas* cualificada. Para un romano, oír hablar de la autoridad de un policía le parecería un mal chiste. En esto los romanos eran tajantes: si se tiene porra no se puede tener autoridad.

Este cambio conceptual tan marcado es la expresión de una tensión dialéctica que apreciamos ya desde los orígenes del concepto en Roma. Nos referimos a la propensión de la *potestas* a engullir y domesticar la fuerza autónoma de la *auctoritas*, por un lado, y a suplantarla directamente, por otro. Como ejemplo de lo primero encontramos la evolución de la figura del augur en la antigua Roma. Inicialmente, los augures –dotados de la *auctoritas augurum*– eran los encargados de controlar la legitimidad fundamental de la vida pública a través de sus auspicios que desvelaban la voluntad divina y debían impregnar cualquier decisión política. Ya en época republicana, como señala R. Domingo (1999, 28), los augures realizaban anualmente los augurios solemnes. Función exclusiva del augur era la *inauguratio* de los templos y de las personas revestidas de poder sacerdotal. Además de la *inauguratio*, los augures practicaban la *auspicatio* –la adivinación por medio de la contemplación de los signos celestes y de las entrañas de las aves–, arte también cultivado por los arúspices –de

harus, entraña, y *spicere*, contemplar— que actuaban como subalternos de los magistrados. Prácticamente toda la vida política de Roma requería de la *auspicatio* augural. Las actuaciones de los magistrados, las convocatorias de las asambleas, el momento propicio para la batalla..., en fin, cualquier situación extraordinaria precisaba de la previa actuación del augur. *Nihil nisi auspicato!* Resume Tito Livio en su *Historia de Roma*. La diferencia fundamental del augur respecto del arúspice era que el primero poseía *auctoritas*, monopolizaba la función de la *inauguratio* y, además, podía ejercerla de oficio, sin una expresa solicitud. El segundo, por el contrario, solo practicaba auspicios y estaba sometido a un poder revestido de *potestas* —solo operaba a instancias del magistrado—, estando por ello desprovisto de *auctoritas*. Pues bien, durante la República se produjo una progresiva desaparición de augures correspondida por una proporcional proliferación de arúspices prestos a auspicar lo que su superior les demandaba. La independencia del augur resultaba molesta y pronto fue sustituida por la mansedumbre del arúspice, del solícito funcionario del rito. Como muestra de lo segundo —de la tendencia a la suplantación de la *auctoritas* por la *potestas*— encontramos la dotación de labores legislativas al Senado —el órgano con *auctoritas* por excelencia— que se realizó a partir de Octavio Augusto, siendo así que en esa época el Senado estaba por completo sometido a la figura del *Princeps*. Esto es, la legislación resulta de facto una prerrogativa de la *suma potestas*, del *Imperium* encarnado por Octavio, pero nominalmente es ejercida por un Senado que transvasa su autoridad a las leyes y, de forma mediata, al Príncipe mismo.

En la tensión entre la Iglesia y el Imperio durante la Edad Media asistimos a un proceso similar. El Imperio recaba para sí la legitimación religiosa, que era la única plena en la época —tanto los monarcas como el emperador lo serán *Dei Gratia* mediante un rito sacramental— al tiempo que intenta controlar, vale decir domesticar, a los artífices de esa legitimación. El poder necesita protegerse e integrar la legitimidad —en el sentido de una adhesión automática que el ciudadano experimenta como libre— que proporciona la *auctoritas* pero, a la vez, precisa combatir el fundamento mismo de dicha *auctoritas* en tanto que esta es depositaria de una fuerza crítica que resulta molesta al ejercicio de la *potestas*. En realidad, los ejemplos que muestran este movimiento de asunción de la *auctoritas* y rechazo real de las fuentes de la *auctoritas* podrían multiplicarse —sin ir más lejos en la dialéctica entre el iusnaturalismo y el positivismo encontramos un proceso idéntico— y esto nos habla de una tendencia política profunda que, de un lado, no renuncia a la *auctoritas* como instancia separada del poder —y por

eso se acepta al menos en un nivel discursivo (la *auctoritas* funciona así como instancia de legitimación del poder)– y, de otro lado, menoscaba las fuentes tradicionales de *auctoritas* para integrar sus funciones en el ámbito de la *potestas* –y de este modo se niega la *auctoritas* en un nivel operativo–.

La tercera vía de aproximación, que es la que desarrollaremos en lo sucesivo, es la filosófica, que, en este punto al menos, coincide con la sociológica. De hecho –y no nos es dado aquí entrar en materia, con lo que se nos disculpará el tono excesivamente dogmático–, en todos aquellos casos en los que la filosofía debe explicar el sentido de una práctica cultural –otra cosa acontece cuando afronta la explicación de fenómenos susceptibles de formalización– su objeto y su método han de coincidir con los de la sociología. En este sentido podríamos decir que, para ciertos menesteres, la sociología no es la única verdadera filosofía, aunque sí la única filosofía verdadera. Desde esta visión socio-filosófica, la autoridad, una vez desprovista de resabios históricos y depurada su significación jurídica, queda enmarcada como una institución productora de obediencia –esa es la dimensión fáctica a la que aludía el batiburrillo de Reale–. En efecto, la autoridad entendida como institución que yugula el comportamiento humano, no puede ser concebida sin atender al fenómeno del sometimiento a los dictados de la autoridad. Esta dimensión nos permite, a su vez, distinguir dos perspectivas. La primera privilegia el punto de vista activo de la autoridad e intenta explicar la cualificación que ha de tener la autoridad para ser obedecida; estudia, en suma, las razones del mando. La segunda perspectiva se centra en la explicación del porqué del sometimiento a aquella cualificación: estudia los motivos reales de la obediencia. O, dicho con otras palabras, aquí se trata de distinguir entre las llamadas *teorías de la legitimidad*, esto es, los discursos que *justifican* la obediencia –y por ello parten de la obediencia como de un dato natural que necesita ser fundamentado– y los discursos que *explican* la obediencia, y aquí la obediencia ya no se beneficie de halo de naturalidad alguno, sino que precisa ser explicada como un comportamiento, en principio, asombroso –pues nada hay más fascinante que alguien lleve a cabo acciones contra su voluntad y que, sin embargo, las acabe aceptando voluntariamente–.

La primera de estas perspectivas es la propia del liberalismo clásico, con Locke a la cabeza, y del funcionalismo de estirpe weberiana. El poder y la autoridad correlativa se conciben como conceptos derivados del consentimiento. Así, la autoridad merece ser obedecida porque ostenta una capacidad legítima, porque consume el

ejercicio de algo a lo que se tiene derecho. De este modo, la autoridad se presenta ante todo como una *cualidad*, como la especificación de un valor.

La segunda de las perspectivas –esta de raíz hobbesiana–, por el contrario, concibe al poder en general y a la autoridad en particular como una simple *capacidad*, como la condensación de una fuerza difícilmente resistible –no quiere decir bruta– que es capaz de producir obediencia a través de la creación de una conducta socialmente estructurada.

Veamos a dónde conduce cada una de ellas.

II.- LA AUTORIDAD CONSENTIDA

Para abordar el concepto de autoridad como una cualidad del poder que depende del consentimiento se hace preciso partir de la archiconocida teoría de M. Weber (1974). Como parte de su teoría de la acción Weber distingue entre Poder y Dominación (o legitimación). El Poder sería la capacidad para imponer la voluntad de algún sujeto independientemente de las razones invocadas para generar la obediencia y a pesar de la resistencia que se le pudiera ofrecer. Por decirlo con las palabras de Weber (1974, 170) –lo cual no siempre es una garantía de estilo, como es el caso–: «El poder es la probabilidad de que un actor en su relación social esté en posición de llevar a cabo su propio deseo a pesar de la resistencia, sin tener en cuenta la base en la que esta probabilidad descansa». Por otro lado, la Dominación sería la capacidad para imponer la voluntad a un grupo de personas que *obedecen* –«es la probabilidad, dirá Weber, de que una orden con un contenido específico sea obedecida por un grupo de personas» (1974, 170)–, y aquí obediencia se hace equivalente de consentimiento, de adhesión al poder. Pues bien, la autoridad, a todos los efectos, equivale a la Dominación –de hecho, en infinidad de ocasiones Weber intercambia estos conceptos o explica el uno en función del otro–. Tan es así que Weber utiliza las mismas categorías para diferenciar los tipos de dominación y los de autoridad. De este modo nos encontramos con tres tipos de autoridad: tradicional, carismática y burocrática o legal.

La autoridad tradicional descansa en el carácter sacro de las tradiciones que rigen desde un tiempo originario y fundacional. La autoridad tradicional impera porque así lo quiere el ciego seguimiento de un pasado que gravita inexorable sobre el presente. De la misma manera, las atribuciones y los límites de la autoridad tradicional vienen marcados por el peso de la tradición. Conste que, en contra de lo que a veces parece

sugerir Weber –en esto estamos más cerca de la línea durkheimiana (1995) que en España desarrolló Ortega en *El Hombre y la Gente* (1966, VII)–, la tradición es mucho más que un mero hábito que se repite por inercia, una simple coincidencia numérica en torno de una actividad concreta: la tradición es un hábito adquirido por el seguimiento de normas, de usos, que se suponen inmemoriales. La cuestión no es baladí. Weber mantiene que la frecuencia del comportamiento en una mayoría humana es lo que convierte a una acción en tradición, en costumbre, en hábito que, por ser frecuente, se ha automatizado y estereotipado en los individuos. Aquí sugerimos una inversión de este planteamiento. La tradición no se convierte en norma –en fuente de dominación, diría Weber– porque se repita un comportamiento determinado. La verdad es lo contrario: el comportamiento tradicional, por cuanto se considera guiado por normas, se repite.

La autoridad carismática, en cambio, despierta una obediencia que radica en el respeto al heroísmo o a la ejemplaridad de una persona. La *auctoritas* es propiedad intransferible del *auctor*, de la persona *sui iuris*. La obediencia a la autoridad carismática se fundamentaría, pues, en características extraordinarias que residen singularmente en la persona que detenta el carisma. Llamamos la atención sobre el hecho de que esta autoridad, a diferencia de las otras dos –la tradicional y la burocrática, de la que luego trataremos–, carece de matriz normativa. La autoridad carismática no sigue normas, simplemente las crea –por eso Weber destacó su componente revolucionario–. Como hubo señalado Benveniste (1983, 354), el verbo *augeo* –del que procede *auctoritas*– no es simplemente «acrecetar algo que ya existe», sino «producir algo fuera de su propio seno, hacer existir». El acto del *auctor* no se funda sobre algo similar a un poder jurídico de representación del que estará investido. Por esa razón afirma Agamben que la *auctoritas* es un elemento esencialmente anómico y metajurídico (2004, 124). Por otra parte, y de nuevo son características que la distinguen de los otros tipos de dominación, la autoridad carismática es personal, transitoria y frágil –pues el héroe depende de la reedición de sus hazañas–. De hecho, habida cuenta de la caracterización que estamos haciendo, en muchos aspectos la autoridad carismática no se condice de las generalidades propias de la autoridad y se aproxima más a una forma de mando cualificada que a una forma de autoridad. Salvado el hecho de que el carisma es algo más que la simple capacidad de imponer a alguien la decisión adoptada por la voluntad de otro, pues, muy al contrario, precisa de la aquiescencia y el reconocimiento del que obedece, por lo demás, la autoridad

carismática merece un tratamiento aparte del de sus hermanas. Digamos algo más, pues interesa ya desde ahora resaltar la peculiaridad de la legitimación carismática: las otras dos ni siquiera son sus hermanas.

La obediencia a la autoridad burocrática o legal, finalmente, reside en el respeto a la legalidad del orden institucionalizado y se transvasa al mando de los que, a través del procedimiento determinado por esas instituciones, ejercen su actividad dentro de su círculo de competencia.

Como vemos, en todo caso la autoridad se explica como la resultante de un poder que deriva de los distintos modos de adhesión y de consentimiento respecto al poder. De modo similar, Parsons define el poder como la «capacidad generalizada de lograr el cumplimiento de obligaciones (...) que se hallan legitimadas con referencia a su orientación hacia unos objetivos colectivos» (1976, 38).

Como decíamos, esta es la visión más habitual entre los tratadistas del Estado, más concretamente, entre los teóricos de índole liberal que tratan, en primer término, de justificar la soberanía del poder estatal y, en segundo término, de limitar el alcance de ese poder soberano. Sin embargo de lo anterior, conviene destacar que en esta línea liberal de investigación hay una preponderancia del primer elemento sobre el segundo; es decir, se impone la vertiente que pone el énfasis en la legitimación frente a la emancipación. Y ello porque el concepto de autoridad como cualidad del poder siempre emana de una concreta sociodicea, por utilizar el concepto weberiano –de una interpretación que impone una visión del mundo como la única legítima y que justifica la necesidad de dominio por parte de una clase social y la hace pasar por natural– tendente a dejar intacto el mecanismo que produce la autoridad. Según observa M. Fried la función de la legitimidad –y la de sus escoliastas– es «explicar y justificar la existencia del poder social concentrado y detentado por una porción de la comunidad y ofrecer apoyo similar a órdenes sociales específicos» (1967, 26). Por eso no resulta extraño que este tipo de estudios parta de una realidad –la del Estado y su compleja red de interacciones asociales– y su análisis propenda a considerarlos como una entidad natural y necesaria. Esta visión de la autoridad desde el prisma de la legitimidad, a lo sumo, puede llegar a irritarse con los abusos del poder, pero siempre deja incólumes a los usos mismos. Si el humanismo tiende a cambiar el sistema ideológico sin tocar las instituciones y el reformismo a cambiar las instituciones sin alterar el sistema ideológico, parece claro que esta concepción se inscribe dentro del más puro reformismo.

