





DIÁLOGOS JURÍDICOS
2018



JOSÉ M^a ROCA MARTÍNEZ

Director

LEONOR SUÁREZ LLANOS

Subdirectora-Coordinadora

DIÁLOGOS JURÍDICOS

2018

Anuario de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Oviedo

3

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2018



THOMSON REUTERS PROVIEW® eBOOKS

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited /José M^a. Roca Martínez (director) y Leonor Suárez Llanos (Subdirectora-Coordinadora)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISSN 2445-2688
Depósito Legal: NA 633/2016

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, S.L.
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 Pamplona

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ M^a. ROCA MARTÍNEZ
Universidad de Oviedo
Director

LEONOR SUÁREZ LLANOS
Universidad de Oviedo
Subdirectora-Coordinadora

MARCOS LOREDO COLUNGA
Universidad de Oviedo
Secretario

TOMÁS CANO CAMPOS
Universidad Complutense de Madrid
Derecho Administrativo

SILVIA DÍAZ ALABART
Universidad Complutense de Madrid
Derecho Civil

EDUARDO SERRANO GÓMEZ
Universidad Complutense de Madrid
Derecho Civil

RICARDO CHUECA GONZÁLEZ
Universidad de la Rioja
Derecho Constitucional

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
Universidad Complutense de Madrid
Derecho del Trabajo y Seguridad Social

MIGUEL RODRÍGUEZ BLANCO
Universidad de Alcalá de Henares
Derecho Eclesiástico

JUAN IGNACIO MORENO FERNÁNDEZ
Tribunal Constitucional
Derecho Financiero y Tributario

RAFAEL ARENAS GARCÍA
Universidad Autónoma de Barcelona
Derecho Internacional Privado

JAUME FERRER LLORET
Universidad de Alicante
Derecho Internacional Público

ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO
Universidad Autónoma de Madrid
Derecho Mercantil

ÁNGEL SANZ MORÁN
Universidad de Valladolid
Derecho Penal

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Universidad Pompeu Fabra
Derecho Procesal

ALFONSO MURILLO VILLAR
Universidad de Burgos
Derecho Romano

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
Universidad de León
Filosofía del Derecho

LOURDES SANTOS PÉREZ
Universidad de Salamanca
Filosofía del Derecho

MARGARITA SERNA VALLEJO
Universidad de Cantabria
Historia del Derecho

Miembros honoríficos:

BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO
RAÚL BOCANEGRA SIERRA



ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
PRESENTACIÓN	11

ARTÍCULOS

BREXIT Y ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA: DE LO DESEABLE A LO POSIBLE.....	17
<i>Rafael Arenas García</i>	

NECESIDAD DE UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMO ELECTRÓNICO TRANSFRONTERIZO	49
<i>Amada María Arley Orduña</i>	

DERECHOS EN EL CONTEXTO POST-POSITIVISTA. ALGUNAS PARADOJAS DE LA CONCEPCIÓN.....	79
<i>José Manuel Cabra Apalategui</i>	

LA GARANTÍA DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN EL PROCESO FINAL DE LA VIDA: UNA MIRADA A LAS LEYES DE MUERTE DIGNA AUTONÓMICAS	97
<i>Javier García Amez</i>	

PUNTOS CRÍTICOS EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL: UN BALANCE DE LOS DOS ÚLTIMOS AÑOS	121
<i>Carolina Martínez Moreno</i>	

TRABAJOS FIN DE GRADO Y TRABAJOS FIN DE MÁSTER

EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR FRENTE AL CONTROL EMPRESARIAL A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	153
<i>Victoria Avelina González Álvarez Silvosa</i>	
EN TORNO AL REALISMO JURÍDICO	179
<i>Alba Díaz Barber</i>	
JUSTICIA UNIVERSAL EN ESPAÑA: LA LIMITACIÓN DE UN PRINCIPIO DE DERECHO INTERNACIONAL	199
<i>Cristina Fernández-Riera Fernández</i>	
EL APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO DEL PAGO DE DEUDAS TRIBUTARIAS: ÚLTIMAS MODIFICACIONES	223
<i>Cristina Jiménez Fernández-Ahuja</i>	

DIÁLOGOS Y ENTREVISTAS

DIÁLOGO ENTRE JAVIER FERNÁNDEZ TERUELO Y CHELO TUYA.....	249
<i>Javier Gustavo Fernández Teruelo y Chelo Tuya</i>	
ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (SEGUNDA PARTE)	261
<i>Benjamín Rivaya y Elías Díaz García</i>	
DIÁLOGO SOBRE LA CONSTITUCIÓN ENTRE RAMÓN PUNSET E IGNACIO VILLAVERDE	289
<i>Ramón Punset y Ignacio Villaverde</i>	

PRESENTACIÓN

Sale a la luz un nuevo número de *Diálogos Jurídicos*, el tercer volumen, y con él la Revista-Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo comienza a consolidar su trayectoria.

Desde el primer momento, *Diálogos Jurídicos* fue pensada y diseñada para ser un instrumento útil, honesto y versátil de promoción y difusión de la investigación de académicas y académicos de reconocida trayectoria. Pero también pretendía fomentar un tipo de estudios que, destacadamente en nuestro campo de las Ciencias Sociales, y en particular del Derecho, tiene especial interés y relevancia: el diálogo y la entrevista desarrollados entre académicos e investigadores sobre cuestiones de relevancia y actualidad. Igualmente, la Revista instrumenta una vía original para fomentar la publicación y difusión de los trabajos jurídicos más brillantes de las investigadoras y los investigadores jóvenes de la Universidad de Oviedo.

Este tercer volumen de *Diálogos Jurídicos* cumple con esos tres objetivos a través de unos trabajos que atraerán la atención del lector por su originalidad y frescura y por su calidad científica.

El apartado de Artículos, y enumerándolos en su orden alfabético, se inicia con el trabajo de Rafael Arenas García, catedrático de Derecho Internacional Privado de la UAB, que lleva por título «Brexit y Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: de lo deseable a lo posible». Con él nos ofrece un interesantísimo estudio normativo explicativo, prospectivo y crítico del proceso y consecuencias del Brexit en relación con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Se trata de un análisis profundo, exhaustivo y valiente de las consecuencias que para el RU y la UE tiene el Brexit.

El segundo trabajo, de Amada María Arley Orduña, investigadora de la UAM pero en esta ocasión desde Canadá, nos ofrece el artículo «Necesidad de un Estado de Derecho social internacional en materia de protección al consumo electrónico transfronterizo». Un trabajo actual y pertinente, habida cuenta la extensión global de los nuevos medios telemáticos de comercio internacional y en el que los conceptos clave tradicionales o se pierden o cobran una dimensión y significado absolutamente novedosos.

Luego, con el artículo «Derechos en el contexto post-positivista. Algunas paradojas de la concepción conflictivista de los derechos constitucionales», y de la mano de José Manuel Cabra Apalategui, llega la reflexión iusfilosófica, conceptual y crítica acerca de los derechos individuales en la actual realidad de «justicia» constitucional, de argumentación, y que parece dejar atrás o dar al traste con el positivismo duro, simple, excluyente, etc. José Manuel es investigador y profesor en la Universidad de Málaga y tiene esa valiosa capacidad de poder ver de forma original y refrescante la problemática

adosada a las concepciones tradicionales del Derecho. La revisión crítica de la teoría de los derechos y del criterio argumentativo de la proporcionalidad en un modelo de argumentación constitucional blanda, ofrece claves interesantes no solo para describir y entender, también para enjuiciar la tendencia que impulsa la concepción pos-positivista.

A continuación, se encuentra la aportación de Javier García Amez, investigador versátil e interdisciplinar, que tiene una intervención directa en la elaboración del «Proyecto de Ley del Principado de Asturias sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas al final de la vida del Principado de Asturias de 2017». Desde esa participación en la elaboración normativa, y con el instrumental académico penal y administrativo hacia el que orienta su investigación y docencia universitaria, nos ofrece un interesante trabajo de análisis general de la realidad muchas veces jurídicamente problemática del final de la vida titulado «La garantía de la dignidad de la persona en el proceso final de la vida: Una mirada a las Leyes de Muerte Digna autonómicas».

Cierra este apartado de Artículos la catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Carolina Martínez Moreno, investigadora de muy reconocido prestigio y académica siempre comprometida en la lucha contra la desigualdad y la problemática social, jurídica y laboral, con su trabajo «Puntos críticos en la jurisprudencia laboral: un balance de los dos últimos años». En él, la profesora Martínez Moreno comienza advirtiéndonos de la repercusión que está teniendo en la jurisdicción social el hiperactivismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la impronta, el revuelo y la cierta inestabilidad en la solución de cuestiones importantes que está causando el Derecho internacional, y de la creciente relevancia de los litigios referidos al personal laboral del Sector Público que acapara en muchos aspectos –particularmente en materia de contratación y de extinción– casi todo el protagonismo. A partir de ahí, y con un estilo dinámico y atrayente, se va desgranando en cascada y críticamente el tratamiento y solución jurisprudencial de los conceptos jurídicos implicados en las materias y asuntos fundamentales, desde los elementos del contrato de trabajo, su extinción, resolución, despido y embarazo o videovigilancia, despido improcedente tras la Ley 3/2012, libertad sindical, huelga, esquirolaje, maternidad subrogada, etc.

La sección de Estudios, que acoge los trabajos evaluados como brillantes de las y los jóvenes investigadores del Derecho de la Universidad de Oviedo, contiene cuatro títulos que transmiten una perspectiva muy ilusionante por su calidad y proyección. En concreto, se integran aquí los siguientes trabajos: «En torno al realismo jurídico», de Alba Díaz Barber; «Justicia Universal en España: la limitación de un principio de Derecho internacional», de Cristina Fernández-Riera Fernández; «El aplazamiento y fraccionamiento del pago de deudas tributarias: últimas modificaciones», de Cristina Jiménez Fernández-Ahúja; y «El derecho a la intimidad del trabajador frente al control empresarial a través de las nuevas tecnologías», de Victoria Avelina González Álvarez-Silvosa.

La tercera sección, dedicada a los Diálogos, creo que materializa la esencia de la actividad y la relación académica. En ella, dos catedráticos de Derecho Constitucional, Ramón Punset e Ignacio Villaverde, dialogan académicamente sobre la Constitución. Y a partir de ahí nos ofrecen las reflexiones fundamentales sobre los problemas que acucian a nuestra realidad jurídica constitucional. Desde la revisión de aquel primer

movimiento de cambio desde el Derecho político hasta la ciencia moderna, exhaustiva y dinámica del Derecho constitucional y su fundamental dimensión de desarrollo judicial, el papel, la naturaleza, las condiciones y el objetivo de justificación de la actuación del TC, el análisis constitucional del proceso descentralizador, la concesión constitucional de soberanía a organizaciones supranacionales y el papel del TJUE.

Por su parte, la sección de Entrevistas incorpora dos interesantes trabajos. El primero es la entrevista a Javier Fernández Teruelo, catedrático acreditado de Derecho Penal, especializado en violencia de género y cuyo trabajo «Análisis de feminicidios de género en España en el período 2000-2015» ha actuado de revulsivo importante del análisis especializado de la violencia de género, pero también de acciones públicas y sociales al respecto. La entrevista es idóneamente dirigida por Chelo Tuya, periodista, redactora de El Diario «El Comercio» y premio al mejor trabajo periodístico 2017 sobre violencia de género otorgado por el Grupo Clece. Un trabajo sincero, directo y crítico que facilita entender y valorar la realidad social y normativa de la violencia de género, a la vez que apunta las vías a través de las que comenzar a enfrentarse con mayor éxito a la injusticia y la lacra que para la mujer, los hijos y la sociedad en general representa tan detestable realidad.

Se cierra este apartado con la segunda y última parte de la entrevista del catedrático de Filosofía del Derecho, Benjamín Rivaya, al catedrático emérito de Filosofía del Derecho, Elías Díaz. En esta entrevista se ofrece una visión interesantísima, ya no solo de la realidad iusfilosófica española a partir de los años sesenta hasta hoy, sino también una profundización en los problemas político jurídicos que acompañan al Estado de Derecho, a su concreción y desarrollo en el contexto general del Derecho y en su desarrollo hasta la actualidad.

Finalmente, este número se completa con la recensión de la obra «Francisco Becerra. Un procesalista de primera hora», de Manuel Cachón Cadenas, realizada por Laura Álvarez Suárez, doctoranda del Área de Derecho Procesal, quien analiza de forma sucinta y acertada este esperado trabajo sobre una de las figuras esenciales de la doctrina procesal española.

La coordinación de la revista durante estos dos últimos números ha sido para mí una experiencia muy constructiva e ilusionante. Y en su desarrollo la colaboración y la ayuda generosa de Marcos Loredó ha sido fundamental. Pero es bueno renovar las perspectivas y ser fiel, así, a lo que fue la idea originaria del compromiso en la coordinación por distintos especialistas y académicos de nuestra Facultad de Derecho. Por eso le agradezco a Eva Menéndez Sebastián, catedrática acreditada de Derecho Administrativo, que se haga cargo de la coordinación y dirección material de la revista *Diálogos Jurídicos*, asumiendo con ello un proyecto importante y atractivo que desarrollará, estoy muy segura, con especial tino e inteligencia.

Leonor Suárez Llanos.



Diálogos jurídicos

ARTÍCULOS



BREXIT Y ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA: DE LO DESEABLE A LO POSIBLE*

RAFAEL ARENAS GARCÍA

Catedrático de Derecho internacional privado. Universitat Autònoma de Barcelona

RESUMEN

Brexit y espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: de lo deseable a lo posible

El *Brexit* supone un desafío sin precedentes para el Derecho de la UE. En relación con el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, y en lo que se refiere a la cooperación en materia civil, la salida del RU supondrá que pasará a ser considerado un Estado tercero a todos los efectos. La existencia de convenios internacionales que vinculan al RU, a la UE y a sus Estados miembros facilitará la resolución de algunos problemas prácticos, pero un acuerdo de salida debería concretar la aplicación temporal de los instrumentos europeos.

Palabras clave: *Brexit* – Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia – Cooperación judicial en materia civil

ABSTRACT

Brexit and european area of freedom, security and justice: from the desirable to the possible

The *Brexit* is an unprecedented challenge for EU law. In relation to the European Area of Freedom, Security and Justice, and as regards cooperation in civil matters, the exit from the UK will mean that it will be considered a third State for all purposes. The existence of international agreements linking the UK, the EU and its Member States will facilitate the resolution of some practical problems, but an exit agreement should specify the temporary application of European instruments.

Keywords: *Brexit* – European Area of Freedom, Security and Justice – Judicial cooperation in civil matters

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL REINO UNIDO COMO ESTADO TERCERO.
 1. *Competencia judicial internacional.*
 - 1.1. La participación del RU en el espacio de libertad, seguridad y justicia.
 - 1.2. El reglamento 1215/2012.
 - 1.3. El Reglamento 2201/2003.
 - 1.4. El Reglamento 4/2009.

* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación «Brexit y libertad de establecimiento: aspectos societarios, fiscales y de extranjería», Financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, referencia DER2017-88910-P.

- 1.5. El Reglamento 2015/848.
 - 1.6. Derecho convencional.
 2. *Derecho aplicable.*
 3. *Reconocimiento y ejecución de decisiones.*
 4. *Cooperación entre autoridades.*
- III. DE LA SALIDA A LA RELACIÓN FUTURA DEL RU CON LA UE.
1. *Principios que orientan la negociación del «brexit».*
 2. *El RU y los convenios existentes.*
 3. *La posibilidad de acuerdos específicos.*
 4. *La «doble unilateralidad».*
- IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El 29 de marzo de 2017 el RU notificó formalmente a la Unión Europea su voluntad de abandonar la organización de acuerdo con lo previsto en el art. 50 del Tratado de la UE⁽¹⁾. Como es sabido, esta notificación es consecuencia del referéndum celebrado en el Reino Unido el 23 de junio de 2016, en el que un 52% de los votantes optaron por la salida de la Unión⁽²⁾. En sí, el referéndum no tenía consecuencias jurídicas ni desde la perspectiva del Derecho británico ni desde la del Derecho de la UE. La ley que convocaba el referéndum no dotaba a este de carácter vinculante⁽³⁾ y, tal como aclararon los tribunales británicos, debía ser el Parlamento quien decidiera abandonar la Unión⁽⁴⁾. Esta decisión finalmente fue adoptada por el Parlamento Británico el 16 de marzo de 2017⁽⁵⁾, lo que permitió la ya mencionada notificación del 29 de marzo.

La consecuencia de esta notificación es el inicio del proceso de salida de la Unión por parte del Reino Unido, un proceso que ha de durar dos años como máximo y en el que cabe la conclusión de un acuerdo entre el Reino Unido y la UE que regule dicha salida. Ahora bien, dicho acuerdo debe celebrarse en un plazo máximo de dos años tras la notificación, por lo que el tiempo para la negociación y adopción del tratado concluye el 29 de marzo de 2019. Caso de no llegar a dicho acuerdo lo que sucederá es que el 30 de marzo de 2019 el Derecho de la UE dejará de aplicarse respecto al Reino Unido, que en esa fecha pasará a ser un Estado tercero.

(1) Aquí puede consultarse la carta remitida por la Primera Ministra británica al Presidente del Consejo que activó el mecanismo de salida del Reino Unido, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20001-2017-INIT/en/pdf>

(2) *Vid.* <https://www.electoralcommission.org.uk/find-information-by-subject/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/electorate-and-count-information>.

(3) *Vid.* la Ley del referéndum del año 2015, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/36/contents/enacted>.

(4) *Vid.* la decisión del Tribunal Supremos del Reino Unido de 24 de enero de 2017, esp. núm. 101, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>.

(5) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/9/introduction/enacted>.

Existe la posibilidad de prorrogar ese plazo de dos años, pero dicha prórroga solamente es posible si sobre ella hay un acuerdo unánime de todos los Estados miembros, lo que hace disminuir sus posibilidades. También se había planteado en algún momento la posibilidad de que el Reino Unido retirase la notificación realizada; pero esto actualmente parece descartarse. La literalidad del art. 50 del TUE no apoya la posibilidad de esta retirada, y así parece haberlo interpretado la UE, ya que en las Directivas de negociación aprobadas por el Consejo el 22 de mayo de 2017⁽⁶⁾ se incluye la indicación de que el acuerdo entre el Reino Unido y la UE fijará una fecha de salida que no podrá ser posterior a las 00:00 (hora de Bruselas) del 30 de marzo de 2019, a salvo del acuerdo unánime al que se acaba de hacer referencia⁽⁷⁾.

La salida de la UE por parte del RU tendrá consecuencias de gran calado en todos los ámbitos. No es extraño que proliferen los trabajos sobre las consecuencias de dicha salida, tanto desde una perspectiva general como específica. Aquí lo que intentaré es abordar las consecuencias en relación al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Para ello comenzaremos por detenernos en la somera descripción de en que se traduce en la actualidad la participación británica en dicho Espacio; de ahí se pasará a la consideración de qué supondría la salida del Reino Unido sin que se llegara a concluir ningún acuerdo entre el Reino Unido y la UE. Finalmente, se explorarán las posibilidades que ofrecería un acuerdo entre el RU y la UE y las consecuencias de que dicho acuerdo no se alcance y deban abordarse los desafíos del *brexit* mediante actuaciones unilaterales del RU y de la UE.

Un trabajo de este tipo tiene un carácter forzosamente especulativo y provisional. En el momento en el que escribo esto se están desarrollando las negociaciones relativas a la salida de la UE por parte del RU y los materiales existentes ahora (octubre de 2017) serán considerados, pero inevitablemente en pocos meses serán otros los elementos relevantes en esta negociación.

Se trata, por tanto, de un trabajo que tiene fecha de caducidad, pero creo que aun así merece la pena abordarlo porque, con independencia de que algunos de los desarrollos puedan tener una validez no limitada al concreto desarrollo de las negociaciones, se hace necesario seguir estas y comentarlas. Nos encontramos, sin duda, en un momento único y, por tanto, creo que debemos hacer el esfuerzo de seguirlo con la máxima intensidad posible.

(6) http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/gac/2017/05/directives-for-the-negotiation-xt21016-ad01re02_en17_pdf/

(7) *Vid.* el punto 8 de esas directrices: «The Agreement should set a withdrawal date which is at latest 30 March 2019 at 00:00 (Brussels time), unless the European Council, in agreement with the United Kingdom, unanimously decides to extend this period in accordance with Article 50(3) of the Treaty on European Union. The United Kingdom will become a third country from the withdrawal date».

II. EL REINO UNIDO COMO ESTADO TERCERO

1. Competencia judicial internacional

1.1. La participación del RU en el espacio de libertad, seguridad y justicia

Como es sabido, el RU no participa plenamente en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El Tratado de Ámsterdam⁽⁸⁾ modificó los Tratados Constitutivos e introdujo en el Tratado de la Comunidad Europea un Título III *bis* relativo a «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas», que incluía entre las materias que podrían ser reguladas por la Comunidad Europea «medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 73 M»⁽⁹⁾. El Reino Unido no se encontraba cómodo con esta nueva competencia de las instituciones europeas y consiguió que en el Tratado se incluyera un Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda que prevé que inicialmente ninguna disposición adoptada por la Comunidad Europea sobre la base de ese título competencial vinculará al RU (art. 2 del Protocolo), aunque, según el art. 3 del mismo Protocolo, el RU (e Irlanda) podrán participar en la adopción y aplicación de las medidas propuestas sobre la base de dicha competencia (art. 3 del Protocolo), lo que ofrece a los británicos una posición privilegiada, pues pueden elegir caso a caso los instrumentos que les vincularán. Además, dada la importancia que puede tener la participación del RU en determinados instrumentos, la «amenaza» de no participación en función del enfoque que se adoptara en relación al instrumento podría condicionar la orientación por la que la Comunidad (ahora UE) optara en la orientación de la regulación que se pretendiera elaborar.