Si distinguimos, con M. Rehbinder (1981, 180), entre *conciencia jurídica* –un conocimiento cabal de las implicaciones del derecho– y *ethos jurídico* –un hábito inercial de aceptación del universo jurídico– la perspectiva de la autoridad como poder legitimado intenta integrar a la autoridad dentro del *ethos* jurídico para así comprender el fenómeno de la obediencia como algo sólito, normal, deseable. De esta forma parece olvidarse que toda legitimación recoge lo que C. W. Mills (2000, 55) llamaba los *símbolos del amo*: valores que informan a toda la sociedad, pero que son monopolizados en su creación y distribución por la clase gobernante, y que se hacen pasar por vertebradores de la sociedad misma (sin su concurso, se dirá, la estructura social se descompondría). La violencia simbólica de la que habla P. Bourdieu (2003, 255-256), esa imposición de una visión del mundo que logra la clase dominante mediante un concreto modelo de socialización, explica el modo en que esos símbolos del amo se convierten en *doxa* dominante e indiscutida. Como señala Tumin (1953, 67), los sistemas de legitimación proporcionan a la elite el apoyo necesario para conseguir la aceptación y el predominio de una ideología que racionaliza el *statu quo*, cualquiera que este sea, como «lógico», «natural» y «moralmente bueno».

Pues bien, esta visión de la autoridad, creemos, se desvía de la significación crucial tanto del poder como de su pariente amable, que es la autoridad. Tal vez la otra perspectiva, la que concebía a la autoridad como una simple capacidad sea capaz de aportar más luz. Veamos.

III.- LA FE EN LA AUTORIDAD

Si, más allá de la faceta legitimadora que acabamos de ver, consideramos a la autoridad como un mecanismo apto para la producción de obediencia, la percepción del problema varía por completo. Lo que interesa ahora es ahondar en el porqué de la generación mecánica y automática de obediencia cuando se invoca la autoridad –esta perspectiva examina a la autoridad como un tipo de *disciplina*, siguiendo de nuevo la categorización de Weber, entendida como «una obediencia habitual por parte de las masas sin resistencia ni crítica»–. Hasta ahora examinamos la parte voluntaria –de asentimiento racional– que podemos apreciar en la autoridad. Como señala Weber, «un mínimo de voluntad de obediencia, o sea, de interés en obedecer, es esencial en toda relación auténtica de autoridad» (1974, 171). Tal vez sea cierto que la obediencia a la autoridad incorpore dosis de voluntad, pero no lo es menos que también agrega cierta

inducción irreflexiva. Y esta es la parte que la anterior perspectiva olvida. Estar sometido a la voluntad de otro, actuar no conforme a nuestro criterio sino de acuerdo con un criterio ajeno, es algo espectacular, algo que solo debiera acontecer con carácter excepcional y, sin embargo, es lo normal. Esta anomalía precisa una explicación.

Para ello es mucho más fértil utilizar el concepto de poder y de autoridad como simple capacidad, como una fuerza cuantitativa que se impone de hecho con una variedad de propósitos y se materializa en forma de obediencia. Cambiemos entonces el prisma y observemos el fenómeno de la obediencia a la autoridad a la luz de las categorías que el propio Weber utilizó para tratar de la legitimación.

En primer lugar, encontraríamos una obediencia tradicional, aquella que sigue los estímulos del seguimiento del pasado. Para la mentalidad tradicionalista, el vivir, el pensar, es un ciego transitar por un repertorio de conductas y modelos estereotipados. Se obedece de la misma manera que se cree: sin saber por qué. Como diría Marx, el cerebro de los muertos pesa como una losa sobre el cerebro de los vivos.

En segundo lugar, aparecería la obediencia carismática, que, al igual que su correlato, también es personal, transitoria, frágil –no se consolida, pues depende de una persona concreta con carácter igualmente concreto: cuando cesa la una o lo otro también desaparece la obediencia– y revolucionaria, al menos en el sentido de que puede fácilmente minar otras legitimaciones basadas en un contexto normativo (tradicional o legal) ya instituido. Resulta curioso, y sobre ello volveremos más adelante, que la autoridad carismática y su consiguiente obediencia sean las reivindicadas por los que, como García Pelayo (1983, 157 y ss.) –él la llama *autoridad fluyente*–, intentan remozar la institución para adaptarla a la realidad política actual.

Ya por último, nos encontraríamos con la obediencia legal-racional, que es aquella que sigue el modelo de conducta propuesto por una norma que se ajusta a ciertos cauces procedimentales. En esto último, en la adecuación a un procedimiento previamente instituido, parece que reside la *racionalidad*, tanto en el sentido propiamente weberiano (que tiene que ver con la abstracción y generalidad de la norma y, por tanto, con su previsión) como en el uso más convencional de la palabra (en el que *racionalidad* se hace equipolente de una conexión lógica entre un fin convenido y su ajuste a ciertos medios para lograrlo).

Sin embargo, ahora lo veremos, el trasfondo de esta obediencia legal es completamente irracional, al menos si manejamos esta noción en su significación más genuinamente sociológica –que es la que le imprimió Durkheim (1995)–, es decir, como

sinónimo de comportamiento irreflexivo guiado por un automatismo. Esa capacidad mecánica que despliega la obediencia legal es tal que, nos tememos, también puede predicarse de ella una irracionalidad en el sentido ordinario de la palabra; el ensayo experimental de Milgram (1990) nos da una muestra paradigmática de hasta qué punto el uso de los ropajes con los que se reviste la autoridad legal son un acicate para la generación de una obediencia irracional –vale decir insensata–. De hecho, podemos acometer una doble reducción para concluir que toda autoridad –también, y, sobre todo, la legal– es, en esencia, tradicional y, como tal, irracional. Veamos.

En primer término, cabe incluir la legitimidad legal como una subespecie de la legitimidad tradicional. Se obedece a la ley por respeto inveterado a unos mandatarios que ejercen el poder refiriéndolo a unos principios fundantes que son trascendentes, todopoderosos e incuestionables –y en tanto que incuestionables, incuestionados–. En efecto, *Estado de Derecho, división de poderes, democracia, derechos humanos...* son todos ellos conceptos que funcionan entre los ciudadanos de la misma manera –nos atreveríamos a decir incluso que de forma más auténtica– que los dogmas religiosos entre los creyentes. Lo que caracteriza a una creencia no es el fervor o la emotividad de la idea que uno sostiene, sino la capacidad que posee para confundirse con la realidad misma. Las creencias, cuando lo son de verdad, estructuran nuestra percepción y nos aportan una respuesta sólida, pronta y segura ante las cuestiones que se suscitan. El proceso de socialización mediante el que una persona se convierte en tal no es sino una lenta inoculación de creencias sociales que arraigan en el individuo y se convierten en condición de posibilidad de todo conocimiento. Por eso, por ser las creencias parte de nuestro ser –no de nuestro pensar–, no suelen nunca formularse. Basta con que se aluda a ellas para que nos pleguemos a sus dictados sin necesidad de justificación alguna. Podemos racionalizar y discutir acerca de ideologías, no acerca de creencias. Con lo dicho basta para comprender que, a día de hoy y en nuestro entorno cultural, las creencias religiosas hayan desaparecido en absoluto –también para los denominados creyentes–. Creemos en la democracia porque, aún sin poder decir nada sensato acerca de ella –sin poder, por ejemplo, responder a los ataques antidemocráticos con que Platón arremetió en *La República*–, nos avenimos a todo aquello que tenga marchamo democrático. La democracia pertenece a lo que Habermas llamó el *mundo de la vida* (1988, II, 178), un conjunto de convicciones aproblemáticas y prejuicios prerreflexivos que conforman a todos los miembros de una comunidad. Muy al contrario, los creyentes –incluimos al mismísimo Papa de Roma– no viven en un mundo en el que cuenten con

la permanente intervención hierofántica del Señor. Lo dicho y predicado no se avienen con lo realmente vivido. Durante el sacramento de la eucaristía un creyente que lo fuera de verdad experimentaría un terror místico pues el cura transforma mediante intervención divina el pan y el vino en el cuerpo y la sangre de Cristo. La hostia consagrada –así aparece como dogma católico para alejarse de las herejías nestorianas y adopcionistas– es el *corpus verum* o *corpus naturale* de Cristo. «Este es el cuerpo de Cristo...», dice el cura en el momento de la consagración, y lo dice –así lo explicita el dogma– sin el menor asomo de metáfora, tal y como reivindican hoy ciertos sectores de la Iglesia tan progresistas como indocumentados. Esto es, los fieles creyentes –tan fieles como antropófagos– ingieren una parte del cuerpo de Cristo y trasiegan su sangre. Sin embargo, nada de esto acontece en la vivencia de la comunión. Los dogmas cristianos no son creencias, son, como diría J. S. Mill, fe ciega e inerte.

Pues bien, desde la perspectiva que estamos utilizando, el Derecho no es sino el resultado de sumar la fuerza a la creencia en la autoridad que emana de esa fuerza. Si esto es así, podríamos reformular la clasificación weberiana y reducirla a dos únicos tipos de obediencia a la autoridad –la carismática y la tradicional–: bien se obedece por la seducción que ejerce una persona en razón de su liderazgo, bien se obedece por el respeto a una fuente que, de manera expresa o tácita, posee los caracteres de lo sagrado –más tarde ahondaremos en esta conexión entre el derecho y la religión–. La obediencia carismática es personal, transitoria y sujeta a verificación. Muy al contrario, la obediencia tradicional radica en una fuente impersonal, permanente e inatacable. Nótese que estas características de lo traditivo aparecen de forma palmaria en la llamada autoridad legal. Uno pudiera objetar que la autoridad legal carece de esa inatacabilidad propia de la tradición; de hecho parece que la racionalidad predicada apunta precisamente en un sentido contrario. Sin embargo, como bien se encargan de recordarnos los políticos que a regañadientes condenan a sus correligionarios corruptos, no fallan las instituciones, sino las personas que las encargan. La oposición entre la legitimidad carismática y la legitimidad tradicional, ya sea tradición en sentido estricto, ya sea la tradición legal de la que hablamos, es apreciable en la anatematización de lo carismático que siempre aparece allí donde prepondera la tradición. En efecto, las descalificaciones basadas en el personalismo, el liderazgo mesiánico y otras tantas notas que inciden en el intransferible carácter carismático son la moneda corriente con que la tradición desacredita la legitimación carismática.

Ahora bien, aun siendo verdad que existen estos dos momentos en la consideración de la autoridad, podemos acometer una segunda reducción porque, como decía Simmel (1986, 150), la autoridad, del tipo que sea, precisa siempre de una instancia transpersonal que transforma el mero valor personal en un valor objetivo. En efecto, la autoridad carismática, en tanto en cuanto tiende a cristalizarse en instituciones que posibiliten una confianza y obediencia automáticas –a esto lo llamaba Weber *rutinización del carisma*–, puede considerarse que emana de la tradición, muy concretamente de la tradición de obediencia a ciertas instituciones que son las que crean el sentido de la vida social y, por tanto, detentan el privilegio de la incuestionabilidad, de la inatacabilidad. Estas instituciones, las que Castoriadis denomina *instituciones primeras* (1999, 113), simbolizan en cierta medida a la sociedad en tanto que tal y son fuente de obligaciones de signo cuasi natural, de ahí su capacidad para intimar a la obediencia. La transición del primitivo *imperator* romano –inicialmente un individuo dotado de actitudes de mando cuyo poder cesaba en cuanto lo hacía la contingencia para cuya resolución era requerido– a la figura del *Rex Sacrorum* –institución estable que dotaba de perdurabilidad al mando– ejemplifica perfectamente el fenómeno que comentamos.

Por esa razón la religión ha sido siempre el modo más propicio de generar autoridad tradicional: el carácter heterónomo, trascendente y sobrenatural en el que se basa el origen de la sociedad de carácter religioso constituye el fermento perfecto para la creación de un sistema generador de obediencia. Y también por esa razón toda autoridad acarrea necesariamente un nexo religioso. *Omnis potestas a Deo*, todo poder viene de dios, decía el iracundo Saulo de Tarso. Y llevaba razón, aunque no en el sentido por él pretendido, sino en el que le imprimía R. Rucker cuando afirmaba que «todos los defensores del principio de autoridad trazan su origen en Dios (...) Todo poder tiene su raíz en Dios, todo gobierno se halla en su más profunda esencia divina» (1937, 46-48). Conviene ahora adentrarnos en esta relación íntima entre el poder, la autoridad y la religión.

El término *religio* no procede de *religare* (aquello que une lo humano y lo divino), tal y como sugiere su falso y, no obstante, extendido étimo, sino de *relegere*; esto es, una actitud atenta y escrupulosa que debe presidir las relaciones con los dioses, muy concretamente la vigilancia de las formas y los ritos con que deben ser consagrados. La *religio* no es lo que une a Hombres y dioses, sino, muy por el contrario, lo que vigila por mantenerlos separados. Todo rito religioso propende a remarcar la

sumisión del fiel frente a la omnipotencia de una figura trascendente. La religión separa lo sacro y lo profano. Así pues, como indica Agamben (2005, 97), siguiendo en este punto a Benveniste, a la religión no se opone la incredulidad respecto a lo divino, sino la *nec-legere*, la negligencia, una actitud libre y distraída que niega la separación de lo sacro y lo profano.