Tras la nueva configuración de la UE como consecuencia del TUE y del TFUE la situación no ha cambiado. El Protocolo núm. 21 del TUE⁽¹⁰⁾ recoge en sus arts. 2 y 3 previsiones equivalentes a los mismos artículos del Protocolo correspondiente en el Tratado de Ámsterdam, por lo que hasta la actualidad sigue dándose para el RU la posibilidad de elegir en qué instrumentos elaborados sobre la base jurídica que ofrece el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia participa y en cuáles no. Esta posibilidad ha sido utilizada por el RU en relación a prácticamente todos los instrumentos elaborados sobre esa base en materia de competencia judicial internacional, habiendo quedado

(8) Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, *DO*, núm. C 340 de 10 de noviembre de 1997.

(9) Art. 73 I del Tratado de Ámsterdam. Las medidas previstas en el art. 73 M son aquellas orientadas a mejorar y simplificar el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales; la cooperación en la obtención de pruebas; el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales; a fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción y a eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.

(10) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FPRO%2F21>

fuera tan solo del Reglamento en materia de sucesiones del año 2012⁽¹¹⁾ y de los Reglamentos en materia de regímenes económicos matrimoniales y relaciones patrimoniales entre integrantes de uniones registradas⁽¹²⁾. En el caso de estos últimos Reglamentos, sin embargo, la no participación del RU no se deriva de su posición particular en relación a los instrumentos de la UE que tienen como base jurídica el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia; sino por la circunstancia de que estos instrumentos se han elaborado en el marco de una «cooperación reforzada»⁽¹³⁾ en la que solamente participan ciertos Estados miembros; Estados entre los que no se encuentra el RU⁽¹⁴⁾.

De esta forma, el RU es actualmente Estado miembro respecto a los instrumentos más importantes en la regulación de la competencia judicial en el ámbito europeo, así el Reglamento 1215/2012⁽¹⁵⁾, el Reglamento 2201/2003⁽¹⁶⁾, el Reglamento 4/2009⁽¹⁷⁾ y el Reglamento 2015/848⁽¹⁸⁾. Además, está vinculado por varios instrumentos internacionales concluidos en interés de la UE o por la UE en nombre propio y de los Estados miembros. En concreto, se trata –en lo que se refiere a instrumentos relevantes para la competencia judicial internacional– del Convenio de Lugano de 2007⁽¹⁹⁾, del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro⁽²⁰⁾ y del Convenio de La Haya sobre

(11) Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 relativa a la competencia y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, *DO*, núm. L 201, de 27 de julio de 2012. *Vid.* el Cdo. núm. 82 del Reglamento.

(12) Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, *DO* núm. L 183, de 8 de julio de 2016 y Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, *ibidem*.

(13) *Vid.* art. 328 del TFUE.

(14) *Vid.* los Considerandos 11 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, donde se enumera a los Estados que participan en dicha cooperación reforzada. Se trata de Bélgica, Bulgaria, República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia.

(15) Reglamento (UE) número 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), *DO*, núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012.

(16) Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000, *DO*, núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

(17) Reglamento (CE) número 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, *DO*, núm. L 7, de 10 de enero de 2009. Inicialmente el RU no había participado en la elaboración de este Reglamento, pero posteriormente el RU manifestó su voluntad de participar en el Instrumento (Decisión de la Comisión de 8 de junio de 2009 (*DO* núm. L 149, de 12 de junio de 2009)).

(18) Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, *DO*, núm. L 141, de 5 de junio de 2015.

(19) Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, *DO*, núm. L 339, de 21 de diciembre de 2007.

(20) Convenio sobre acuerdos de elección de foro, hecho en La Haya el 30 de junio de 2005, *DO*, núm. L 133, de 29 de mayo de 2009.

protección de niños de 1996⁽²¹⁾. Tal como veremos, todos estos instrumentos, tanto los Reglamentos de la UE como los convenios concluidos por la UE o por los Estados miembros en interés de la UE, se verán afectados por el *brexít*. En este epígrafe nos ocuparemos de las consecuencias de la salida del RU en el caso de que no se llegue a un acuerdo entre la UE y este país. En el apartado III exploraremos las posibilidades que ofrecería dicho acuerdo.

Ante la ausencia de acuerdo de salida, el día 30 de marzo todo el Derecho de la UE dejará de aplicarse en el RU. Esto afectará al Derecho derivado, los Reglamentos que acaban de ser enumerados; pero también a los convenios que ahora se aplican en el RU como consecuencia de su ratificación por parte de la UE. Se trata de instrumentos concluidos cuando ya se había establecido que la UE gozaba de competencia externa en materia de competencia judicial internacional, lo que fue resultado de la proyección sobre la competencia en materia de DIPr de la doctrina tradicional en la UE de acuerdo con la asunción por parte de las instituciones europeas de competencia sobre una determinada materia habilitaba también para la conclusión de convenios internacionales en relación a las cuestiones que ya habían sido reguladas por el Derecho de la UE⁽²²⁾. En un primer momento, la UE (entonces Comunidad Europea, CE) optó por establecer que fueran los Estados miembros quienes concluyeran en interés de la Comunidad los convenios internacionales que resultaran de interés para la CE. Este fue el procedimiento seguido en relación al Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores⁽²³⁾. En una fase ulterior eran tanto la UE como sus Estados miembros quienes suscribían los instrumentos internacionales. Así se hizo, por ejemplo, con el Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a los alimentos⁽²⁴⁾, del que son parte tanto los Estados miembros de la UE como la propia Unión. Finalmente, en el caso del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, tan solo la UE es parte del Convenio, aunque a través de ella también están vinculados al Convenio todos sus Estados miembros (excepto Dinamarca)⁽²⁵⁾.

(21) Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, *BOE*, 2-XII-2010.

(22) No me extenderé sobre este extremo que es tangencial para lo que aquí se trata. Me remito a R. Arenas García, «El Derecho internacional privado (DIPr) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2007, pp. 43-47, http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2007/2007_1.pdf, y referencias allí contenidas.

(23) *Vid.* la Decisión del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, *DO*, núm. L 48, de 21 de febrero de 2003.

(24) Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007, *vid.* la Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, *DO*, núm. L 331, de 16 de diciembre de 2009.

(25) *Vid.* la Declaración realizada por la UE al ratificar el Convenio, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1044&disp=resdn>.

Todos estos instrumentos, junto con el Derecho derivado dejarán de aplicarse, en principio, el 30 de marzo de 2019. Así se desprende de la directriz número 13 de las aprobadas por el Consejo para la negociación del *brexít*⁽²⁶⁾, que establece la no aplicación de los convenios celebrados por la Unión o por los Estados miembros que actúen en nombre de la Unión o por la Unión y sus Estados miembros conjuntamente⁽²⁷⁾. Tal como veremos, la interpretación de esta directriz no es sencilla y deberá ser objeto de algunos matices que ocuparán una parte significativa de este trabajo. Así, ya ahora hay que señalar que el cese en la aplicación de estos instrumentos no deja de plantear algunos problemas –que el contenido de la directriz ya apunta– y que precisarán alguna aclaración que debería plasmarse en el acuerdo de salida del RU o, en caso de no concretarse éste, aclararse durante el período de negociaciones. Nos ocuparemos enseguida de estas dificultades.

En relación al Derecho derivado de la UE, que obviamente dejará de aplicarse como tal el 30 de marzo de 2019⁽²⁸⁾, los problemas son menores. Tampoco debería plantear excesivas dificultades el cese de la aplicación de aquellos instrumentos internacionales concluidos por la UE, y en esta categoría se incluiría el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro del año 2005 y el Convenio de Lugano del año 2007. El RU no es parte de estos instrumentos y, por tanto, debería presumirse que esta situación no cambia como consecuencia de su salida de la UE. Para que el RU llegara a ser parte de estos instrumentos sería preciso que siguiera los trámites necesarios para su incorporación a tales convenios según las reglas que rigen a cada uno de ellos. No se aplican aquí las provisiones en relación a los supuestos de sucesión de Estados, ya que la salida del RU de la UE no es, evidentemente, un caso de secesión dentro de un Estado; pero no debe de dejar de llamarse la atención sobre la circunstancia de que en un caso de secesión de Estados al menos se plantearía la posibilidad de que el Estado secesionado pudiera ser considerado parte de determinados convenios de los que sea parte el Estado respecto del cual se produce la sucesión⁽²⁹⁾; cosa que parece descartarse completamente en el caso que nos ocupa.

Tampoco podría el RU continuar estando vinculado por los Tratados que hubieran ratificado conjuntamente la UE y sus Estados miembros; lo que afectaría al Protocolo al Convenio de La Haya en materia de alimentos, que no incluye normas de competencia judicial internacional. Finalmente, ni siquiera los convenios internacionales ratificados

(26) *Vid.* las orientaciones del Consejo Europeo (art. 50) para las negociaciones del *brexít*, de 29 de abril de 2017, EUCO XT 20004/17.

(27) Directriz 13: «Tras la retirada, el Reino Unido dejará de estar vinculado por los acuerdos celebrados por la Unión por Estados miembros que actúen en su nombre o por la Unión y sus Estados miembros conjuntamente. La Unión seguirá teniendo derechos y obligaciones en relación con los acuerdos internacionales. En este sentido, el Consejo Europeo espera que el Reino Unido respete su parte de todos los compromisos internacionales contraídos en el contexto de su pertenencia a la UE. En esos casos, debe entablarse un diálogo constructivo con el Reino Unido sobre una posible orientación común de cara a los terceros países socios, las organizaciones internacionales y los convenios implicados».

(28) Luego veremos los planes del RU para que dicho Derecho pueda continuar aplicándose como Derecho británico tras la efectiva salida de la UE.

(29) *Vid.* el art. 34.1 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados del año 1978, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-2&chapter=23&clang=_en.

por los Estados miembros en interés de la UE seguirían vinculando al RU, lo que implicaría la exclusión por parte del RU del Convenio de La Haya en materia de protección de menores del año 1996. Entiendo que este resultado puede resultar excesivo, y por tanto creo que lo más adecuado sería interpretar que en este caso el Convenio seguiría aplicándose respecto al RU, aunque quizás lo más correcto sería que el RU hiciera algún tipo de notificación en este sentido que resolviera las dudas que pudieran existir.

La no aplicación de los instrumentos que han sido indicados ha de contemplarse desde dos perspectivas distintas: por un lado desde la perspectiva británica, por otro desde la propia de los Estados miembros de la UE. En lo que se refiere a la primera, será el legislador del RU quien deba determinar en qué forma aborda el fin de la aplicación de todos estos instrumentos que hasta ahora han sido básicos en su sistema. Su propósito declarado es el de convertir toda esta normativa en Derecho británico, de tal manera que tras el *brexit* continuaría aplicándose en el RU la misma regulación que ahora. Así se indica en el Libro Blanco sobre la «Gran Ley de Abrogación» (*Great Repeal Bill*) que abordará la tarea de convertir en Derecho británico el Derecho europeo en vigor en el momento del *brexit*⁽³⁰⁾.