Esa misma actitud es la que preside a la autoridad y a sus ritos de investidura (por eso el juego es algo prohibido para toda aquella ceremonia que se asienta en una exhibición de autoridad) y que se sustancia en la separación entre los dominantes y los dominados –esto es especialmente visible en todo el aparato simbólico mediante el que se escenifican los juicios: desde la vestimenta arcaizante de los jueces y abogados (coherentemente acompañada por un lenguaje que en absoluto desentona con la indumentaria) hasta la concepción del espacio, normalmente con un estrado elevado y con una separación física en forma de barrera que delimita el mundo de la Justicia como algo apartado–. Cuando el poder se concibe como una instancia coercitiva aparece un poder separado (el Estado en su sentido más genérico), y la autoridad no es más que la canalización simbólica de esta separación. De hecho, si antes decíamos que todo poder tiene un fundamento trascendente, ahora podemos precisar que la autoridad se construye como una mediación con la fuente de lo sagrado y se convierte en un agente sin el cual se impide el acceso a los bienes que provee lo sagrado. Los juicios de las autoridades mediadoras son expresión de la infalibilidad de lo sagrado, por eso su palabra no es suya: es la expresión de algo que las sobrepasa, bien sea la soberanía popular, el bien común o cualquier otra instancia metafísica que precise de una transustanciación en términos políticos. De ahí que las luchas por el poder sean también luchas por imponer como ortodoxa la noción de lo sagrado –vale decir de lo jurídico– de quienes, al lograrlo, consiguen hacerse con el poder y hacerlo aparecer como legítimo. Allí donde existe legitimidad, es decir, en todo contexto donde la obediencia sea una motivación significativa para la sumisión a los mandatarios y no el puro sojuzgamiento, habrá siempre instituido algún tipo de mediación en la relación de dominación (F. Talego: 2008, 97). En eso consiste la sociodicea a la que nos referíamos más arriba –esto es, a la explicación que da la clase dominante acerca de la estructura de la sociedad y que constituye a la vez una justificación de su posición de privilegio–.

La autoridad también tiene un fundamento religioso porque, en última instancia, se basa en la conexión con un poder que transmite la cualidad de mandar, y el origen de ese poder no es nunca humano. Así, la autoridad posee siempre un nexo trascendente (y

de ahí la necesidad de mediadores entre la trascendencia y los llamados a disfrutar de sus bienes). Pero, además, la trascendencia implica la impersonalidad de la autoridad. Los imperantes no ejercen su autoridad a título personal, sino en nombre del poder trascendente que los avala. La *disolución del yo* del gobernante de la que habla P. Kahn (2001, 113) como requisito para el establecimiento del Estado de Derecho necesita de este expediente. En este sentido resulta curioso que la impersonalidad, que era la característica más destacada de la *potestas* frente a la *auctoritas* tradicional – recordemos que el magistrado investido de *potestas* era considerado como una ley viviente, en palabras de Cicerón, mientras que la *auctoritas* manaba de cualidades personales y, como tales, indelegables– impregne también a la autoridad examinada desde la perspectiva que estamos utilizando. La razón es clara: la autoridad carismática –la *auctoritas* clásica–, así lo hemos visto, es un poder con vocación revolucionaria por cuanto ignora las funciones y las características del mando que van asociadas a la predecibilidad, la estabilidad y la permanencia. Pero la revolución, salvo opinión mejor fundada de Mao, no puedes ser permanente, de ahí que el carisma tienda a cristalizar en instituciones que reifican el prestigio personal incorporándolo a la institución misma –es la ya mencionada *rutinización del carisma*– y por ello la autoridad carismática acaba transfigurándose en un tipo de autoridad tradicional. La trascendencia proporciona a la autoridad la posibilidad de recubrirse de una fundamentación incuestionada e incuestionable. La obediencia queda así asegurada. En ese sentido decía Ortega que la legitimidad religiosa era la legitimidad por excelencia: la única pura, originaria, compacta y saturada. De la misma manera que la legitimidad primitiva de los reyes se prevalía del origen divino de su mandato para garantizar la obediencia –el rey lo es porque todo el pueblo cree que los dioses le han otorgado una gracia mágica: el don de dar eficacia a los ritos–, la moderna autoridad laica intenta subrogarse en una legitimidad similar que garantice de igual modo el automatismo en la sumisión a las demandas del poder.

Por último, la religiosidad de la autoridad se percibe también en algo que deriva de la heteronomía en el origen del poder que es propia de toda concepción religiosa. Nos referimos a la ininteligibilidad que suele acompañar al discurso que emana de la autoridad y que es especialmente apreciable en la autoridad jurídica mediante un lenguaje que, con la excusa de la especialización y del rigor técnico, tiende a lo críptico. La autoridad propende al hermetismo debido a la relación directamente proporcional que existe entre la oscuridad semántica y la obediencia a la autoridad que la produce. El

capital cultural y el prestigio de la autoridad aumentan a medida que se expresan en un registro incomprensible para el resto.

Las teorías que parten de la definición de derecho como un instrumento que posibilita la comunicación, es el caso de Habermas, o, en menor medida, como una generalización de las expectativas normativas de comportamiento, es el caso de Luhmann, son incapaces de captar la crudeza de este hecho. Son explicaciones *ex post* del derecho, reconstrucciones mentirosas de un proceso que solo por antífrasis puede ser llamado *comunicativo*. Sin duda, como modelo explicativo resulta razonable e incluso gratificante, pues reproduce el fenómeno jurídico como algo esencialmente participativo y democrático, y esto siempre es grato tanto para los pedagogos universitarios –por lo general apologetas de lo instituido en busca de argumentos para captar prosélitos– como para los teóricos de condición más torturada –frecuentemente ex-marxistas ya no con falsa, sino con mala conciencia–. En cualquier caso, este tipo de perversión interpretativa parte de una reducción típicamente positivista; para ser más precisos, de una reducción propia del positivismo analítico: el derecho es lenguaje normativo y la realidad de lo jurídico se agota en el conjunto de normas que el ciudadano tiene a su disposición. Como el derecho es lenguaje y todo lenguaje tiene presente la realidad de la comunicación, se piensa que el sujeto emisor de proposiciones normativas y los sujetos receptores del mensaje desarrollan un comportamiento lingüístico similar al de cualquier acto comunicativo. Claro está, en cuanto se profundiza mínimamente en el desarrollo real del fenómeno jurídico la visión dialógica se nos presenta como una ficción insoportable. Este tipo de interpretación nos recuerda a las opiniones alicortas de la mayor parte de los comentaristas políticos que, tras una jornada electoral, entienden los resultados como una especie de juicio único de algo llamado *pueblo*. Así, si el partido mayoritario no ha conseguido alcanzar la mayoría absoluta se pueden escuchar cosas como –el ejemplo es real–: «el sabio pueblo español, cansado del rodillo parlamentario de la mayoría absoluta, ha preferido cambiar de opción política, pero sin proporcionarle el poder omnímodo que antes detentaba el partido en el gobierno; esto es, el pueblo español ha dado el siguiente mensaje a los políticos: gobiernen ustedes, pero con pactos». Un comentario de este calibre es doblemente falso. Sugiere, en primer lugar, que el electorado opera por consenso previo, algo manifiestamente falso en unas elecciones generales y, en segundo lugar, que los votos no son sino porciones de voluntad imputables en última instancia a un sujeto único y superior que aúna esos fragmentos volitivos en una decisión omnicompreensiva. Obviamente los votantes de un

partido desean que su opción salga elegida por mayoría aplastante y, en el extraño caso de que esto no fuera así y mientras no se invente el voto *sub conditione*, su voluntad de conceder un voto morigerado sería de práctica imposible. Por otra parte, considerar que los votos contrarios al partido mayoritario son respaldos al mismo aunque con intención de contener su posible poder absoluto es algo ridículo. El que vota a otra opción de la finalmente vencedora no desea simplemente refrenar a esta última, sino dar mayoría a la primera. En todo este proceso existe lo que pudiéramos denominar «prosopopeya fenoménica», consistente en dotar de vida y de racionalidad a algo en realidad inanimado y, es más, inexistente.

Pues bien, las teorías dialógicas del derecho parten de premisas idénticas y llegan a similar dislate. Son teorías prosopopéyicas del derecho. Interpretan ciertos datos que intervienen en la formación del fenómeno jurídico como partes de un proceso total dotado de sentido. Ese resultado final, que es paradójicamente la hipótesis de trabajo, sirve para integrar los elementos jurídicos –formulación legal, obediencia...– en un universo impropio que solo adquiere inteligibilidad si partimos de las premisas que el dialogismo plantea. Ciertamente, la coherencia interna de estas teorías es grande. Al igual que acontece en los cuentos de hadas o, sin ir más lejos, en las teorías psicoanalíticas de Freud, si creemos sus hipótesis iniciales –si creemos que existe un mundo sobrenatural con poderes ilimitados o un complejo de Edipo *follimaterno* y patrisanguinario– la interpretación de toda la realidad adquiere un sentido último perfectamente armónico. Ahora bien, el que una teoría sea coherente no implica que sea verdadera. Para tratar del valor de verdad teórico habrá que examinar ya no la potencia explicativa de las premisas –la cigüeña parisina explica el alumbramiento con indudable coherencia interna– sino su adecuación con la realidad. Y es aquí, precisamente aquí, donde las teorías dialógicas fracasan. En efecto, el derecho es contemplado como un instrumento de comunicación que las partes utilizan para generar expectativas de comportamiento. Basta con partir de esta prosopopeyización para encontrar a un emisor en el poder legislativo –público o privado– dispuesto a hacerse entender mediante normas y a un receptor en el destinatario de las mismas. Sin embargo, la solidez aparente de este modelo comunicativo se quiebra. Y ello por dos razones.

En primer lugar, nos encontramos con que, a menudo, el emisor del mensaje jurídico se beneficia de su incompreensión, algo que no se compadece con la interpretación comunicativa del derecho. Desde luego, y este es uno de los aspectos menos estudiados del lenguaje, la lengua también tiene una importantísima función de

demarcación de estatus; es decir, las palabras, en estos casos, tienen como misión situar socialmente al hablante en relación con su interlocutor, y uno de los medios más efectivos para producir esa asignación es el oscurantismo, el hermetismo, del mensaje. Esta es la función de las germanías: surgen como medio de eludir al poder. Pero también existen germanías en el poder. Aquí su función estriba en evitar la comprensión cabal del pueblo. De esta forma, el lenguaje más que expresar un contenido designa un estatus y sirve de estigma diferenciador: no comunica un mensaje, sino que especifica una clase o delimita los contornos de la diferenciación social. En cualquier idioma existen determinados registros lingüísticos cuya utilización denota una determinada adscripción sociocultural. Curiosamente, como comentamos más arriba, se asciende de capital cultural a medida que el uso lingüístico del hablante tiene un círculo más reducido de posibles interlocutores; esto es, a medida que se torna más incomprensible para un conjunto mayor de personas. Qué ingenuidad la de Moliere al pensar que en el lenguaje oscuro no había nada que no fuese ignorancia disfrazada. Tras la oscuridad se oculta menos la idiocia que se embosca el poder. El latín, que durante siglos –¡hasta el siglo XX!– fue utilizado por la iglesia católica en la liturgia, no tenía como misión establecer comunicación alguna, sino impresionar al creyente con un lenguaje que, por cuanto incomprensible, reforzaba la procedencia trascendente y divina del mensaje –a pesar de que el latín ya no lo hablaba, paradójicamente y con perdón, ni dios– e incitaba a la sumisión de un oyente –no receptor, pues no entendía, sino eso, oyente– abrumado al escuchar algo al parecer importante y, por desgracia, ininteligible. El lenguaje identifica el estrato social del sujeto hablante y reproduce y perpetúa en la sociedad la misma condición de supra-subordinación de la que parte. Idéntica función es la que cumple el lenguaje de la autoridad y muy especialmente el registro forense. Las sentencias judiciales, por lo general de construcción sintáctica compleja –cientos de oraciones subordinadas se yuxtaponen en búsqueda de un verbo principal que, esquivo, difícilmente se detecta– y de vocabulario arcaizante hasta rozar el ridículo, evocan la inatacabilidad –y correlativa obediencia– de todo aquello que emana de una instancia tan inalcanzable como sapientísima. Fijémonos en la frase: «puede usted no asistir al juicio, ya que su ausencia no detiene el proceso» y comparémosla con el sinónimo forense: «si no compareciere, el imputado será juzgado en rebeldía» y se comprenderá perfectamente lo que decimos. Lo primero informa y lo segundo apabulla. Lo primero invita al libre arbitrio y lo segundo conmina a la obediencia. Los ejemplos podrían multiplicarse hasta el infinito. Baste con constatar que el lenguaje cuenta entre una de

sus funciones la de comunicar y reproducir relaciones sociales sirviéndose para ello de la más absoluta incomunicación semántica. Por ello, si se dijera que el derecho funciona como la lengua, no tendríamos mayor reparo en aceptar la asimilación. Sin embargo, no se dice eso, sino: el derecho es un medio de comunicación, como la lengua. Ahí reside el despropósito. Pensar que el único fin del lenguaje –sea o no jurídico– es el entendimiento o, en palabras de Habermas, «el proceso de consecución de un acuerdo sobre la base presupuesta de pretensiones de validez reconocidas en común» (1976, 301) es insostenible.

En segundo lugar, el *mensaje* jurídico –al contrario que los mensajes lingüísticos ideales de los que parten las teorías dialógicas– subsiste a pesar de ser realmente desconocido. Una comunicación fracasa si el receptor no comprende el mensaje. Las patologías que se derivan de los problemas para hacerse entender o para comprender mensajes se conocen como *disfunciones* del lenguaje. Con mayor motivo, un mensaje que no llega a su destino no podrá ser considerado como una comunicación a pesar de que el emisor haya puesto todo de su parte para llegar a establecerla. En suma, la comunicación no funciona si el contenido del mensaje no es comprendido o no es recibido: la vertiente comunicativa del lenguaje es esencialmente semántica. Sin embargo, al derecho no le importa un ápice la posible incompreensión, al punto de que, como vimos, se nutre de ella. La «comunicación» del derecho sigue un patrón sintáctico. Tanto Luhman (1995) como Jakobs (1996) han incidido en este punto al señalar que la función de la sanción jurídica es mostrar la preeminencia del mensaje de la norma que ha sido puesta en entredicho por el infractor. Ahora bien, y ambos autores se encargaron de subrayarlo, esa función de defensa simbólica del Derecho no está interesada tanto en la defensa de los «intereses de la norma» –lo que aquí hemos llamado patrón semántico de la norma– como en la protección de la norma misma. En otras palabras, estructuralmente al Derecho le concierne mucho más defender la idea de «quien manda aquí» que la idea acerca del concreto contenido de lo que se manda. Si no nos equivocamos esta misma perspectiva era la mantenida de forma mucho menos esdrújula por R. von Ihering en su ya clásico trabajo *La lucha por el Derecho*.

El recto funcionamiento del derecho se prevale, precisamente, de la desarticulación del elemento comprensivo. La ignorancia del derecho no exime de su cumplimiento. Esta es la máxima de la que parten, tácita o explícitamente, todos los sistemas jurídicos; lo que, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, equivale a decir: «Este es mi mensaje. No me importa si de hecho lo entiendes, no me importa siquiera si

tienes la posibilidad de llegar a entenderlo, menos aún si en realidad tienes noticia de la existencia misma de este mensaje. Lo cierto es que es un mensaje y, quiéraslo o no, hemos establecido una comunicación». La construcción de una forma ideal del pensamiento jurídico mediante el que unos locutores piensan y resuelven las cosas de manera esencialmente racional –tal es el objetivo de las teorías dialógicas– deforma la realidad hasta un punto insostenible. Una cosa es una teoría ideal y cosa muy otra es una teoría idealista. Con razón se refiere E. P. Haba a Habermas como al «Gran Maestro de la Orden Comunicativo-Universal de los Hablangelitos» (1998, 148). El dialogismo conduce a planteamientos expansivos que tienden a tergiversar el funcionamiento real del derecho.

Si el lenguaje de la autoridad fuese meridianamente inteligible, si se plantease respetando las condiciones del diálogo ideal habermasiano en términos paritarios con el lenguaje utilizado por los llamados a someterse a esa autoridad, entonces desaparecería la impersonalidad del imperante y devendría inútil su mediación. En ese sentido afirmaba P. Bourdieu que la legitimidad significa desconocimiento (2003, 252). Desprovista de sus afeites trascendentes, la autoridad vería comprometida su capacidad para intimar a la obediencia. Decía Montaigne que aquel que llegaba a comprender el origen de una tradición, la aniquilaba. Aquí, de igual forma, quien intenta racionalizar el funcionamiento de la autoridad jurídica enerva su potencialidad de mando.

IV.- LAS PESADILLAS DE LOS JURISTAS SON NUESTROS SUEÑOS

Parece claro que concebir el poder como una simple capacidad da cuenta mucho mejor del mecanismo de producción de obediencia en que consiste realmente el derecho. La asimilación del derecho a la sociogénesis de la religión –sus indicadores son la separación, la trascendencia, la necesidad de mediación y la heteronomía– solo resulta posible si partimos de esta perspectiva y sirve para alumbrar aspectos que, de otro modo, quedarían oscurecidos. El derecho, como supo ver Kelsen, es ante todo una «técnica de orden», un instrumento para garantizar la paz social –no la justicia, sino eso, la paz–. Si esto es así no debe sorprender que el Derecho y, sobre todo, la ideología jurídica, se provean de todos los elementos que tiendan a garantizar la conformidad automática con las bases del orden establecido. La autoridad que es susceptible de

acogerse al regazo de lo jurídico disfruta de esa capacidad promotora de obediencia. De hecho, la autoridad jurídica, a diferencia de la religiosa, incorpora una característica que intima aún más, si cabe, a la obediencia. Nos referimos a la aquiescencia supuestamente voluntaria que suscita la autoridad jurídica y que procede, precisamente, de su interpretación como una variable del consentimiento. En efecto, las pautas culturales que han labrado nuestra conciencia nos indican que la autoridad jurídica, al ser resultado de nuestro beneplácito más o menos mediato, merece una obediencia racional, saturada e íntegra: obedecer a la autoridad sería como seguir los dictados de uno mismo. Las normas emanadas de la autoridad, parafraseando lo dicho por Hart (1980) al respecto de las normas sociales, se convierten así en una guía para la acción y para la justificación del reproche hacia aquellos que las incumplen. Pero esto no es más que una triste racionalización de la realidad –racionalización en el sentido de intento *post factum* destinado a armonizar los propios deseos, valdría también decir ansiedades, con la realidad exterior–. Sin embargo, esta visión es *hegemónica* tanto en un sentido coloquial de la palabra –*hegemónica* equivaldría así a mayoritaria– como en el más preciso que le imprimió Gramsci –y *hegemónica* equivaldría aquí a imposición de una única visión legítima del mundo–. Por eso, la autoridad delineada por nuestra ideología jurídica es refractaria al análisis que acabamos de acometer, precisamente porque pone de manifiesto lo que de irracional hay en el fenómeno de la obediencia guiada por la conformidad automática. La libertad que parece suponer el que se acepte la autoridad considerada legítima es, en realidad, un comportamiento programado de forma heterónoma. Actuamos libremente sobre la base de pensamientos y deseos que nos han sido impuestos desde fuera. De hecho, si lo que decimos es cierto y las instituciones sociales han cumplido con eficacia su papel a la hora de adiestrar al individuo y modelar sus afectos, valores y disposiciones, es más que probable que el cuestionamiento que estamos realizando, y que no es otro que el de la puesta en cuestión misma de las bases del Estado de Derecho, tendrá para muchos un sentido genuinamente incomprensible –tanto como lo tenía para los personajes de la pesadilla orwelliana la mera enunciación de la frase «el Gran Hermano es injusto»–.

Si, de acuerdo con Lukes (1974) y Baillargeon (2007) –este último siguiendo la estela de Chomsky–, la forma suprema de dominación consiste en garantizar la sumisión mediante el control de los pensamientos y de los deseos, entonces no cabe duda de que la autoridad jurídica, en la actualidad, constituye un elemento nuclear de esa dominación. Puede que ese sea un signo de nuestro tiempo. Puede también que tal

patología resulte parcialmente provechosa, pero lo que resulta indiscutible es su carácter alienante, pues como tal hay que catalogar todo aquello que supone que algo que se origina desde el exterior sea experimentado como propio. Mannheim (2004) se ha referido a este fenómeno denominándolo autorracionalización: una especie de organización enajenadora en la que el individuo llega sistemáticamente a regular sus impulsos y sus aspiraciones, su modo de vivir y de pensar, con estricto apego a las reglas y estatutos de la organización. N. Elias (1994, 191) –matizando la idea de Freud en *El malestar en la cultura*– supo ver como el afianzamiento de lo que llamamos civilización dependió de un proceso en el que las pasiones y los instintos eran dominados a través de la autoacción. El monopolio de la fuerza física por parte del Estado se vería como un puro sojuzgamiento si no viniese acompañado de una modelación de los individuos de tal forma que el comportamiento socialmente deseado se convirtiese en un comportamiento querido por la conciencia del individuo, como algo que tiene su origen en un impulso propio. Del mismo modo, nuestra conciencia jurídica, cuando percibe a la autoridad como el producto legitimado de nuestro consentimiento, es el resultado de un proceso en el que lo impuesto se cohonesto con el fruto de lo que suponemos deseado. Creemos que queremos lo que quieren que queramos. El sistema social construye individuos que, ante todo, son capaces de reconstruir y de re-generar con su actividad las propias bases del sistema que los ha construido. Una sociedad capitalista construye individuos capitalistas que, mediante su praxis, reproducen los mismos presupuestos que habían delineado su propia construcción. Idéntico proceso experimentan las sociedades basadas en el principio de autoridad jurídica –de legitimidad legal–. Como señala P. Kahn, «si no creyéramos que el orden del Estado expresa el Estado de derecho, este no lo haría. El Estado de derecho tiene que entrenar a sus ciudadanos para que se vean a sí mismos y a su comunidad de una forma antes que de otra» (2001, 114).

De esta forma es posible que los sometidos defiendan valores que son contrarios a sus propios intereses. La conciencia jurídica dirige, más que a la conducta directa de los individuos, a la conducta socialmente estructurada y culturalmente pautaada; o, por utilizar la terminología de Bourdieu, la conciencia jurídica funciona como un estructurador de los *habitus* jurídicos de los individuos –entre ellos, de manera sobresaliente, el *habitus* del reconocimiento de la legitimidad de la autoridad jurídica–. Este *habitus* de obediencia inerte es el que se transmite por tradición y se prevale de las significaciones religiosas que examinamos anteriormente. Aquí la imitación, que es la

mayor socializadora de nuestra especie, juega un papel determinante. A través de la familia y, sobre todo, de la escuela –esa grandísima fábrica de autómatas– se nos inculcan una serie de estereotipos, los símbolos del amo, que son altamente funcionales –«el perfeccionamiento humano depende de progresar en la sumisión» decía A. Comte en el prólogo de su *Tratado de Sociología...*–. En primer lugar, nos evitan tener que afrontar individualmente los problemas porque los propios estereotipos nos proveen de respuestas institucionalizadas; en segundo lugar, nos proporciona la gratificación de obtener el beneplácito del grupo, ya que adoptamos las pautas sólitas de la comunidad. Al transformarse en un ser exactamente igual a todo el mundo –una especie de mimetismo genuinamente humano– las posibles discrepancias entre el yo individual y el mundo desaparecen, el individuo se beneficia de la «seguridad ontológica» que proporciona la pertenencia al grupo. Pero esto acarrea un peligro. Cuando nos movemos entre instituciones, estas acaban por dominar las retículas más íntimas de nuestro ser. Toda institución proporciona a sus miembros un sentido en la percepción, un mundo propio; tiene, en síntesis, una tendencia absorbente. Como ha sabido ver Goffman (2004), cuando esta tendencia se presenta con un grado muy elevado da lugar a lo que él llama instituciones totales. Estas instituciones logran anular por completo al yo individual y lo sumergen en un universo de relaciones solo accesibles a condición de renunciar a cualquier otra clave de interpretación. Posiblemente tengamos que forzar un tanto la construcción de Goffmann, pero no creemos un desvarío afirmar que la ideología del Estado de Derecho se ha convertido entre nosotros en una institución total.

Para lograr esto último, ya lo hemos visto, el poder jurídico precisa de la impersonalidad del mando. Del mismo modo, el sujeto destinatario también ha de concebirse como esencialmente despersonalizado. Su relación con el mundo –pero sobre todo con el poder– se realiza a través del «sujeto de derecho», lo cual implica un alejamiento consciente del yo particular, privado. Cuando la autoridad se hace institucional –el Derecho–, sus mecanismos de poder también se institucionalizan –incluida la forma que tenemos de enfrentarnos a ella y de obedecerla–. Hemos de desposeernos de nuestra identidad individual, de abandonar nuestro yo ordinario, para formar parte de un sistema que, impersonal, exige de nosotros idéntica ficción. El Derecho ha conseguido que nuestras reacciones y juicios cotidianos acerca del poder no sean directamente elaborados por nuestro yo personal, sino por nuestro yo jurídico – que, por definición, maneja las mismas categorías del Derecho–. La ciudadanía se tranquiliza ante casos palmarios de corrupción política cuando estos son juzgados. Que

sean sistemáticamente exonerados de responsabilidad por parte de los jueces –ignorando que la corrupción también llega a ellos– es algo irrelevante para el subsiguiente juicio político de los ciudadanos. Se puede seguir votando al político corrupto porque el derecho ha hablado y, en consecuencia, crea una realidad sobre la que ya no cabe la crítica: se ha seguido el procedimiento. La posibilidad de que, a la manera que concebía Locke en su *Ensayo sobre el entendimiento humano*, exista una *ley de la opinión o reputación* que, a modo de instancia crítica, sirva de límite al poder es poco menos que absurda. La conciencia manda con un rigor comparable al de las autoridades externas y, además, muchas veces el contenido de sus órdenes no responde a las demandas del yo individual, sino que está integrado por demandas de carácter social que han asumido la dignidad de normas éticas.