Desde la perspectiva de los Estados miembros de la UE no hay ninguna duda que la normativa seguirá aplicándose, lo que sucede es que considerando al Reino Unido como un Estado tercero, lo que afectará a la aplicación de los instrumentos que acabamos de comentar, tal como se indicará con algo más de detalle a continuación.

1.2. El reglamento 1215/2012

Comenzaremos considerando el Reglamento 1215/2012, ya que es la norma más relevante desde una perspectiva práctica, de enorme importancia en la determinación de la competencia judicial internacional en el ámbito patrimonial⁽³¹⁾. La regulación del Reglamento distingue claramente entre aquellos casos en los que el demandado está domiciliado en un Estado miembro y los supuestos en los que dicho demandado está domiciliado en un tercer Estado. Hasta ahora los domiciliados en el RU se beneficiaban del régimen que correspondía a los domiciliados en un Estado miembro, pero a partir del 30 de marzo de 2019 pasarán a ser considerados como domiciliados en un tercer Estado, lo que implicará que en el resto de los Estados miembros se les aplicarán los foros de competencia previstos en su Derecho de origen interno, tal como establece el art. 6 del Reglamento. Esto implica que estos domiciliados podrán verse sujetos en los Estados miembros de la UE a los foros exorbitantes que se prevén en algunos de sus ordenamientos. Así, por ejemplo, en Francia podrán ser demandados sobre la base de la nacionalidad francesa del demandante, tal como establece el art. 14 del Código Civil francés; y además no solamente por demandantes nacionales franceses, sino también

(30) Puede consultarse en la siguiente dirección: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604516/Great_repeal_bill_white_paper_accessible.pdf. Vid. en concreto el apartado 2.4.

(31) Vid. el art. 1 del Reglamento para lo que se refiere a su ámbito de aplicación material.

por todas aquellas personas que estén domiciliadas en Francia⁽³²⁾. Además, resultará también relevante que los casos en que pudiera existir una competencia exclusiva de los tribunales del RU no se vería protegida por la previsión del art. 24 del Reglamento, que impide que los tribunales de otros Estados miembros conozcan en aquellos casos en los que las conexiones previstas en dicho precepto se vinculan con un Estado miembro del Reglamento. Así, por ejemplo, no resultaría imposible que los tribunales de otros Estados miembros conociesen de demandas en relación a alquileres de bienes inmuebles en el Reino Unido o respecto a la validez de patentes registradas en el Reino Unido. De hecho, según algunas interpretaciones, la obligación de conocer podría derivarse del resto de disposiciones del Reglamento⁽³³⁾; aunque según otras debería ser el Derecho interno del ordenamiento del juez que se encuentra conociendo el que determinaría si en estos supuestos es posible rechazar el conocimiento del asunto, habiéndose defendido también que incluso en los casos en los que la conexión traslada a un tercer Estado, los tribunales de los Estados miembros que pudieran resultar competentes a partir de otros criterios competenciales deberían considerarse incompetentes⁽³⁴⁾. En cualquier caso, es claro que tras el *brexit* habrá un riesgo mayor de que los tribunales de los Estados miembros de la UE conozcan de casos en los que los tribunales británicos gocen de competencias exclusivas.

Un fenómeno parecido afectará a los acuerdos de sumisión a favor de tribunales británicos. Actualmente a estos acuerdos se les aplica el régimen previsto en el art. 25 del Reglamento 1215/2012, que obliga a todos los Estados miembros a respetar los acuerdos de elección de tribunal cuando dicha elección recaiga en tribunal o tribunales de un Estado miembro. Tras la salida del RU de la UE, y al no ser aquel país ya un Estado miembro, el art. 25 no se aplicará a tales acuerdos. De esta forma, si existiendo un acuerdo de elección exclusivo de elección de tribunales a favor de órganos jurisdiccionales sitos en el RU, una de las partes plantea demanda en otro Estado miembro, al no aplicarse el art. 25 del Reglamento 1215/2012, que obligaría a dicho tribunal a abstenerse a favor del elegido, será el Derecho de origen interno del Juez ante el que se plantee la demanda quien habrá de determinar los efectos que tendrá el acuerdo a favor de los tribunales británicos⁽³⁵⁾. Finalmente, la no aplicación del Reglamento 1215/2012 respecto al RU también afectaría al régimen de la litispendencia y conexidad internacionales en relación a los procesos abiertos en el RU y en los Estados miembros de la UE. En la actualidad, en estos casos operan las reglas de los arts. 29 a 32 del Reglamento 1215/2012, que prevén la necesidad

(32) Art. 6.2 del Reglamento 1215/2012: «Toda persona, sea cual sea su nacionalidad, domiciliada en el territorio de un Estado miembro, podrá invocar frente a dicho demandado [el demandado que no está domiciliado en un Estado miembro], del mismo modo que los nacionales de este Estado miembro, las normas de competencia judicial vigentes en el mismo, y en particular aquellas que han de comunicar a la Comisión los Estados miembros de conformidad con lo establecido en el artículo 76, apartado 1, letra a)».

(33) Vid. P. Mankowski, «Ausschließliche Zuständigkeiten», en Th. Rauscher (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR Kommentar. Brüssel I-VO. LugÜbk 2007*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 462-522, pp. 471-473.

(34) Vid. las referencias contenidas en R. Arenas García, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 115-122.

(35) Vid. P. Mankowski, «Vereinbarung über die Zuständigkeit», en Th. Rauscher (ed.), *op. cit.*, pp. 523-561, p. 532.

de que el segundo tribunal en conocer suspenda de oficio el procedimiento de oficio y, en su caso, se inhiba; cuando se trata de casos de litispendencia; y también la posibilidad de suspensión e inhibición para los supuestos de conexidad. Una vez que el RU ya no sea miembro de la UE, el régimen de la litispendencia y conexidad respecto a los procedimientos abiertos en el RU se regirá por los arts. 33 y 34 del Reglamento, que no prevén con tanta rotundidad la suspensión o finalización del segundo proceso en el tiempo en atención a la pendencia de un proceso ya abierto en otro Estado. De esta forma, existirán más posibilidades de que habiéndose iniciado un procedimiento en el RU un proceso posterior en el tiempo pueda continuar en un Estado miembro de la UE.

1.3. *El Reglamento 2201/2003*

El *brexit* también afectará a la aplicación en los Estados miembros de la UE del Reglamento 2201/2003. En este caso, sin embargo, la transcendencia de la salida será menor para el resto de Estados miembros que la que hemos visto en relación al Reglamento 1215/2012. El Reglamento 2201/2003 no establece un sistema de competencias diferenciado en función del domicilio del demandado o en el que resulten relevantes los efectos negativos de los acuerdos de elección de foro o del régimen de las competencias exclusivas; sino que el sistema se basa en la atribución de competencia a partir de la concurrencia de cualquiera de los criterios de competencia previstos en el Reglamento; de tal forma que para cada uno de los Estados miembros el que las conexiones que recoge el Reglamento trasladen a otro Estado miembro o a un tercer Estado es casi irrelevante. El Reglamento diferencia entre los criterios de competencia en materia de crisis matrimoniales y de responsabilidad parental; pero como veremos inmediatamente, pese a esta diferenciación, las consecuencias del *brexit* serán esencialmente las mismas respecto a unas y otras competencias.

Pero tan solo «casi», porque en el supuesto de que ningún Estado miembro resulte competente es posible que los tribunales del Estado en el que se ha presentado la demanda determinen su competencia a partir de los criterios de competencia de su Derecho interno⁽³⁶⁾ si el demandado no es nacional de un Estado miembro ni reside en un Estado miembro (en el caso del Reino Unido e Irlanda el criterio de la nacionalidad se sustituye por el criterio del «domicile»)⁽³⁷⁾. Esta regla –la aplicación de los criterios internos de competencia cuando ningún órgano jurisdiccional goza de jurisdicción según los foros que prevé el Reglamento– opera tanto en relación a los litigios sobre nulidad matrimonial, divorcio y separación, de los que se ocupan los arts. 3 a 7 del Reglamento; como en materia de responsabilidad parental, donde el art. 14 establece que si ningún Estado miembro resulta competente de acuerdo con las reglas del Reglamento, en cada

(36) *Vid.* art. 7.1 del Reglamento 2201/2003: «Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado».

(37) *Vid.* art. 6 del Reglamento 2201/2003.

Estado miembro se determinará la competencia según el Derecho de origen interno de dicho Estado⁽³⁸⁾.

Lo anterior implica que en la actualidad si los únicos vínculos «relevantes» de un litigio con la UE se conectan con el RU, el resto de Estados miembros no pueden recurrir a los criterios de competencia de su Derecho interno a fin de conocer sobre el fondo del asunto⁽³⁹⁾. A partir de la fecha del *brexit* en un supuesto así cualquier Estado miembro podrá recurrir a su Derecho interno para ampliar sus criterios competenciales a salvo de que –y según lo que prevé el art. 6 del Reglamento 2201/2003, tal como ya se ha indicado– el cónyuge demandado tenga su nacionalidad o residencia en un Estado Miembro (o su «*domicile*» en Irlanda). La residencia o «*domicile*» en el RU ya no impedirán la aplicación del Derecho de origen interno del Juez que está conociendo en un Estado miembro para fundamentar la competencia en su Derecho interno. En lo que se refiere a los litigios en materia de responsabilidad parental la salida del RU implica que ya no será posible que un tribunal de un Estado miembro remita el caso al RU de acuerdo con lo previsto en el art. 15 del Reglamento 2201/2003.

Al igual que sucedía en relación al Reglamento 1215/2012, la exclusión del RU llevaría también a que las estrictas reglas sobre litispendencia y conexidad del Reglamento 2201/2003⁽⁴⁰⁾ dejarían de aplicarse en relación a los procedimientos que se desarrollaran en el RU. Esta inaplicación conducirá a que en cada Estado miembro se determinarán los efectos de un procedimiento abierto en el RU según su propio Derecho interno.

En lo que se refiere al régimen de la responsabilidad parental, sin embargo, la aplicación del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores⁽⁴¹⁾ evitaría que se produjeran cambios respecto a la situación actual, porque el Reglamento sigue en buena medida la regulación del Convenio. Ahora bien, tal como hemos visto, se ha planteado que, al haber sido ratificado este Convenio por parte del RU en interés de la UE (en aquel momento CE) no estaría vinculado por este instrumento tras la salida de la UE. Ya hemos adelantado que consideramos esta solución excesiva. Volveremos sobre esta cuestión enseguida.

1.4. El Reglamento 4/2009

En el caso del Reglamento 4/2009⁽⁴²⁾, en materia de alimentos también existen reglas cuya aplicación se verá afectada por la salida del RU. Así, en primer lugar, en lo que se

(38) Art. 14 del Reglamento 2201/2003: «Si de los artículos 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado».