E. Fromm (1988, 165) distinguía entre dos tipos de autoridad: la racional y la irracional o inhibitoria. La primera halla su origen en la competencia real de la persona que ostenta la condición de autoridad, requiere control, escrutinio y crítica y es siempre temporal. Su fundamento es la esencial igualdad entre la autoridad y el sujeto sometido a ella, tan solo separados respecto al grado de conocimiento o habilidad sobre un campo en particular. Los intereses de ambas partes, como acontece entre la relación entre el maestro y el discípulo, se hallan orientados en la misma dirección y de ahí que la relación de autoridad tienda a disolverse. La autoridad racional, como puede apreciarse, se condice bastante bien con los rasgos de la legitimidad carismática –aquella legitimidad despreciada, recordémoslo, por los mentores de la racionalización ínsita en la legitimación formal de la legalidad...–. Por el contrario, la segunda se basa en la desigualdad con vistas a la dominación, a la imposición jerárquica del poder, como sucede en la relación del amo con el esclavo. Comoquiera que la superioridad característica de la autoridad inhibitoria tiene por función ser la base de la explotación, la relación de desigualdad y el sometido a ella tiende a acrecentarse. El poder sobre la gente, ya sea físico o mental, es la fuente de la autoridad irracional y por eso los intereses de las partes –autoridad y sometido– son decididamente antagónicos. Parece claro, y escribimos ahora solo para los hombres libres, que lo normal, lo deseable, lo lógico, es aceptar una autoridad solo cuando es racional. Nada hay más terrible que la libertad de una persona sea coartada sin un motivo de peso. La libertad individual ha de ser el principio absoluto que solo admita restricciones en situaciones puntuales y concretas. Por eso, cuando nos vemos obligados a depender de la autoridad de alguien, debemos salvaguardar en la medida de lo posible nuestra capacidad de revisión de los

presupuestos que dan lugar al reconocimiento mismo de la autoridad. No podemos sino convenir con Bakunin cuando señalaba: «no me contento con consultar a un solo especialista que es autoridad en un campo dado. Consulto a varios de ellos. Comparo sus opiniones y elijo el que mejor me parece (...) me inclino ante la autoridad de los especialistas porque está impuesto sobre mí por mi propio razonamiento» (cit. en Barclay, 2008, 86). Invirtamos el *dictum* clásico y afirmemos –con convencimiento y sin esperanza...–: *fiat mundus, pereat lex!* Sabemos, sin embargo, que los Hombres aceptamos comúnmente el Derecho, la autoridad jurídica, y sabemos también, tras lo visto, que la autoridad jurídica –toda aquella autoridad que recaba para sí la legitimidad que le concede el Derecho– se constituye por definición en una autoridad inhibitoria, irracional. Por eso no tienen sentido las críticas –bienintencionadas, pero profundamente despistadas– de aquellos que, como García Pelayo (1983) o R. Domingo (1999), reclaman una mayor presencia del elemento racional-carismático en el universo jurídico. En efecto, García Pelayo (1983, 160) denunció en su momento el tránsito de lo que él denominaba –siguiendo a P. Tillich– *autoridad fluyente* (dependiente del reconocimiento espontáneo como consecuencia de méritos, éxitos y servicios) a la *autoridad hipostatizada* (vinculada a una entidad institucional cuya validez está más allá de toda crítica y de toda justificación por su funcionalidad o mérito). Parecía con ello reclamar, con cierto aire de jeremiada, una vuelta a una situación –que por otro lado nunca existió– en la que el derecho estuviera influido por la *auctoritas*, en su sentido más clásico: una especie de neoplatonismo en el que el rey fuera al mismo tiempo filósofo. ¿No es más honesto reconocer que el derecho, como sistema autónomo, impide esta intromisión de lo que hemos llamado elementos racional-carismáticos precisamente por ser antagónicos y destructivos de la misma esencia del poder jurídico? –Quien comprende una tradición la aniquila...– ¿No es más certero –y que nos perdone Hart el comentario– reconocer que el derecho requiere más el concurso de la disciplina que el de la crítica reflexiva? En el fondo existe una resistencia a admitir que la forma jurídica y la autoridad que genera puedan ser, esencialmente, irracionales y absorbentes. Es, en definitiva, una teoría idealista. El idealismo no acepta que la realidad histórica, excepción hecha de ciertos desajustes pasajeros, pueda ser constitutivamente enferma, defectiva o, por decirlo con terminología tomista, in-fecta (como lo opuesto a lo perfecto). Y este idealismo, como bien hubo visto Ortega (IX, 68), es algo que heredamos de los filósofos griegos y que, a través de la escolástica, el humanismo de los siglos XV y XVI y el racionalismo dieciochesco ha llegado hasta nuestros días.

Lo cierto es que reprimimos nuestra intuición que nos abocaría a suscribir una obediencia racional –eso es lo que nos pide nuestro yo– a cambio de un reconocimiento más cómodo, en cierta medida más eficaz, que es el que resulta de la obediencia a una institución. La obediencia racional nos obliga a pensar, a plantearnos en cada momento los motivos y las justificaciones que expliquen el hecho de que pleguemos nuestra voluntad a la de otro. Y pensar es algo azacanado y penoso. Por eso el Hombre tiende a evitarlo y a internalizar pautas de conducta que obvien el ejercicio del pensamiento –de ahí que estemos impelidos a vivir con base en el amoroso regazo de las creencias, más que en la lúcida, pero inhóspita, tempestad de las ideas–. Utilizar creencias en lugar de ideas supone un inestimable ahorro de energía. Si a alguien le pareciera lo anterior una *boutade* podrá encontrar en el delicioso libro de Kahneman (2012) una base de psicología evolutiva que confirma lo dicho acerca de nuestro perezoso sistema de pensamiento racional. Por otra parte –a esto lo llamaba Luhmann la legitimidad por el procedimiento (1995)–, la extraordinaria complejidad del sistema social en el que nos desenvolvemos, propicia que la autoridad jurídica no pueda quedar sujeta a un escrutinio racional y necesite acudir al expediente de la conformidad automática. Como decía Tucídides en la *Historia de la Guerra del Peloponeso* cuando rememoraba la oración fúnebre de Pericles, al ciudadano, al Hombre que está implicado en la política, le compete fundamentalmente una alternativa: o descansar o ser libre –ni que decir se tiene cuál era la opción que patrocinaba el espíritu de los griegos–. Nuestra ideología jurídica, muy por el contrario, parece entusiasmada con la idea de proporcionarnos las bases para un perenne y confortable descanso.

En suma, la creencia en la autoridad jurídica, ese punto mágico por el que, según decía Simmel (1986, 150), se pasa de una característica puramente subjetiva a una instancia objetiva de poder, propicia una falsa apreciación de la dimensión opresiva de los procedimientos jurídicos y los convierte en una mansa aceptación de lo existente. La modelación de los individuos mediante el principio del respeto a la autoridad jurídica trata de convertir al comportamiento socialmente deseado en un automatismo, en una autoacción que pasa por ser un impulso racional y consciente del individuo –en esto consiste el *robot alegre* que denunciara Mills (2000, 183) como metáfora del sujeto político de nuestro tiempo–. Es así como se consigue, por decirlo con Legendre (1979), que amemos al censor. Lleva razón Marcuse (1968) cuando afirma que en las sociedades industriales avanzadas la libertad, vale decir el seguimiento de una autoridad engalanada con los atributos de la legitimidad democrática, se ha convertido en un

instrumento de dominación. Y el hecho de que una vasta mayoría acepte a esta sociedad no la torna ni menos irracional ni menos reprehensible.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G. (2004): *Estado de excepción. Homo sacer II*. Valencia, Pre-textos.
- (2005): *Profanaciones*. Barcelona, Anagrama.
- BAILLARGEON, N. (2007): *Curso de autodefensa intelectual*. Madrid, Crítica.
- BARCLAY, H. (2008): «El poder: una visión antropológica», en Roca, B. (2008).
- BENVENISTE, E. (1983): *Vocabulario de las instituciones europeas*. Madrid, Taurus.
- BOURDIEU, P. (2003): *Cuestiones de sociología*. Madrid, Istmo.
- CASTORIADIS, C. (1988): *Los dominios del hombre. Las encrucijadas del laberinto*. Barcelona, Gedisa.
- (1999): *Figuras de lo pensable*. Valencia, Frónesis.
- DOMINGO, R. (1999): *Auctoritas*. Barcelona, Ariel.
- D'ORS, A. (1964): *Escritos Varios*. Pamplona, EUNSA.
- DURKHEIM, E. (1995): *Las reglas del método sociológico*. Madrid, Alianza Editorial.
- ELIAS, N. (1994): *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. México, FCE.
- FRIED, M. (1967): *The Evolution of Political Society*. New York, Random House.
- FROMM, E. (1988): *El miedo a la libertad*. Barcelona, Paidós.
- GARCÍA PELAYO, M. (1983): *Idea de la Política y otros escritos*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- GOFFMAN, E. (2004): *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires-Madrid, Amorrortu.
- HABA, E. P. (1998): «Teorización constructivista como "forma de vida". (Sobre "reglas y formas" del discurso jurídico en los tribunales inexistentes». *Doxa*, n.º 21, I.
- HABERMAS, G. (1988): *Teoría de la acción comunicativa (2 vols.)* Madrid, Taurus.
- HART, H. L. A (1980): *El concepto de Derecho*. México, Editora Nacional.
- HYNDESS, B. (1997): *Disertaciones sobre el poder. De Hobbes a Foucault*. Madrid, Talasa.
- JAKOBS, G. (1996): *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid, Civitas.

- KAHN, P. (2001): *El análisis cultural del Derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona, Gedisa.
- KAHNEMAN, D. (2012): *Pensar rápido, pensar despacio*. Barcelona, Debate.
- KERBO, H. (2004): *Estratificación social y desigualdad. El conflicto de clase en perspectiva histórica, comparada y global*. Madrid, Mc Graw Hill.
- LEGENDRE, P. (1979): *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático*. Barcelona, Anagrama.
- LOCKE, J. (1987): *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Madrid, Aguilar.
- LUHMANN, N. (1995): *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*. Milano, Giuffrè.
- (1995): *Poder*. México, Anthropos.
- MANNHEIM, K. (2004): *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*. México, FCE.
- MARCUSE, H. (1968): *El Hombre unidimensional*. Barcelona, Orbis.
- MILGRAM, S. (1990): *Obediencia a la autoridad. Un ensayo de psicología experimental*. Barcelona, Paidós.
- MILLS, C. W. (2000): *La imaginación sociológica*. México, FCE.
- ORTEGA Y GASSET, J. (1966): *Obras Completas (VII, IX)*. Madrid, Revista de Occidente.
- PARSONS, T. (1976): *El sistema social*. Madrid, Revista de Occidente.
- REALE, M. (1968): *Teoría tridimensional do direito*. Sao Paulo, Saraiva.
- REHBINDER, M. (1981): *Sociología del Derecho*. Madrid, Pirámide.
- ROCA, B. (2008): *Anarquismo y antropología*. Madrid, LaMalatesta Editorial.
- ROCKER, R. (1937): *Nationalism and Culture*. Los Ángeles, Rocker Publications Comm.
- SIMMEL, G. (1986): *Sociología (I) Estudios sobre las formas de socialización*. Madrid, Alianza Editorial.
- TALEGO, F. (2008): «El poder y la mediación», en B. Roca, (2008).
- TUMIN, M. M. (1953): «Some Principles of Stratification: A critical Analysis», en *American Sociological Review*, 18.
- WEBER, M. (1974): *Economía y Sociedad (I)* México, FCE.

Mutaciones normativas del *ius belli*. Un plan de trabajo¹

Roger CAMPIONE
Universidad de Oviedo
campione@uniovi.es

Desde hace algún tiempo, en los debates académicos y políticos se vienen planteando ciertas cuestiones relativas a los modelos de justificación ‘normativa’ de la guerra y a algunos fenómenos, en parte «fronterizos» con respecto a lo bélico (piénsese por ejemplo en las tres «t»: terrorismo, tortura y tecnología), que han arrimado la reflexión hacia dos ámbitos específicos de problemas.

I) Por un lado, se va precisando un robusto análisis de las causas y efectos de la ruptura del marco histórico-social y de los límites normativos de la guerra; como muestra, observo dos aspectos en los que ahondar y a los que algunos autores han/hemos dedicado cierto espacio en trabajos recientes:

I.1) un primer asunto de calado atañe a la crisis del circuito normativo provocada por el carácter excepcional de innovaciones como la tecnología drónica que, según afirma Ruschi, «debido a sus peculiaridades puede operar en las zonas sombrías del derecho internacional, donde las categorías son menos claras y los diferentes planos se intersecan hasta superponerse».

A finales de los años sesenta del siglo pasado, Hannah Arendt recordaba, en las primeras líneas de *Sobre la violencia*, que el desarrollo técnico del uso de la fuerza había «alcanzado el grado en que ningún objetivo político puede corresponder concebiblemente a su potencial destructivo o justificar su empleo en un conflicto armado». En aquella época el progreso tecnológico, siguiendo esta perspectiva que Bobbio había adoptado en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, deslegitimaba la plausibilidad política de la guerra, pues las armas se habían vuelto tan letalmente eficaces que habrían convertido victoria y derrota en resultados políticos totalmente ineficaces, debido a su inconmensurable alcance destructivo. Por este motivo, la guerra había perdido «mucho de su eficacia y casi todo su atractivo». También es cierto que ya entonces se habían vislumbrado escenarios futuristas –caracterizados por milicianos

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+i Retos DER2013-47425-R («La guerra y sus justificaciones. Tendencias y problemas actuales») financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

robots que sustituirían a los soldados humanos (Thring)– abocados, junto a otros cambios paradigmáticos, a hacer tambalear la ecuación tradicional entre cantidad de violencia a disposición de un país y fuerza o garantía de protección de ese país contra una potencia sustancialmente más débil (Arendt). Pero las inquietudes ligadas a tales escenarios tenían que ver, sobre todo, con la ingeniería y sus implicaciones de cara a la eficacia militar.