(39) Criterios de competencia «relevantes» son aquellos que vienen recogidos en los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento, para la materia de las crisis matrimoniales; y en los arts. 8 a 13 del mismo Reglamento para la responsabilidad parental; esto es, aquellos que fundamentan la competencia de los Estados miembros de acuerdo con lo previsto en el Reglamento.

(40) *Vid.* art. 19 del Reglamento 2201/2003.

(41) *Vid. supra* n. núm. 21.

(42) *Vid. supra* n. núm. 17.

refiere a los acuerdos de elección de tribunal, la previsión del Reglamento solamente se aplicará cuando la elección sea a favor de un Estado miembro (art. 4 del Reglamento), por lo que tras el *brex* los acuerdos de elección de tribunal que designen a órganos jurisdiccionales británicos, lo que llevará a las mismas consecuencias que ya veíamos en relación a los acuerdos de elección de tribunal en el Reglamento 1215/2012.

Además, en el Reglamento 4/2009 se incluye una regla sobre competencia subsidiaria para el caso de que ningún tribunal de un Estado miembro sea competente de acuerdo con lo previsto en los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento. En este caso podrán ser competentes los tribunales del Estado de la nacionalidad común de las partes⁽⁴³⁾. La no aplicación del Reglamento respecto al RU implicará que este precepto podrá aplicarse en los Estados miembros pese a que las conexiones de los arts. mencionados conduzcan a dicho Estado.

Finalmente, también aquí deberemos considerar cómo afectará la salida británica a la aplicación de las reglas sobre litispendencia y conexidad (art. 12 y 13 del Reglamento 4/2009). Al igual que pasaba respecto al Reglamento 2201/2003, esta exclusión conducirá a la aplicación de las reglas sobre litispendencia y conexidad del Derecho de origen interno de cada Estado.

1.5. El Reglamento 2015/848

El cuarto gran instrumento regulador de la competencia judicial internacional en el Derecho de la UE es el Reglamento 2015/848 en materia de insolvencia⁽⁴⁴⁾. Este Reglamento ha sustituido al Reglamento 1346/2000 y, al igual que éste, es un instrumento esencial en el ámbito europeo de integración, siendo el núcleo de la práctica existente en materia de procedimientos internacionales de insolvencia. Deberemos volver a él en otros epígrafes de este trabajo pues también se ocupa de la determinación del Derecho aplicable, del reconocimiento y ejecución de decisiones y también de la cooperación de autoridades, aunque en este momento tan solo nos detendremos en su condición de instrumento regulador de la competencia judicial internacional.

En lo que se refiere a esta cuestión, la regla sobre la que pivota el Reglamento es la de que los tribunales competentes para abrir un procedimiento de insolvencia principal son los del Estado miembro en el que se encuentre el centro de intereses principales del deudor⁽⁴⁵⁾. De esta forma, una vez que se produzca el *brex* las sociedades que tengan su centro de intereses principales en el RU ya no se verán afectadas por las previsiones del Reglamento en materia de competencia de autoridades, por lo que en cada Estado miembro será el DIPr de origen interno de cada Estado el que determine si es posible y en qué condiciones iniciar un procedimiento de insolvencia respecto a tales sociedades.

(43) *Vid.* art. 6 del Reglamento 4/2009.

(44) *Vid. supra* n. núm. 18.

(45) Art. 3.1 del Reglamento 2015/848: «Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales del deudor («procedimiento de insolvencia principal»). El centro de intereses principales será el lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses».

En el caso del Derecho español, esto implica que una vez que el RU deje de ser Estado miembro de la UE, respecto a las sociedades cuyo centro de intereses principales se encuentren en el RU (y Gibraltar y resto de territorios británicos en los que se aplique el Reglamento 2015/848) se determinará la competencia de los tribunales españoles de acuerdo con lo previsto en la Ley Concursal⁽⁴⁶⁾. La aplicación de esta Ley, sin embargo, no supondrá un cambio significativo respecto a la situación actual, ya que está inspirada en los mismos principios que el Reglamento de la UE. Así, la posibilidad de que los tribunales españoles asuman competencia para la apertura de un procedimiento concursal universal, que afecte a todo el patrimonio del deudor, se limita a los casos en los que dicho deudor tenga en España su centro de intereses principales⁽⁴⁷⁾. Si no tiene en España dicho centro de intereses principales tan solo será posible la apertura de un «concurso territorial» en relación al establecimiento que el deudor pudiera tener en España⁽⁴⁸⁾.

1.6. Derecho convencional

Tal como se ha adelantado, la pérdida de condición de Estado miembro de la UE para el RU también afectará a aquellos convenios internacionales que vinculan a este país, pero que habían sido concluidos por la UE, por la UE y sus Estados miembros o por los Estados miembros en nombre de la UE. Tal como ya se ha adelantado, resulta excesivo que la salida de la UE implique que estos últimos convenios, aquellos contraídos por los Estados miembros en nombre de la UE, dejen de vincular al RU, que es el ente que a efectos internacionales aparece vinculado por el instrumento. De esta forma, en relación a estos convenios ningún cambio resultaría del *brexit*. Se incluiría en esta categoría, y en lo que se refiere a instrumentos relevantes en materia de competencia judicial internacional, el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores⁽⁴⁹⁾.

Diferente es la situación de aquellos convenios suscritos por la UE o por la UE junto a sus Estados miembros. A los efectos que aquí nos interesan (competencia judicial internacional), entrarían en este grupo los Convenios de Lugano de 2007 y el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro⁽⁵⁰⁾. Ninguno de estos instrumentos vinculará al RU una vez que se produzca el *brexit*, lo que tendrá consecuencias tanto desde la perspectiva británica como desde la de los Estados miembros de la UE.

En lo que se refiere a la primera, a la perspectiva británica, será el legislador británico el que decida cómo abordarla. Trataremos esta cuestión en la última parte de este epígrafe. En lo que se refiere a la forma en que esta exclusión afectará a los Estados miembros hemos de diferenciar entre el Convenio de Lugano y el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro. En lo que se refiere a este último instrumento, aun

(46) Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, *BOE*, 10-VII-2003.

(47) Art. 10.1 de la Ley Concursal.

(48) Art. 10.3 de la Ley Concursal.

(49) *Vid. supra* n. núm. 23.

(50) *Vid. supra* n. núms. 19 y 25.

de escasa práctica (tan solo vincula a los Estados miembros de la UE con México y Singapur)⁽⁵¹⁾, al Reino Unido le bastaría ratificar el Convenio en nombre propio para que éste siguiera aplicándose. De no hacer esta declaración, sin embargo, la salida del RU de la UE debería implicar también la no aplicación del instrumento respecto al RU. En cualquier caso, sería también necesario que la UE hiciera una declaración de este tipo a fin de aclarar la situación generada tanto respecto a la Conferencia de La Haya como del resto de Estados parte. La no aplicación del Convenio llevaría a que los acuerdos de elección de tribunal a favor de los tribunales británicos no serían dotados de eficacia en cada Estado miembro a partir de la previsión del Convenio, sino según lo previsto en el DIPr británico de origen interno, tal como ya tuvimos ocasión de indicar. En otro epígrafe nos ocuparemos de la forma en que la no aplicación de este instrumento afecta al sector del reconocimiento y ejecución de decisiones.

En el caso del Convenio de Lugano, el mantenimiento de su aplicación resulta más difícil, y nos ocuparemos de ello en el epígrafe III. Aquí nos limitaremos a indicar que desde la perspectiva de la competencia judicial internacional la no aplicación del Convenio de Lugano proyecta, por una parte, las dificultades que ya avanzamos un poco más arriba al referirnos a la inaplicación tras el *brexit* del Reglamento 1215/2012 respecto al RU; aunque en este caso respecto a los Estados parte del Convenio que no son miembros de la UE (Noruega, Suiza e Islandia). En relación al resto de Estados miembros, esta no aplicación resulta de lo establecido en el Reglamento 1215/2012, ya que el Convenio de Lugano remite a este instrumento para los supuestos cuyas conexiones significativas nos trasladan a un Estado miembro de la UE⁽⁵²⁾. Por otra parte, la exclusión de la aplicación del Convenio de Lugano cierra la posibilidad de que a través de este instrumento puedan los británicos recuperar un status semejante al que ahora tienen en relación al Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. De nuevo aquí debemos remitirnos al epígrafe III para el tratamiento de estas cuestiones.

2. Derecho aplicable

En lo que se refiere al sector del Derecho aplicable, el *brexit* no tendrá consecuencias tan relevantes como en el ámbito de la competencia judicial internacional. La razón de ello es que las normas de Derecho aplicable, usualmente, no diferencian entre Estados miembros de la UE y Estados terceros, sino que se aplican indistintamente a las relaciones conectadas con un Estado miembro o con terceros Estados. Más adelante realizaremos algunos matices a esta afirmación, pero como principio general podemos descansar en ella.

De esta forma, en los Estados miembros de la UE se seguirán aplicando los instrumentos existentes sin que se produzcan cambios sustanciales, tal como detallaremos a continuación. El RU, por el contrario, podrá optar por cambiar su sistema de Derecho

(51) Vid. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>

(52) Vid. art. 64 del Convenio de Lugano.

aplicable, pero tal como ya hemos visto⁽⁵³⁾ la opción que parece que se seguirá es la de convertir el Derecho existente en Derecho británico, por lo que previsiblemente los instrumentos hasta ahora vigentes seguirán aplicándose en el RU, aunque ya no como Derecho de la UE, sino como Derecho inglés, escocés o, en su caso, norirlandés. Recordemos que en el RU no hay un solo sistema jurídico, sino tres⁽⁵⁴⁾.

Los instrumentos europeos más relevantes en materia de DIPr son los Reglamentos Roma I y Roma II⁽⁵⁵⁾; pero también existen previsiones sobre Derecho aplicable en los Reglamentos 4/2009 y en diversos instrumentos en los que no participa el RU; en concreto en el Reglamento 1259/2010⁽⁵⁶⁾ y el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones⁽⁵⁷⁾. Aquí nos ocuparemos tan solo de aquellos en los que participa el RU y que, por tanto, se verán afectados por la salida de este país de la UE.

En estos instrumentos, como se ha adelantado, no se diferencia, en principio, entre Estados miembros de la UE y Estados terceros, por lo que el *brexit* no implicará ni que el instrumento deje de aplicarse en relación a supuestos conectados con el RU ni que el Derecho británico pueda dejar de ser invocado sobre la base de estos instrumentos. Ahora bien, este principio general no deja de tener algunas excepciones que examinaremos a continuación.

En primer lugar, tanto en el Reglamento Roma I como en el Reglamento Roma II se incluyen previsiones en relación a aquellos casos cuyos elementos están todos ellos conectados con la UE. En estos supuestos se prevé que la elección del Derecho de un tercer Estado no puede implicar que dejen de aplicarse las disposiciones del Derecho de la UE que no puedan excluirse mediante acuerdo⁽⁵⁸⁾. El *brexit* implicará que tras él aquellos supuestos conectados con el RU y con otros Estados miembros no se incluirán

(53) *Supra* n. núm. 30.

(54) De hecho, la continuidad en la aplicación de los Reglamentos Roma I y Roma II es asumida expresamente en el documento relativo a la cooperación judicial civil publicado por el Gobierno británico el 22 de agosto de 2017 (*Providing a cross-border civil judicial cooperation framework. A future partnership*, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/639271/Providing_a_cross-border_civil_judicial_cooperation_framework.pdf, núm. 19).

(55) Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DO*, núm. L 177, de 4 de julio de 2008; Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), *DO*, núm. L 199, de 31 de julio de 2007.

(56) Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *DO*, núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010.

(57) *Vid. supra* n. núm. 11.

(58) *Vid.* el art. 3.4 del Reglamento Roma I: «Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo». Art. 14.3 del Reglamento Roma II: «Cuando, en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo».

en estas previsiones, por lo que la elección de ley en tales casos no se encontrará limitada por la necesidad de aplicar las disposiciones del Derecho de la UE que no tengan carácter dispositivo.

También en materia de ley aplicable a los contratos de seguro existen algunas previsiones condicionadas a que determinadas circunstancias concurren en el territorio de los Estados miembros. Así el art. 7.1 del Reglamento Roma I establece que en los casos que no entren en la previsión del art. 7.2 del mismo Reglamento solamente estarán cubiertos los contratos que cubran riesgos localizados en los Estados miembros, lo que, obviamente, implica que el *brexit* afectará a la aplicación de ese precepto. Esta limitación, además, también afectará a las posibilidades de elección de la ley rectora del contrato⁽⁵⁹⁾.

El Reglamento Roma II incluye también alguna previsión que dota de relevancia a la condición de Estado miembro del país en el que concurren determinadas circunstancias. Así, el art. 6.2.b) del Reglamento, en materia de responsabilidad derivada de actos de competencia desleal, establece la posibilidad de la aplicación de la ley del domicilio del demandado respecto a responsabilidad derivada de daños a un mercado diferente del Estado del domicilio de dicho demandado si este Estado es un Estado miembro⁽⁶⁰⁾.

Finalmente, hemos de llamar la atención sobre el régimen de relaciones entre estos Reglamentos y los convenios internacionales que regulan las materias coincidentes con las que son objeto de aquellos. La regla en ambos instrumentos es la de que los convenios en los que sean solamente partes Estados miembros del Reglamento serán sustituidos por la normativa de la UE, mientras que aquellos instrumentos que vinculen a la UE con Estados terceros continuarán aplicándose. El *brexit* alterará la posición del RU en relación a estos instrumentos.

En lo que se refiere a la ley aplicable a los alimentos, el Reglamento 4/2009⁽⁶¹⁾ se remite al Protocolo de La Haya de 2007⁽⁶²⁾, el RU, sin embargo, no está vinculado por el

(59) El art. 7.3 prevé que en los casos de contratos de seguro diferentes de los previstos en el apartado 2 del mismo artículo se puede elegir como ley rectora del contrato «la ley del Estado miembro en que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato» [art. 7.3.a)]. Esta limitación de aplicación a riesgos localizados en Estados miembros también afecta a las previsiones de los apartados d) y e) del mismo apartado y artículo del Reglamento. Además se establecen otras limitaciones en cuanto a la elección de ley que dependen de la vinculación con un Estado miembro. Así, se puede elegir, en caso de seguro de vida, la ley del Estado miembro del que sea nacional el tomador del seguro [art. 7.3.c)].

(60) «Cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado puede optar por basar su demanda en la legislación del foro, siempre que el mercado de dicho Estado miembro figure entre los que se ven afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda; cuando el demandante, de acuerdo con las normas aplicables en materia de competencia judicial, presente una demanda contra más de un demandado antes ese tribunal, podrá optar por basar su demanda en la legislación del foro únicamente si la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también de manera directa y esencial al mercado del Estado miembro de ese tribunal».

(61) *Vid. supra* n. núm. 17.

(62) Art. 15 del Reglamento 4/2009: «La ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones

mencionado Protocolo, por lo que el *brexit* no afectará a la determinación del Derecho aplicable en esta materia.

3. Reconocimiento y ejecución de decisiones

Existen varios instrumentos europeos que regulan el reconocimiento y ejecución de decisiones. Desde una perspectiva práctica su importancia es enorme y en este ámbito el *brexit* tendrá un impacto significativo porque el principio que rige la aplicación de tales instrumentos es el de que tan solo se aplican para la eficacia en un Estado miembro de decisiones adoptadas en otro Estado miembro. De esta forma, tras la salida del RU de la UE los instrumentos existentes no podrán ser utilizados ni para conseguir el reconocimiento en el RU de decisiones dictadas en los Estados miembros de la UE ni para el reconocimiento en estos de las decisiones dictadas en el RU.

En lo que se refiere a la eficacia en el RU de las decisiones adoptadas en los Estados miembros de la UE, será el Derecho británico el aplicable. Tal como se ha indicado, la pretensión es que el Derecho europeo siga aplicándose en el RU ya no como Derecho de la UE, sino como Derecho británico, lo que implicaría la continuidad en el régimen de los instrumentos que enumeraremos a continuación, pero no puede dejar de señalarse que esta continuidad implicaría algunos problemas prácticos que quizás precisen algún tipo de actualización. En algunos casos, además, parece que resultará imposible o irracional el mantener la regulación que ahora existe, ya que supone un favorecimiento excepcional en la circulación de decisiones que carece de sentido si no es recíproco y que es de imposible aplicación si no va acompañado de mecanismos de cooperación entre autoridades.

El instrumento más relevante en la materia es, de nuevo, el Reglamento 1215/2012, ahora como norma referente al reconocimiento y ejecución de decisiones. Este Reglamento favorece en gran medida la eficacia extraterritorial de las decisiones, tanto en lo que se refiere a las condiciones de dicha eficacia como en el procedimiento para obtenerla. Tras el *brexit* los Estados miembros de la UE ya no la aplicarán respecto a las decisiones adoptadas en el RU, sino que descansarán en su propio Derecho de origen interno. En el caso de España será la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil la que deberá aplicarse⁽⁶³⁾, lo que no implicará un especial perjuicio para dicho reconocimiento ya que la normativa de origen interno española está claramente inspirada en la regulación europea⁽⁶⁴⁾. El cambio más significativo que se producirá es que tras el *brexit* las decisiones británicas deberán superar el control de competencia que prevé el art. 46.1.c) de la LCJIMC. Ahora bien, dado que este control se establece con una gran flexibilidad será quizás poco probable que se produzcan denegaciones

alimenticias (en lo sucesivo, «el Protocolo de La Haya de 2007») en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento».

(63) Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, *BOE*, 31-VII-2015, en adelante, LCJIMC.

(64) *Vid.* arts. 41 a 61 de la LCJIMC.

de reconocimiento basadas en dicho precepto; excepción hecha de aquellos casos en los que la competencia del Reino Unido se hubiera basado exclusivamente en el foro exorbitante de la notificación y el caso no presentara otros vínculos significados con los tribunales británicos.

El RU, por su parte, y de acuerdo con el principio según el cual el Derecho europeo se transformaría en Derecho británico, podría simplemente convertir el Reglamento europeo en Derecho británico; pero esta conversión plantearía algunos problemas. En particular, carecería de justificación que se excluyera un control de competencia en el reconocimiento porque tal exclusión descansa en la aplicación por parte de todos los Estados miembros de las mismas reglas de competencia judicial⁽⁶⁵⁾. De esta forma, la unificación de las reglas de competencia garantiza que no serán adoptadas decisiones basadas en criterios exorbitantes de jurisprudencia en aquellos casos en los que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro. El objetivo del instrumento es evitar en estos supuestos (demandado integrado en la UE) que pueda ser demandado sobre la base de criterios de competencia que no traduzcan un vínculo suficiente del caso con el tribunal que se encuentra conociendo. En lo que se refiere, sin embargo, a las personas domiciliadas en Estados no miembros, será posible la aplicación de criterios exorbitantes de competencia, tal como vimos en el epígrafe 1.2 anterior.

Dado que a partir de la efectiva fecha de salida del RU los domiciliados en este país podrán verse sometidos a estos foros exorbitantes no se encuentra justificado que las decisiones dictadas en los Estados miembros de la UE puedan ser eficaces en el RU sin pasar por un control previo de competencia. Lo más lógico, por tanto, es que la transformación del Reglamento 1215/2012 en Derecho británico supusiera tener en cuenta esta particularidad. Además, el funcionamiento del Reglamento exige la utilización de determinados certificados otorgados en el Estado de origen de la decisión. Ciertamente, estos certificados seguirán siendo emitidos en los Estados miembros de la UE tras el *brexit*, pero resultaría injustificado que se les dotara de relevancia en el RU una vez excluido que los que pudieran producirse en Gran Bretaña carecerían de relevancia en los Estados miembros de la UE.

En lo que se refiere al Reglamento 2201/2003, es claro también que no será aplicado respecto a las decisiones dictadas en el Reino Unido por parte de los Estados miembros de la UE. Ahora bien, en materia de protección de menores, el Convenio de La Haya de 1996 ocuparía el lugar del Reglamento. Además, también podría aplicarse el Convenio de Luxemburgo de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como restablecimiento de dicha custodia⁽⁶⁶⁾, instrumento del que es parte el Reino Unido y un número significativo de Estados miembros de la UE,

(65) Vid. sobre esto J.L. Iglesias Buhigues, *Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en la C.E.E. y en el Derecho español*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, p. 23. Vid. también A. Panchaud, «La technique législative des traités sur l'execution desd jugements étrangers», *Melanges Fragistas*, vol. XII, parte III, Tesalónica, 1968, pp. 65-85, pp. 77-79; V. Denti, «Brevi considerazioni in merito all'applicazione delle disposizioni sulla competenza diretta nella Convenzione C.E.E.», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1969, pp. 23-24.

(66) BOE, 1-IX-1984.

entre ellos España. En cualquier caso, las ventajas que ofrece el Reglamento 2201/2003 para la ejecución sin necesidad de exequátur de las decisiones en materia de visitas⁽⁶⁷⁾, se perderían para las resoluciones británicas, ya que los instrumentos convencionales que se acaban de mencionar no incluyen esta previsión. Además, las decisiones en materia de nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio, en cambio, deberían seguir en cada Estado miembro el régimen de su Derecho de origen interno.

Desde la perspectiva británica, la existencia del Convenio de La Haya de 1996 implicará que pueda resultar innecesaria la transformación del Reglamento 2201/2003 en Derecho británico, a salvo de lo relativo a crisis matrimoniales. En este ámbito será necesario determinar si es adecuado ofrecer un régimen privilegiado para la eficacia en el Reino Unido de las decisiones dictadas en los Estados miembros de la UE cuando no existen garantías de que el resto de Estados miembros ofrezcan este mismo trato a las decisiones británicas que pretendan ser reconocidas en el territorio de la UE.