De una forma ya real y concreta asistimos hoy, con innovaciones como los satélites, los vehículos no tripulados o los drones, dotados de las capacidades avanzadas ISTAR (*Intelligence, Surveillance, Target Acquisition and Reconnaissance*), a una puesta en crisis del paradigma jurídico consolidado en los últimos dos siglos. No se trata solo de mutaciones mecánicas que cambian el tablero bélico debido al uso de instrumentos que prescinden o cuasi-prescinden de la intervención humana directa. La evolución tecnológica más reciente afecta de lleno a categorías normativas tradicionales que históricamente han constituido el fuste de la lógica jurídica, tales como la subjetividad o los principios de responsabilidad, imputación o casualidad. Así que, desde esta perspectiva, parafraseando a Clark, cobra relevancia actual la siguiente pregunta: ¿De qué manera influye el progreso tecnológico en cómo concebimos la naturaleza de la guerra y de qué modo esto condiciona nuestras previsiones jurídicas?

I.2) El otro aspecto interesante, en este sentido, se refiere al cortocircuito entre norma y excepción que alimenta la discusión sobre ciertas prácticas y tendencias como, por citar un ejemplo, la tortura que, «ejercida como función pública e institucionalizada bajo la excusa de la defensa de la nación y de sus ciudadanos, propicia una suspensión de la universalidad de los principios sobre los que se asientan los derechos humanos que delata las fisuras éticas de la democracia que le da cobijo y la alienta. Un ejemplo palmario de la "suspensión política de la ética" de la que habla Slavoj Žižek» (Sánchez de la Yncera/Rodríguez Fouz). La ruptura de los límites de la guerra, de nuevo, influye en las tensiones entre las categorías «normalmente» válidas y las excepciones que las van desmintiendo pero sin proporcionar ningún estándar o regla alternativa asentada. Es el caso, por poner otro ejemplo paradigmático, del terrorismo entendido como forma actual de violencia híbrida, que bascula entre la noción tradicional del recurso a actos criminales cometidos contra la población civil fuera de los contextos bélicos, y su práctica más recientes de actos cometidos por combatientes en el marco de un (considerado como) conflicto armado internacional (Colombo). Está claro que estos

cortocircuitos entre normas arraigadas del derecho interestatal, cuyo alcance epistémico se va debilitando, y excepciones que no confirman ni sancionan definitivamente una nueva regla, afectan de lleno incluso a categorías fundamentales del orden internacional clásico, tan básicas como la de enemigo, una categoría que representa el mismísimo «logos de la guerra». Un logos que habla a través de *Pólemos*, el cual aun personificando la batalla no exime del cumplimiento de ciertas normas. En este sentido cabe interpretar el famoso fragmento 53 de Heráclito sobre la guerra como padre de todas las cosas: todo *nomos* proviene, de algún modo, de *Pólemos* que constituye así «el principio de la contienda», la divergencia entre opuestos que se manifiesta en la guerra (Cacciari). La concreción política de este principio epistémico sería la dimensión de la enemistad, en sentido schmittiano, como categoría estructuradora de la comunidad internacional realizada por la guerra. La posibilidad de regular un fenómeno potencialmente desatado como la guerra exige la presencia del enemigo. No es que no habría guerra, es que no cabría posibilidad de controlarla ni capacidad de limitar sus efectos si no existiera el enemigo. Dicho en otras palabras, sería tarea fundamental de la guerra evitar la eliminación/anihilación del enemigo para que el conflicto pueda ser normativizado, esto es, acotado. *Conditio sine qua non* es que el enemigo sea el espejo jurídico del amigo, es decir, que a cargo de ambos se imputen derechos y obligaciones recíprocas, como si hubiera una relación sinalagmática entre los dos contendientes inspirada en un modelo formal civilista. Un modelo que Alberico Gentili difundió en los orígenes de la modernidad y que representa una alternativa normativa frente a la visión más bien «penalista» en la que una de las partes, si bien situada en el mismo nivel ontológico (Estado *vs* Estado en el paradigma tradicional), es acusada de actos reprobables y juzgada por la otra parte.

Cabe ver, en línea con Colombo, que de forma especular al trastorno que estos cortocircuitos provocan en el modo de entender *contra quién* se combate una guerra, el progresivo debilitamiento del papel del Estado en la arena política internacional, con la aparición de nuevas subjetividades que protagonizan las dinámicas decisionales de los conflictos armados –terroristas, *contractors* privados, *foreign fighters*...– sacude los contornos de la idea del *quién*, «normalmente», ha librado las guerras. La encrucijada del derecho internacional para responder a tales desafíos está servida.

II) El segundo aspecto que suscita una renovada reflexión atañe a la toma de conciencia de la entrada en crisis de la distinción constitutiva entre paz y guerra: por cosas como

las anteriormente mencionadas, ¿tiene aún sentido distinguir entre actos de violencia cometidos en tiempos de guerra y actos de violencia cometidos en tiempos de paz en un contexto histórico en el cual la distinción misma entre paz y guerra se ha ido progresivamente diluyendo? (Colombo). Más en general, el *mainstream* ¿se decanta por entender la paz en términos puramente negativos, como ausencia de violencia, o concibe una sociedad pacífica como la presencia de otros elementos (democracia, libertad, derechos humanos...)? Se trata de una cuestión nada irrelevante pues la segunda opción, que se ha empezado a utilizar a partir de los años noventa del siglo pasado, convierte en una gonzúa jurídica la noción de «amenaza a la paz» –una condición que en derecho internacional despliega la posibilidad de uso legítimo de la fuerza armada– al interpretar de forma extensiva el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. En cambio, percibir la paz como pura falta de guerra significaría que aquellos elementos constituirían parte de la soberanía interna, como tal no susceptible de apreciaciones ajenas (Aldave). Nos topamos de nuevo con dudas que ponen a prueba la resistencia epistémica del *ius belli*; en este amago de crisis de la ciencia jurídica la guerra va perdiendo su forma, negando precisamente la viabilidad de toda *guerre en forme* y, finalmente, de la propia noción normativa de guerra. Podría materializarse así el diagnóstico de Hedley Bull, para el cual la verdadera alternativa histórica a la guerra no es la paz sino una violencia difusa, sin control. Y por tanto sin límites.

Caben en este punto algunas reflexiones introductorias relacionadas con estos asuntos. La desmesura que social y antropológicamente la guerra de por sí entraña ha coexistido con la medida de sus normas desde la antigüedad, al igual que toda forma de actividad organizada que se ha desarrollado a lo largo de la evolución cultural, como el comercio, la familia o la división del trabajo. De ahí que históricamente haya sido tan difícil definir formal y sustancialmente el concepto de guerra. Porque es muy vago el linde entre la guerra y la paz, porque es difícil definir a Tánatos mediante Eros y, sin embargo, son inconcebibles ambos sin el otro.

Para reducir la complejidad humana y social de un fenómeno ineluctable y desmesurado, las reflexiones sobre la guerra se han dirigido a acotar su significado con el fin de entenderlo, controlarlo y limitar sus devastadores efectos. Amén de su consistencia general y abstracta, las normas encarnan, como se sugería antes, el «logos de la guerra» (*vid.* por ejemplo la definición de guerra de Bouthoul –inventor de la

polemología y pionero de la sociología de la guerra– que *a*) es un fenómeno colectivo, *b*) es una situación de lucha armada y *c*) tiene un carácter jurídico. (Campione).

Recuerdo a este respecto que Stuart Hampshire, en *La justicia es conflicto*, parte de una intuición de Rawls, según la cual los principios de justicia deben ser independientes de las concepciones sustantivas del bien, para llegar a una conclusión opuesta a la rawlsiana, a saber, que construir una teoría moral y política capaz de proporcionar principios universales justificados racionalmente es una empresa inevitablemente abocada al fracaso. La razón sería precisamente la omnipresencia del conflicto, tanto en el aspecto privado de la vida humana como en el espacio público de la política.

La propuesta de Hampshire pasa por una teoría de la racionalidad entendida como razonamiento entre adversarios e incorpora, por tanto, una metafísica de contrarios. Si el conflicto es un elemento estructural de la experiencia moral, y no disponemos de principios universalmente válidos que puedan eliminar la posibilidad del desacuerdo respecto a las concepciones sustantivas del bien, la única idea de justicia que puede ser racionalmente universalista es la procedimental. Para concretar esta idea de justicia procedimental, Hampshire introduce la que considera como la única prescripción susceptible de ser universalizada y cuya relevancia le fue sugerida por Hart: el principio *audi alteram partem*, es decir, la condición de que, en todo procedimiento de resolución de conflictos, hay que «oír a la otra parte», según el principio de contraargumentación típico del contradictorio legal, para el cual ambas partes de un conflicto deben ser oídas igualmente. Solo este principio de imparcialidad puede tener un fundamento universal y puede constituir la base de una institucionalización de los procesos de resolución de los conflictos. Pero debido a que la racionalidad entre personas constituye un vínculo no muy poderoso cuando existen fuertes pasiones a ambos lados del conflicto, la vía para reforzar el vínculo –argumenta Hampshire– «puede encontrarse solo en las lealtades institucionales y en los hábitos hondamente arraigados de vivir juntos y discutir juntos», es decir, en el respeto por las normas procedimentales localmente establecidas y conocidas.

De acuerdo con este formato, en la guerra estaríamos, hablando en términos normativos, ante una violencia «controlada», que no es *hýbris* y no degenera en la transgresión irracional de los límites puestos por los dioses. No es como *stásis*, la faida, la sedición,

donde el enemigo no merece ninguna piedad porque no parece que haya límites al ejercicio de la violencia y a la destrucción del adversario.

Este tipo de distinciones normativas muestran toda su fatiga en las últimas décadas merced al *make up* moralizante del *ius ad bellum*. En ausencia de requisitos formales y ceremoniales –como la declaración de guerra en el pasado–, señala Colombo, la primera cuestión sobre la que las partes en conflicto discutirán o discreparán es precisamente la de cuándo y dónde hay guerra y cuándo y dónde hay paz y, por tanto, cuándo y dónde es legítimo emplear la violencia y cuándo y dónde no lo es. Este es uno de los factores fundamentales del caos de la denominada «guerra global contra el terror».

En perspectiva más general, uno de mis puntos de partida respecto del razonamiento normativo que fundamenta la justificación de las intervenciones armadas tiene que ver con que «es fenómeno congénito de la guerra que ambos beligerantes afirmen que están actuando sobre la base de una justa causa. Esta, me parece, es la única constante moral invariable en la reflexión sobre la legitimación de la guerra. Los esquemas de argumentación pueden cambiar, las leyes también, así como los valores, pero hay algo perpetuo en todos los conflictos armados, viejos y nuevos, internos e internacionales, simétricos y asimétricos: cada una de las partes entiende que está en el bando correcto» (Campione). A partir de este «realismo moral», creo que acierta Ruschi cuando sostiene que «es muy necesario volver a reflexionar sobre la cuestión de la ‘forma’ de la guerra contemporánea, sobre los parámetros de legitimidad y legalidad del conflicto y, en definitiva, sobre el mismo concepto de enemigo. Tan solo una ciencia jurídica consciente de su labor está a la altura de un objetivo como este, es decir, una ciencia capaz de inspirarse en la historia de la codificación del derecho bélico en el XIX está en condiciones de afrontar el desafío de un nuevo *nomos* de la guerra».

Parece así haber llegado el momento de someter ciertas categorías a un test de plausibilidad –pensemos otra vez, por ejemplo, en la de enemigo– cuya validez y eficacia normativa estarían siendo cuestionadas a tenor de las transformaciones mencionadas, aun habiendo constituido en los últimos siglos los pilares del paradigma jurídico-político de la guerra y de las relaciones internacionales. Por decirlo con un reciente Cacciari, «cuando no se puede afirmar otra cosa sino que la forma de la guerra se ha ido modificando de manera radical y que ningún soberano parece estar capacitado, hoy en día, para enmarcarla en alguna forma jurídico-política, precisamente entonces,

tal vez, se vuelve necesario volver a *pensar* en los términos fundamentales del problema. Nada debe darse hoy por sentado o evidente de por sí; ningún paradigma está siendo capaz de resistir ante la experiencia factual».

La idea general para una reflexión más estructurada sobre estos temas debería pasar por al menos tres fases, cada una de las cuales haría referencia a tres escenarios diferentes pero cronológicamente consecutivos. En un primer momento, habría que interesarse por los procesos a través de los cuales se forman las categorías estructuradoras de un ordenamiento –quizá la de enemigo por encima de las demás– repasando su genealogía y tratando de identificar sus vectores de referencia axiológica y jurídica. En un segundo paso, se debería ahondar en la actual crisis de legitimidad de estas categorías objeto de estudio en un contexto en el que, a la luz de las innovaciones tecnológicas de los últimos años (como los drones, mencionados con anterioridad) o de las prácticas problemáticas desplegadas con el pretexto de la lucha contra el terrorismo (como la también citada tortura), se desdibujan también los contornos de otras muchas categorías políticas y jurídicas fundamentales, como guerra/no-guerra, amigo/enemigo, orden/desorden internacional. En un tercer momento, podrían abordarse los desafíos que, en el escenario *post-bellum*, plantean los procesos transicionales y de reconciliación con el enemigo. Esta cuestión requeriría ser enfocada, para que pudiera aportar una plusvalía visual e interpretativa, como un triálogo entre politólogos, sociólogos y juristas, más que como una simple tensión entre paz-justicia.

NUEVAS TEORÍAS EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA: UNA BREVE PRESENTACIÓN DEL REPUBLICANISMO, LIBERALISMO Y COMUNITARISMO

Abril USCANGA BARRADAS
Universidad Nacional Autónoma de México

Resumen

Analizar las teorías filosóficas desde un enfoque actual, requiere revalorizar conceptos e ideas que brindan en la actualidad nuevos y diferentes paradigma en la investigación.