Lo que probablemente estará absolutamente descartado es que los instrumentos europeos que facilitan la ejecución de decisiones mediante determinadas certificaciones en el Estado de origen puedan seguir operando en las relaciones entre el RU y los Estados miembros de la UE. Estos instrumentos incluyen el Reglamento sobre el Título Ejecutivo Europeo⁽⁶⁸⁾; el Reglamento sobre el proceso monitorio europeo⁽⁶⁹⁾, el Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía⁽⁷⁰⁾ y el Reglamento sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de protección en materia civil⁽⁷¹⁾. De acuerdo con estos instrumentos determinados títulos otorgados en otros Estados miembros pueden abrir directamente el procedimiento de ejecución; pero para ello tales títulos deberían ser certificados como tales por las autoridades del Estado de origen⁽⁷²⁾. Lo mismo se aplica para el reconocimiento de las medidas de protección en materia familiar⁽⁷³⁾. Fuera ya del marco de cooperación europeo las certificaciones realizadas en el RU serán irrelevantes para los Estados miembros de la UE y lo lógico es que las que puedan realizarse en estos últimos carezcan de efectos en el RU.

Además, hemos de tener también en cuenta que algunos de estos instrumentos limitan su aplicación a aquellos casos conectados con varios Estados miembros. Esto implicará que tras la salida del RU de la UE ya no se darán ni siquiera las condiciones para que las previsiones de estos instrumentos sean aplicadas. Así, tanto el Reglamento

(67) Vid. J.C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 9.ª ed. 2016, pp. 402-403.

(68) Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, *DO*, núm. L 143 de 30 de abril de 2004.

(69) Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, *DO*, núm. L 399, de 30 de diciembre de 2006.

(70) Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, *DO*, núm. L 199, de 31 de julio de 2007.

(71) Reglamento (UE) n.º 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, *DO* núm. L 181 de 29 de junio de 2013.

(72) Vid. los arts. 20 del Reglamento 861/2007, art. 12 del Reglamento 1896/2006 y 6 del Reglamento 805/2004.

(73) Vid. art. 5 del Reglamento 606/2013.

sobre el proceso monitorio europeo como el Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía limitan su aplicación a los asuntos transfronterizos, entendidos estos como aquellos en los que una de las partes esté domiciliada o resida en un Estado miembro distinto de aquél al que pertenezca el órgano jurisdiccional que esté conociendo⁽⁷⁴⁾.

En definitiva, tras el *brexít* los diversos mecanismos construidos en la UE para favorecer la rápida ejecución en un Estado miembro de decisiones adoptadas en otros Estados miembros dejarán de aplicarse tanto en el RU respecto a las decisiones adoptadas en Estados miembros de la UE como en estos en relación a las decisiones o títulos adoptadas o emitidos en el RU.

Finalmente, ha de señalarse también que los mecanismos de reconocimiento en materia de insolvencia que prevé el Reglamento (UE) 2015/848, al que ya nos hemos referido en un epígrafe anterior, tampoco podrán seguir aplicándose en las relaciones entre el RU y los Estados miembros de la UE⁽⁷⁵⁾. Esto obligará a la consideración de las normativas de origen interno en cada uno de los Estados miembros, lo que en el caso de España nos conducirá a la Ley Concursal⁽⁷⁶⁾.

Es evidente que el fraccionamiento que supondrá la necesidad de recurrir a distintos regímenes en cada uno de los Estados miembros de la UE para la eficacia de las decisiones en materia de insolvencia adoptadas en el RU dificultará la circulación de éstas. Por el contrario, las decisiones adoptadas en los Estados miembros de la UE deberán tan solo considerar el régimen del Reglamento en materia de insolvencia y el que se adopte en el RU para sustituir al mencionado Reglamento. De nuevo lo más lógico es pensar que el legislador británico no convertirá en Derecho propio el Reglamento, ya que carece de sentido hacerlo sin que paralelamente se continúe aplicando dicho instrumento en la UE en relación a las decisiones adoptadas en el RU. Lo más probable, por tanto, es que en el RU se aplique a las decisiones adoptadas en los Estados miembros de la UE el Derecho que ahora los británicos utilizan en relación a los procedimientos de insolvencia iniciados en terceros Estados. Eso, por supuesto, al margen de la posibilidad de utilizar instrumentos internacionales existentes o que pudieran llegar a concluirse, lo que abordaremos en un epígrafe posterior.

4. Cooperación entre autoridades

Evidentemente, el *brexít* implicará la imposibilidad de continuar utilizando en las relaciones con el RU los instrumentos europeos de cooperación judicial. Tales instrumentos no pueden ser objeto de una «unilateralización» por parte del RU ya que, por su propia naturaleza, exigen la comunicación entre autoridades que compartan el mismo régimen, precisamente el establecido en el reglamento de la UE aplicable.

(74) Art. 3 del Reglamento 1896/2006 y art. 3 del Reglamento 861/2007. *Vid. supra* notas núms. 69 y 70.

(75) *Vid.* sobre esto A. Espiniella Menéndez, «Brexít e insolvencia transfronteriza», pre-print para el *AE-DIPr*, t. XVII, 2017, en *Academia*, https://www.academia.edu/34973152/BREXIT_E_INSOLVENCIA_TRANSFRONTERIZA, pp. 15-20.

(76) *Vid. supra* n. núm. 46.

Estos instrumentos de cooperación incluyen el Reglamento en materia de insolvencia, que también prevé mecanismos de relación entre las autoridades de diferentes Estados⁽⁷⁷⁾. El avance que ha supuesto la coordinación entre procedimientos de insolvencia, y de la que es muestra el Reglamento 2015/848 ya no podrá beneficiar a los procedimientos de insolvencia desarrollados en el RU, lo que probablemente tendrá una cierta relevancia dada la importancia de la economía británica.

Al margen de la insolvencia, los otros instrumentos europeos relevantes en materia de cooperación en los que participa el RU son los Reglamentos sobre la notificación y el traslado de documentos judiciales y extrajudiciales⁽⁷⁸⁾ y de obtención de pruebas⁽⁷⁹⁾, así como en los instrumentos relativos a la Red Judicial Europea⁽⁸⁰⁾. También hemos de tener en cuenta que el Reglamento 2201/2003 regula la cooperación de las autoridades en materia de sustracción internacional de menores⁽⁸¹⁾ y que el *brexít* implicará que la cooperación para estos casos deba reconducirse al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores⁽⁸²⁾.

Tampoco podrán seguir aplicándose lo relativo a la red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo⁽⁸³⁾ ni las reglas sobre transmisión de solicitudes de justicia gratuita⁽⁸⁴⁾. En todos estos supuestos la cooperación exige la comunicación entre autoridades que han de estar vinculadas por los mismos instrumentos; una vez que estos instrumentos dejen de aplicarse respecto al RU ninguna decisión unilateral por parte británica puede conseguir mantener su efectividad. Esto implicará que la cooperación judicial internacional deberá reconducirse a lo previsto en el Derecho de origen interno de cada uno de los Estados,

(77) Así, la interconexión entre los registros de insolvencia (arts. 25 y ss. del Reglamento 2015/848), las publicaciones en otro Estado miembro y las inscripciones en registros de otros Estados miembros (arts. 28 y 29 del Reglamento), el régimen de cooperación entre administradores concursales (art. 41 del Reglamento), entre órganos jurisdiccionales (art. 42) y entre administradores concursales y órganos jurisdiccionales (art. 43); así como los mecanismos específicos de cooperación y coordinación en el caso de procedimientos de insolvencia de miembros de un grupo de sociedades (arts. 56 a 77 del Reglamento).

(78) Reglamento (CE) n.º 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo, *DO*, núm. L 324, de 10 de diciembre de 2007.

(79) Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, *DO*, núm. L 174 de 27 de junio de 2001.

(80) *Vid.* la Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, *DO*, núm. L 174, de 27 de junio de 2001; y la Decisión 2008/976/JAI del Consejo de 16 de diciembre de 2008 sobre la Red Judicial Europea, *DO*, núm. L 348 de 24 de diciembre de 2008.

(81) *Vid.* art. 11 del Reglamento.

(82) *BOE*, 24-VIII-1987.

(83) *Vid.* la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, *DO*, núm. C 155, de 6 de junio de 2000.

(84) *Vid.* la Decisión de la Comisión de 26 de agosto de 2005 por la que se establece un formulario para la transmisión de las solicitudes de justicia gratuita en aplicación de la Directiva 2003/8/CE del Consejo, *DO*, núm. L 225, de 31 de agosto de 2005.

a salvo de que resulten aplicables otros instrumentos de cooperación ya existentes. Así, por ejemplo, los Convenios de La Haya en la materia o algunos convenios bilaterales, tal como examinaremos un poco más adelante.

Cuestión distinta es que pudieran llegarse a acuerdos con la UE que permitieran la continuación de esta cooperación a través de otras vías; pero de esto ya nos ocuparemos en el siguiente apartado. Aquí se trata de dar cuenta de la situación que se producirá el 30 de marzo de 2019 en caso de que no se llegue a ningún acuerdo entre la UE y el RU sobre el *brexít*.

III. DE LA SALIDA A LA RELACIÓN FUTURA DEL RU CON LA UE

1. Principios que orientan la negociación del «brexit»

En el momento en el que se escriben estas líneas (octubre de 2017) las negociaciones sobre el *brexít* no se encuentran en su mejor momento. La prensa se ha hecho eco de estas dificultades para avanzar en tales negociaciones⁽⁸⁵⁾ y es incierto qué puede pasar en los próximos meses. Ciertamente, las dificultades de una negociación tan compleja como es la relativa a la salida por parte del RU de la UE siempre han sido claras, sobre todo teniendo en cuenta que el plazo del que se dispone para desarrollar estas negociaciones es de tan solo dos años, lo que teniendo en cuenta tanto la amplitud de las materias que han de ser tratadas y la diversidad de los intereses presentes hace que la tarea de concluir un acuerdo resulte especialmente gravosa. Una negociación que involucra, por una parte al RU y por otra parte a una organización internacional como la UE que incluye a 27 países diferentes (excluyendo ya al RU) con planteamientos y circunstancias también muy variados tiene más probabilidades de fracasar que de obtener éxito cuando se está ante un plazo fatal de tan solo dos años.

En esta negociación, las cuestiones relativas al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia no han tenido un papel relevante; lo que tampoco es difícil de entender teniendo en cuenta la magnitud del desafío que ha de ser abordado como consecuencia del *brexít*. Enseguida nos ocuparemos de las referencias a los temas objeto de este trabajo que pueden encontrarse en los documentos relativos a la negociación que han sido publicados; pero antes es conveniente encuadrar esas referencias en los objetivos pretendidos para dicha negociación por parte del RU y de la UE, objetivos que difieren sensiblemente.