En el presente trabajo se encuentran conjugadas tres teorías políticas contemporáneas en la que se exhibe, en general, su descripción básica, sus colindancias, límites teóricos y las distintas visiones del mundo que predominan en la actualidad: republicanismo, liberalismo y comunitarismo.

Abstract

To analyze the philosophical theories from a current perspective requires revaluing concepts and ideas that currently provide new and different paradigm in research.

In the present investigation, three contemporary political theories are presented, in which the basic description, its boundaries, and theoretical limits shows the different visions of the world that currently dominate, we refer to: republicanism, liberalism and communitarianism.

SUMARIO. 1. Republicanismo y Neo republicanismo 1.1 Republicanismo clásico 1.2 Neo republicanismo 2. Liberalismo clásico y Nuevos liberalismos 2.1 Liberalismo clásico 2.2 Nuevos liberalismos 3. Comunitarismo 4. Conclusión 5. Fuentes de consulta.

No resulta sencillo encontrar caracterizaciones inequívocas de ideas políticas que sean algo más que conjeturas académicas.
Félix OVEJERO LUCAS
Incluso un pueblo de demonios

Presentaremos al republicanismo, el liberalismo y el comunitarismo como teorías de la filosofía política que nos brindarán un nuevo enfoque de conceptos como la libertad o las virtudes cívicas, pero que también nos brindarán la oportunidad de entender las problemáticas Estatales y democráticas.

Cada una de estas teorías contiene una historia y una forma de ver el mundo desde diversas perspectivas y contextos, por lo que será relevante el revisar, al menos de forma breve, tres de las más grandes teorías de la filosofía política que dominan actualmente, no sin aseverar que cada una de ellas solo forma parte de un mundo más grande teórico que brinda una riqueza singular al estudio de la política y el derecho.

Es de mencionarse que revisaremos el surgimiento de tres teorías conocidas como: el Republicanismo y el Neo republicanismo, el Liberalismo y los nuevos liberalismos, y el Comunitarismo.

Es por lo anterior que, sin excedernos de las limitantes que un artículo debe guardar, nos avocaremos a intentar ubicar y visualizar las fronteras de cada una de las teorías para localizarlas dentro del mundo de las ideas y tratar de entender sus postulados centrales, aunque no resulte ser una tarea fácil.

1. Republicanismo y Neo republicanismo

En términos generales, y con fines didácticos podemos dividir al republicanismo en dos grandes apartados: el primero correspondiente al pensamiento político conocido como republicanismo clásico, y el segundo relativo a la más reciente corriente conocida como neo republicanismo. Por una parte, entenderemos al republicanismo clásico como una tradición y un conjunto de principios y prácticas en el pensamiento, y por otra parte, a lo que se conoce como neo republicanismo como una doctrina política actual.¹

¹ Ver Uscanga Barradas Abril, *Nuevas Teorías en la Filosofía Política, Tirant lo Blanch, 2016.*

1.1 Republicanismo clásico

El republicanismo clásico se remonta a la antigua Grecia y la Roma clásica, fue la ideología más consolidada del mundo antiguo, su desarrollo y práctica fue impulsada por las aportaciones de varios teóricos, filósofos y políticos como, por ejemplo, Polibio, Cicerón, Aristóteles, Jerónimo Savonarola, Maquiavelo, Milton, Harrington, Sidney y Montesquieu,² entre otros.

Esta tradición acentuaba ciertas características como el honor, la importancia de las virtudes cívicas, la participación política, el peligro de la corrupción, los beneficios de las constituciones mixtas y la sustitución del imperio del hombre por el imperio de la ley,³ la infravaloración de lo privado con respecto a la polis, el sometimiento de las mujeres, la aceptación de la esclavitud, la propensión a la guerra, la vulnerabilidad a las luchas civiles, la exhortación a la virtud, la solidaridad, la piedad, la sospecha del comercio y la exaltación de la vida pública.⁴

El republicanismo clásico tuvo sus primeras manifestaciones en Atenas con la aportación de: Solón, quien distribuyó las obligaciones y derechos políticos de los ciudadanos de la polis ática; Clístenes, quien perfeccionó la constitución Soloniana a través de la reorganización de distritos electorales atenienses; y Pericles quien fue un líder ateniense que promovió las reformas contra los elementos aristocráticos.

Posteriormente se nutrió de las ideas de Polibio, Heródoto, Platón y Aristóteles, quienes estudiaron las formas de gobierno, la tendencia de las formas de gobierno a degenerarse o viciarse y la necesidad de un gobierno mixto, respectivamente.

Con la llegada del Renacimiento, el republicanismo clásico se desarrolló en tres versiones:

² Algunos de estos autores, en especial los últimos mencionados, han sido adoptados como parte tanto en la corriente liberal como en la corriente neo republicana.

³ Lovett, Frank, «Republicanism», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, winter 2014; Cruz Prados, Alfredo, «Republicanism y democracia liberal: dos conceptos de participación», *Anuario Filosófico*, Navarra, Universidad de Navarra, 2003, XXXVI/1, p. 84; González, Ana Marta, «Republicanism. Orígenes historiográficos y relevancia política de un debate», *Revista de Occidente*, 2001, núm. 247, diciembre 2001, p. 3; Pettit, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. de Toni Domènech, España, Paidós, 1999, pp. 38 y 39.

⁴ González, Ana Marta, *op. cit.*, p. 3.

a) el republicanismo cívico clásico o *protective republicanism*; apegado a la visión central de la República romana con el modelo teórico formulado por Cicerón, Salustio y Livio, mediante el que buscaba salvaguardar los intereses y los fines de los ciudadanos individuales mediante la participación política,⁵ este pensamiento se nutrió del pensamiento de Maquiavelo, así como también se mezcló con el liberalismo.

b) el republicanismo cívico humanista o *developmental republicanism*: fue inspirado en el funcionamiento de la polis griega y la aportación de Marsilio de Padua. Este republicanismo tenía como premisa la participación política y el ejercicio ciudadano para mejorar la toma de decisiones públicas, entiende a la virtud cívica como una virtud pública.

c) el republicanismo radical, guiado por los monarcómacos; Entendía que todo poder residía radicalmente en el pueblo, quien delegaba su administración a príncipes o representantes. El poder de estos encontraba legitimidad cuando lograba el bien común, por lo que, en caso de grave incumplimiento, los monarcómacos establecieron que el poder debía regresar al pueblo para que este lo ejercitara directamente.

Finalmente, se debe mencionar que el pensamiento republicano fue desapareciendo paulativamente, entre otras razones debido al cambio de las pequeñas polis en mega Estados, el absolutismo, el interés por la vida del retiro contemplativo y desinterés por las cuestiones políticas, el culto a la obediencia, el surgimiento de otras corrientes de pensamiento, como el liberalismo, entre otras circunstancias.

1.2 Neo republicanismo

El renacimiento de la tradición republicana tuvo su origen en el trabajo de un grupo de historiadores de las ideas y de las instituciones políticas, quienes se dieron a la tarea de rastrear los antecedentes de la tradición institucional angloamericana.

⁵ En toda esta etapa del republicanismo clásico la participación política fue limitada y no incluyó a varios sectores sociales.

El neo republicanismo gestó sus bases ideológicas poco antes de la década de 1970 con la publicación de tres obras⁶ que retomaron la visión republicana dentro de la discusión historiográfica para situarla como una corriente contemporánea alternativa al liberalismo.⁷

El neo republicanismo es una corriente del pensamiento político y filosófico contemporáneo que tiene como precedente histórico remoto el pensamiento republicano clásico de la Atenas democrática, la Roma republicana, las repúblicas italianas del Renacimiento y las revoluciones democráticas.

Se suele describir al neo republicanismo, de forma genérica, como una teoría que defiende vigorosamente los conceptos de libertad, igualdad y ciudadanía, sin olvidar la aceptación del sistema democrático.

El discurso del republicanismo contemporáneo, de acuerdo a teóricos como John Maynor o Knud Haakonssen, se divide genéricamente en dos vertientes: por un lado, los teóricos inspirados en un tipo de republicanismo neo-ateniense y humanismo cívico; y por el otro lado, los inspirados en la versión neo-romana del republicanismo.⁸

Por una parte, el neo republicanismo ateniense también conocido como republicanismo neo aristotélico, es la línea que más se acerca a una nueva lectura de la tradición republicana clásica. Este acentúa las virtudes cívicas y la participación política como un bien intrínseco que se ha presentado en ciertas etapas del florecimiento humano. En forma general, esta corriente del pensamiento es asociada tanto con el comunitarismo (Alasdair MacIntyre, Charles Taylor y Michael Walzer) como con el humanismo cívico (Arendt, Wood, Worden y Rahe).

⁶ La primera obra fue publicada en 1967 por Bernard Bailyn bajo el título *The ideological origins of the American Revolution*, la cual criticaba la visión liberal dominante. El segundo, fue el libro de Gordon S. Wood titulado *The creation of the American Republic, 1776-1787* –publicado por primera vez en 1969–, en el que se mostró al republicanismo como principio ideológico. Por último, se encuentra la famosa obra llamada *The machiavellian moment*; la cual fue realizada por John Pocock quien, con su publicación en 1975, hizo una propuesta de relectura del pensamiento político desde una lógica diferente a partir de una interpretación neo republicana aristotélica.

⁷ En especial, al liberalismo de Rawls que constituye el resurgimiento de la filosofía política de la segunda mitad del siglo XX. Esto se origina con la publicación del libro *Teoría de la justicia* en 1971; en donde realiza un proyecto que se inclina por una nueva concepción de la moral, la política y el derecho que repercutirá en el desarrollo institucional de la democracia –ya que daba cabida a una concepción de justicia como equidad capaz de satisfacer por consenso las expectativas de igual libertad y justicia distributiva de la sociedad–. Véase Mejía Quintana, Óscar, *Del liberalismo racional al republicanismo razonable*, Bogotá, Universidad Nacional, 2010, p. 171.

⁸ Véase Maynor, John W., *op. cit.*, p. 10; Laborde, Cecile y Maynor, John W., *Republicanism and political theory*, UK, Blackwell, 2008, p. 3.

Por otra parte, el republicanismo neo romano, impulsado actualmente por Quentin Skinner y Philip Pettit, explica que el gobierno fue concebido para proteger a los ciudadanos contra la demagogia y tiranía. Esta propuesta inspirada por la versión romana que pone especial énfasis en el concepto de libertad se levantó como protagonista en el curso de la Revolución Inglesa –a mediados del siglo XVII–, más tarde se instrumentó para combatir la oligarquía británica imperante del siglo XVIII y, finalmente, para defender la revolución de las colonias americanas contra la corona británica. Sin embargo, durante el siglo XIX esta teoría se debilitó.

En general, se entiende al neo republicanismo como una postura teórica en desarrollo, por lo que no es una tarea fácil el dar claridad a algunos postulados principales de la corriente en concreto e indagar, como lo menciona Iseult Honohan⁹ si esta teoría tiene algún discurso coherente que ofrecer.

2. Liberalismo clásico y Nuevos liberalismos

Ahora bien, en lo que hace al liberalismo, este presentó una férrea lucha para lograr limitar el poder absoluto del soberano, derrocar las tiranías y los gobiernos despóticos, y así conquistar un sistema de garantías frente al poder político.

De forma general podremos comentar que la evolución de la doctrina liberal combinaba distintas corrientes y sentó de manifiesto un progresivo distanciamiento con respecto de características cívicas y participativas.

El liberalismo ha tomado distintas formas y tonos, de tal forma que la llegada del siglo XX marcó la historia en el pensamiento liberal conocido hasta ese momento,¹⁰ para dar paso a los nuevos liberalismos, que pueden abarcar desde las posturas ultra liberales o el libertarianismo, hasta posturas moderadas o de un liberalismo contractualista.

Sin embargo, una parte relevante de la ubicación de las teorías tendrá que ver con encontrar este punto central que une toda una corriente de pensamiento, y que en su momento formará el postulado nuclear de una teoría consistente.

⁹ Honohan, Iseult, «Enfoques republicanos contemporáneos sobre la democracia y su potencial cosmopolita», Isegoría, España, 2005, núm. 33, p. 61

¹⁰ Gray, John, Liberalismo, España, Alianza, 1994, p. 58.

2.1 Liberalismo clásico

La etapa conocida como liberalismo clásico (1780 a 1860), se vio integrado con aportaciones de John Locke y Adam Smith, ambos considerados como los precursores de esta corriente del pensamiento¹¹. Especialmente podemos mencionar que esta etapa se caracterizó por:

- i) la creación de asambleas y consejos representativos de los estamentos – conformados por el clero, la nobleza, la burguesía–;
- ii) la búsqueda de la autonomía de los jueces respecto del poder político; la intención de limitar los abusos del absolutismo;
- iii) el replanteamiento del valor de la persona;
- iv) la lucha por la libertad religiosa;
- v) el reconocimiento de la relevancia de la función de las asambleas;
- vi) el intento de limitar el poder del soberano, entre otras medidas que fueron realizadas.¹²

Específicamente, podemos indicar que en 1812 se utilizó por primera vez la palabra «liberal»¹³ como ideal político en las Cortes de Cádiz.¹⁴

Sin embargo, cabe resaltar que todo el pensamiento liberal logró su consolidación hasta el siglo XVIII; siglo en el que la limitación del poder del soberano era una realidad en Inglaterra, a pesar de que aún sobrevivían monarcas absolutos en el resto de Europa.

Por su parte, el resto de Europa empezó a cambiar a finales del siglo XVIII, inicialmente con la Declaración de Independencia de las trece colonias americanas –en la cual se enfrentaron una nueva sociedad que buscaba las libertades contra la vieja sociedad monárquica y aristocrática– y posteriormente, la Revolución Francesa de 1789 y ulteriores revoluciones del XIX –que marcaron el destino y pensamiento europeo–.

¹¹ Boaz, David, *Liberalismo. Una aproximación*, trad. de Ana Lladó Sánchez, España, 2007, pp. 65 y 66; Barber, R. Benjamin, *Pasión por la democracia*, España, Almuraza, 2006, colección Pensamiento Político, p. 49; Gray, John, *Liberalismo...*, *cit.*, p. 9.

¹² Vergottini, Giuseppe de, «Derecho constitucional comparado», 6.ª ed., trad. de Claudia Herrera, *Serie Doctrina Jurídica*, México, UNAM, 2004, núm. 197, p. 217.

¹³ El término liberal funcionaba como un derivado de liberalidad, la virtud clásica de la humanidad. Véase Gray, John, *Liberalismo...*, *cit.*, pp. 9 y 10.

¹⁴ Ovejero Lucas, Félix, *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*, Madrid, Katz, 2008, p. 47.

Esta forma de pensamiento sufrió de renovaciones, pero fue a mediados del siglo XIX cuando surgieron varias vertientes liberales que diferían del modelo liberal clásico. En especial nos referiremos a la conocida como liberalismo conservador, o también reconocida como *neowhigs*, que se presentó aproximadamente entre 1830 y 1939, con lo que se visualizaba una nueva etapa liberal que más allá de llamarla «nuevo liberalismo» tendríamos que entenderla como «los nuevos liberalismos», por desarrollarse de tal forma que se desprendieron diversas formas renovadas del mismo.

2.2 Nuevos liberalismos

Podemos identificar como exponentes del liberalismo a autores como, por ejemplo, Benjamin Constant, Frédéric Bastiat, Emmanuel Kant, Wilhelm von Humboldt, John Stuart Mill, Herbert Spencer, William Lloyd Garrison, Lysander Spooner, o Frederick Douglass, entre otros.¹⁵

Existen connotaciones diferentes con que se emplea el término liberalismo, lo cual no ayuda para trazar lindes entre los máximos exponentes liberales: Rawls, Nozick, Dworkin, Raz, Buchanan, Waldron o Hayek; pues tienen diferentes tintes con respecto a conceptos básicos como, por ejemplo, el mercado, el Estado de bienestar, la democracia, los derechos de las minorías, o la libertad;

A pesar de esto, se pueden reconocer algunos rasgos comunes de las variantes de la tradición liberal. En este sentido, John Gray indica cuatro:

- i) La tradición liberal es individualista, toda vez que afirma la primacía moral de la persona frente a las exigencias de cualquier colectividad social;
- ii) La tradición liberal es igualitaria, ya que confiere a todos los hombres el mismo estatus moral y niega la aplicabilidad, dentro de un orden político o legal, de diferencias en los valores morales de los seres humanos;

¹⁵ Gray, John, *Liberalismo*, España, Alianza, 1994, pp. 12, 25, 26 y 28; Boaz, David, *Liberalismo. Una aproximación*, trad. de Ana Lladó Sánchez, España, 2007, pp. 82-85.

- iii) La tradición liberal es universalista porque afirma la unidad moral del ser humano y otorga importancia secundaria a las asociaciones históricas específicas y a las formas culturales, y;
- iv) La tradición liberal es meliorista por creer en la corregibilidad y el posible mejoramiento de las instituciones sociales y los acuerdos políticos¹⁶.

El liberalismo se identifica por reconocer el carácter prioritario del individuo en la sociedad, en la cual el individuo constituye la unidad básica del análisis social entendido como un átomo aislado que actúa en busca de privilegios –económicos, políticos, legales o éticos–,¹⁷ en donde la función del gobierno o comunidad política es proteger los derechos individuales, las libertades –una de las fundamentales es la libertad económica–, el interés privado, la vida, la justicia procedimental y la propiedad, entre otras.¹⁸

Finalmente, para concluir con los nuevos liberalismos podemos mencionar las siguientes formas en que se configura el liberalismo: el liberalismo asociado al relativismo moral;¹⁹ el liberalismo perfeccionista;²⁰ el liberalismo aristocrático;²¹ y el liberalismo igualitario,²² el liberalismo Rawlsiano –que es el principal referente político de esta etapa–, en tanto generó la contrarréplica de los comunitaristas y neo republicanos²³ con su famosa obra *Teoría de la justicia*, publicada en 1971. Por otra parte, otro de los autores dignos de mención en este punto es Robert Nozick, quien se decantó hacia la ultra derecha con su conocido trabajo plasmado en el libro *Anarquía, Estado y utopía*, publicado en 1974.²⁴ Así

¹⁶ Gray, John, *op. cit.*, pp. 10 y 11; Gray, John, *Post-liberalism. Studies in political thought*, London, Routledge, 1996, p. 284; Arribas Herguedas, Fernando, *La evasiva neoliberal. El pensamiento social y político de Friedrich A. Hayek*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 9.

¹⁷ Lo anterior se presenta en el liberalismo sin diluir la concepción del individuo dentro de una comunidad.

¹⁸ Ruiz Ruiz, Ramón, *La tradición republicana*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 36; Gaus, Gerald y Courtland, Shane D., «Liberalism», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2001; Boaz, David, *op. cit.*, p. 150 y 195; Viroli, Maurizio, *Republicanism*, trad. de Antony Shuggar, USA, Hill and Wang, 2002, p. 58.

¹⁹ Incapaz de proporcionar criterios morales de elección, este hace frontera con el nihilismo.

²⁰ Afirma la superioridad moral de ciertos modos de vida.

²¹ Establece la excelencia de ciertos individuos.

²² Considera que todas las personas tienen el mismo derecho a llevar a cabo un proyecto personal de vida, para lo que se requiere la distribución de las libertades y recursos.

²³ Habermas, Jürgen y Rawls, John, *Debate sobre el liberalismo político*, trad. de Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1998, p. 17.

²⁴ Boaz, David, *op. cit.*, p. 69.

también, nos encontramos con la labor de Ronald Dworkin; la cual estuvo inspirada por los conceptos de la igualdad liberal.^{25, 26}

3. Comunitarismo

El comunitarismo nació en el mundo académico anglosajón como resultado de un panorama intelectual diferente que se confrontaba con la filosofía política de la década de 1970, así como para dar respuesta a las teorías sobre el Estado y la sociedad formuladas dentro del liberalismo por autores como Ronald Dworkin, R. Nozick y, en especial, por las propuestas de John Rawls en su libro *A theory of justice* publicado en 1971.

El comunitarismo se conformó a través del pensamiento de teóricos de finales de la década de 1970 y su auge se produjo en 1980.²⁷ Este se inspiró, en gran medida, en el pensamiento de Aristóteles y Hegel, sin embargo, entre sus principales representantes se encuentran: Charles Taylor, con el libro *Hegel and modern society*²⁸ (1979); Michael Sandel, con el trabajo *Liberalism and the limits of justice*²⁹ (1980); Alasdair MacIntyre (autor aristotélico-tomista), con la publicación de la obra *After virtue*³⁰ (1981); Michael Walzer, con el libro *Spheres of justice. A defence of pluralism and equality*³¹ (1983); y R. Bellah, con la obra titulada *Habits of the heart: individualism and commitment in American life* (1985).³²

El comunitarismo está a favor de las políticas del bien común, la forma de vida de la comunidad constituye la base de la valoración de las concepciones de lo bueno, y la importancia que se otorga a las preferencias del individuo dependen del grado en que dicha

²⁵ Santos Pérez, Lourdes, *Liberalismo e igualdad. Una aproximación a la filosofía política de Ronald Dworkin*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 120.

²⁶ Ovejero Lucas, Félix, *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*, España, Paidós, 2002, p. 39.

²⁷ Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 126.

²⁸ En este libro, Taylor trató de dar continuidad a los argumentos Hegelianos que objetaban la teoría de Kant en relación a los conceptos de razón puramente formal que impediría dar contenido alguno a nuestras obligaciones morales y el concepto de autonomía que rechaza la inmersión del individuo dentro de su comunidad.

²⁹ En este libro, atacó al liberalismo por presentar a la justicia como independiente de cualquier concepción del bien.

³⁰ Esta obra tenía como finalidad refundar una moral de raíz aristotélica basada en las virtudes y no en los principios universales.

³¹ Walzer establece su posición en contra de la propuesta de justicia distributiva de Rawls.

³² Bell, Daniel, «Communitarianism», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall, 2013.

persona se adecúe o contribuya al bien común, puesto que este prima sobre las pretensiones de los individuos.³³

Los comunitaristas se representan como un ser profundamente social que carece de identidad previa a la comunidad, de preferencias o gustos pre sociales, de modo y manera que su libertad no se ve limitada, sino incrementada por los otros, por lo que se puede decir que, esta teoría se sustenta en una concepción ontológica que define al individuo como un ser incompleto perfectible solo en la sociedad a partir de la participación que funciona como puente que le permite a la parte integrarse al todo.

Esta idea de comunidad no requiere de la protección de la libertad negativa, pues en una comunidad en donde todos participan de los mismos valores y de la misma idea del bien nadie tiene necesidad de protegerse de los demás.

Por último, hemos de decir que el comunitarismo insiste en recuperar la idea de comunidad como algo esencial en el desarrollo de la identidad humana y de conformación Estatal, ya que solo a través de esto se logrará una mayor y directa participación de todos los ciudadanos en la vida pública.

³³ Kymlicka, Will, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, trad. de Roberto Gargarella, España, Barcelona, p. 228.

4. Conclusión

Después de la sucinta presentación de las teorías republicana, liberal y comunitarista, podemos resumir que en términos generales, las ideologías o teorías presentadas no pueden ser juzgadas de teorías políticas falsas o verdaderas, sino efectivas o no para justificar, cuestionar o transformar las creencias, actitudes y valores dentro de una sociedad.

En muchos de los casos tendremos que conformarnos con determinar a grandes rasgos el núcleo de las teorías que se dividen y subdividen sus propuestas en una diversidad enorme. También, en algún momento se compenetran y fusionan con sus ideologías colindantes, de tal forma que no podemos dejar de entender que la historia de las ideas como la historia de las teorías inevitablemente es cíclica, muta, se distorsiona, de forma continua, progresiva y paulatina.

El conocer de estas teorías nos habrán de explicar y responder cuestiones como: cuál es el papel que debe jugar la ciudadanía, qué es el estado y cuál es su función, por qué se priorizan los derechos individuales frente a los derechos colectivos, qué papel debe jugar el mercado en un país, o si deben ser preponderante la determinación de la justicia con carácter universal dejando a lado el relativismo moral; como se puede entender, estas determinaciones no le son ni le deben ser ajenas al derecho, el decir lo contrario sería un absurdo.

Es por lo anterior que, considero que el estudio de la filosofía política es de gran relevancia, toda vez que la filosofía política y el derecho se encuentran y complementan mutuamente para encontrar las razones y explicaciones últimas de nuestros actuales problemas sociales.

5. Fuentes de consulta

BARBER, R. Benjamin: *Pasión por la democracia*, España, Almuraza, 2006, colección Pensamiento Político.

BÉJAR, Elena: *El corazón de la república. Avatares de la virtud política*, España, Paidós, 2000.

BELL, Daniel: «Communitarianism», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall, 2013.

BOAZ, David: *Liberalismo. Una aproximación*, trad. de Ana Lladó Sánchez, España, 2007.

CRUZ PRADOS, Alfredo: «Republicanismo y democracia liberal: dos conceptos de participación», *Anuario Filosófico*, Navarra, Universidad de Navarra, 2003, XXXVI/1.

GARGARELLA, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.

GAUS, Gerald y COURTLAND, Shane D.: «Liberalism», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2001.

GONZÁLEZ, Ana Marta: «Republicanismo. Orígenes historiográficos y relevancia política de un debate», *Revista de Occidente*, 2001, núm. 247, diciembre 2001.

GRAY, John: *Liberalismo*, España, Alianza, 1994.

——— *Post-liberalism. Studies in political thought*, London, Routledge, 1996.

HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John: *Debate sobre el liberalismo político*, trad. de Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1998.

HAYEK: Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

HONOHAN, Iseult: «Enfoques republicanos contemporáneos sobre la democracia y su potencial cosmopolita», *Isegoría*, España, 2005, núm. 33.

KYMLICKA, Will: *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, trad. de Roberto Gargarella, España, Barcelona.

LOVETT, Frank: «Republicanism», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, winter 2014.

MAYNOR, John W.: *op. cit.*, p. 10; Laborde, Cecile y Maynor, John W., *Republicanism and political theory*, UK, Blackwell, 2008.

MEJÍA QUINTANA, Óscar: *Del liberalismo racional al republicanismo razonable*, Bogotá, Universidad Nacional, 2010.

OVEJERO LUCAS, Félix: *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*, Madrid, Katz, 2008.

——— *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*, España, Paidós, 2002

PETTIT, Philip: *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. de Toni Domènech, España, Paidós.

RUIZ RUIZ, Ramón: *La tradición republicana*, Madrid, Dykinson, 2006.

SANTOS PÉREZ, Lourdes: *Liberalismo e igualdad. Una aproximación a la filosofía política de Ronald Dworkin*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

VERGOTTINI, Giuseppe de: «Derecho constitucional comparado», 6.^a ed., trad. de Claudia Herrera, Serie Doctrina Jurídica, México, UNAM, 2004, núm. 197.

VIROLI, Maurizio: *Republicanism*, trad. de Antony Shuggar, USA, Hill and Wang, 2002.