Quizás la diferencia más significativa entre el acercamiento del RU y de la UE se encuentra en la relación entre el acuerdo de salida del RU y el futuro acuerdo que pueda concluirse entre la UE y el RU para regir las relaciones entre ambas partes. Mientras el RU pretende vincular ambos acuerdos⁽⁸⁶⁾, la UE defiende que ambos acuerdos han

(85) *Vid.* por ejemplo esta noticia del 16 de octubre en la que ya se habla de la posibilidad de una «ruptura total» de las negociaciones: https://www.elespanol.com/mundo/europa/20171016/254725352_0.html.

(86) *Vid.* la carta enviada por Theresa May a Donald Tusk el 29 de marzo de 2017: «The United Kingdom wants to agree with the European Union a deep and special partnership that takes in both economic and security cooperation. To achieve this, we believe it is necessary to agree the terms of our future partnership alongside

de diferenciarse, de tal manera que no comenzará a negociarse el acuerdo futuro antes de que se concluya la negociación para la salida del RU, aunque inevitablemente el acuerdo futuro tendrá que ser considerado en el acuerdo de retirada⁽⁸⁷⁾. Al mismo tiempo, la UE rechaza también acuerdos parciales, de tal manera que nada se dará por acordado hasta que todas las cuestiones objeto de la negociación para la salida hayan sido acordadas⁽⁸⁸⁾. Finalmente, también puede resultar relevante tener en cuenta que la UE parte de la necesidad de mantener la integridad del Mercado Único⁽⁸⁹⁾.

Desde la perspectiva que aquí nos interesa, lo anterior implica que una cuestión hasta cierto punto técnica, como es lo relativo a la cooperación jurídica en materia civil no podrá ser abordada de manera independiente, sino que los acuerdos relativos a ella dependerán de la consecución de un acuerdo global sobre la salida del RU. Es, por tanto, posible que lleguemos al 30 de marzo de 2019 sin que exista acuerdo sobre la gestión del *brexit* en relación al Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, pese a que exista acuerdo entre la UE y el RU sobre los problemas específicos que han de ser abordados en relación a esta materia.

Por otra parte, de los documentos existentes hasta ahora y del debate público no se deriva que las cuestiones de las que aquí tratamos ocupen un lugar preferente en las negociaciones. Al revés. Como es sabido las cuestiones de carácter económico (contribución del Reino Unido a la UE) y lo relativo a la situación de los ciudadanos europeos en el RU y los británicos en la UE son las que más atención han recibido. Es, por otra parte, lógico, porque estos temas tienen un alcance más general que los problemas relativos a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de decisiones o la cooperación jurídica internacional. En relación a estas cuestiones tan solo resultará relevante, en los documentos generales sobre la negociación del *brexit*, la referencia a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica⁽⁹⁰⁾, lo que en sí nada dice sobre las soluciones concretas que podrían adoptarse.

Ha de señalarse, sin embargo, que en este punto la posición británica coincide con la europea. El apartado 8.19 del libro Blanco elaborado por el gobierno británico sobre la salida del RU de la UE y el futuro acuerdo de cooperación con ésta incide en la ne-

those of our withdrawal from the EU» (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604079/Prime_Ministers_letter_to_European_Council_President_Donald_Tusk.pdf, p. 3).

(87) La directriz 5 de las aprobadas por el Consejo Europeo el 29 de abril de 2017 (https://ec.europa.eu/commission/publications/european-council-article-50-guidelines-brexit-negotiations_en): «While an agreement on a future relationship between the Union and the United Kingdom as such can only be finalised and concluded once the United Kingdom has become a third country, Article 50 TEU requires to take account of the framework for its future relationship with the Union in the arrangements for withdrawal. To this end, an overall understanding on the framework for the future relationship should be identified during a second phase of the negotiations under Article 50 TEU. We stand ready to engage in preliminary and preparatory discussions to this end in the context of negotiations under Article 50 TEU, as soon as the European Council decides that sufficient progress has been made in the first phase towards reaching a satisfactory agreement on the arrangements for an orderly withdrawal».

(88) *Vid.* el punto 2 de las orientaciones adoptadas por el Consejo Europeo el 29 de abril de 2017 para la negociación de la salida del RU (EUCO XT 20004/17), *vid. supra* n. núm. 26.

(89) *Vid.* el punto 1 de las directrices de 29 de abril de 2017 (*vid. n. anterior*): «Preserving the integrity of the Single Market excludes participation based on a sector-by-sector approach».

(90) *Vid.* el punto 9 de las directrices del Consejo de 29 de abril de 2017.

cesidad de promover la seguridad jurídica, específicamente en el área de la cooperación judicial civil⁽⁹¹⁾.

En el ámbito de la cooperación judicial civil, los planteamientos anteriores han encontrado concreción en dos documentos que explicitan las posiciones negociadoras de la UE y del RU. El primero está fechado el 12 de julio de 2017 y refleja la posición de la Comisión Europea respecto a las negociaciones para el *brexít* en materia de cooperación civil y mercantil⁽⁹²⁾. Los principios que aquí se recogen se corresponden con los que hace suyos el Reino Unido en el documento sobre la materia⁽⁹³⁾.

De acuerdo con estos principios, la normativa europea en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales continuará aplicándose a los contratos concluidos antes de la fecha de salida del RU. En materia de obligaciones extracontractuales la regulación europea se aplicará a los hechos ocurridos antes de la fecha de salida. Las normas sobre competencia judicial internacional continuarán aplicándose a los procedimientos iniciados antes de la fecha de salida y los acuerdos de elección de tribunal concluidos antes de dicha fecha de salida seguirán siendo eficaces de acuerdo con la normativa europea aplicable en el momento de la conclusión. En lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de decisiones, el Derecho europeo se aplicará respecto a las decisiones adoptadas antes de la fecha efectiva de salida. En lo que se refiere a la asistencia judicial internacional, las solicitudes formuladas antes de la fecha en que se concrete el *brexít* seguirán rigiéndose por la normativa europea.

En estos principios existe acuerdo entre el documento británico y el de la Comisión Europea. Existen, sin embargo, divergencias en lo que se refiere al reconocimiento de las decisiones adoptadas sobre la base de acuerdos de elección de tribunal concluidos antes de la fecha efectiva de salida, pero a partir de procedimientos iniciados tras esta salida. Mientras de acuerdo con el documento europeo a tales procedimientos no le sería aplicable la normativa de la UE, según la propuesta británica, esta normativa sí sería aplicable a tal reconocimiento. Sin salirnos del reconocimiento, también existe una divergencia en lo que se refiere a la extensión de la aplicación de la normativa europea sobre reconocimiento. Mientras la propuesta europea es que no se aplique más que a las resoluciones dictadas antes del *brexít*, el documento británico plantea que también sea de aplicación a las decisiones adoptadas tras el *brexít* en procedimientos iniciados antes de la salida efectiva del RU.

Como puede apreciarse, las dos partes negociadoras asumen una extensión en el tiempo de la aplicación del Derecho de la UE más allá de la fecha de salida, lo que ya

(91) *Vid. The United Kingdom's exit from, and new partnership with, the European Union*, <https://www.gov.uk/government/publications/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union-white-paper/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union--2>, punto 8.19: «We recognize that an effective system of judicial cooperation will provide certainty and protection for citizens and business of a stronger global UK».

(92) https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/essential-principles-civil-commercial-matters_en_0.pdf.

(93) *Vid. supra* n. núm. 54.

preveían las directrices de negociación de 3 de mayo de 2017⁽⁹⁴⁾. En cualquier caso esta extensión va más allá de lo que resultaría de la mera consideración de las consecuencias de la pérdida para el RU de la condición de Estado miembro, ya que no creo que resultara exigible, de acuerdo con los principios generales del Derecho europeo, proyectar la aplicación de la normativa en materia de Derecho aplicable a los contratos a aquellos concluidos antes de la fecha de salida; ni en lo que se refiere al Reglamento Roma II, a la responsabilidad derivada de hechos ocurridos antes de dicha salida. Es cierto que esta es la previsión sobre el ámbito de aplicación temporal de los Reglamentos Roma I y Roma II⁽⁹⁵⁾; pero aquí no estamos ante la determinación de dicho ámbito de aplicación, sino ante una cuestión vinculada a la vigencia del instrumento. Estrictamente, no existe razón para continuar aplicando los Reglamentos europeos en el RU una vez que se produzca la efectiva salida de la Unión; pero, evidentemente, el acuerdo de salida puede alterar esta situación.

La extensión máxima que pretende el RU es, además, problemática, ya que implicaría que los Reglamentos sobre reconocimiento y ejecución de decisiones se aplicaran respecto a decisiones adoptadas tras la salida del RU e, incluso, respecto a procedimientos iniciados tras dicha salida si el fundamento de la competencia es un acuerdo de elección de tribunal concluido antes de dicha salida. Veremos en qué concluye la negociación del *brex*it, pero aventuro que no es probable que la UE acepte esta extensión en la aplicación de los Reglamentos europeos respecto a decisiones adoptadas en el RU. Volveremos sobre estos temas en los epígrafes 3 y 4.

2. El RU y los convenios existentes

Tal como ya se ha indicado, el *brex*it implicará que dejarán de aplicarse respecto al RU los convenios concluidos por la UE y también aquellos concluidos conjuntamente por la UE y sus Estados miembros e, incluso, los concluidos por los Estados miembros en interés de la UE. Al menos, esto se desprende de los documentos negociadores de la UE⁽⁹⁶⁾. Tal como ya se ha indicado no deben existir excesivas dudas sobre la inaplicación de los Convenios concluidos por la UE, aunque, tal como ya se señaló en el apartado correspondiente, no deja de ser sorprendente que en este caso se excluya de raíz la posibilidad de que el RU suceda a la UE en relación a estos convenios tal como podría pasar en el caso de secesión dentro del territorio de un Estado.

Plantea mayores dificultades la afirmación de que también los Convenios concluidos conjuntamente por la UE y los Estados miembros, así como los concluidos por los Estados miembros en interés de la UE dejarán de aplicarse. Desde la perspectiva de los Estados terceros la ratificación por parte del RU, con independencia de que se hubiera

(94) *Vid.* el anexo a la recomendación para una decisión del consejo autorizando la apertura de negociaciones con el RU, COM(2017) 218 final, núm. 19, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/annex-recommendation-uk-eu-negotiations_3-may-2017_en.pdf.

(95) *Vid.* art. 28 del Reglamento Roma I y el art. 31 del Reglamento Roma II.

(96) *Vid. supra* n. núm. 27.

hecho conjuntamente con la UE o en interés de la UE no debería verse afectada por la salida de la UE. Entiendo que es la solución más respetuosa con la seguridad jurídica y los derechos de los terceros Estados, que en ninguna forma deberían verse afectados por la pertenencia o no del RU a una organización internacional de la que no son partes. De todas formas, lo más conveniente sería que el RU hiciera una declaración en este sentido que se comunicara a los Estados parte de los distintos instrumentos y que evitaría que pudieran producirse dudas sobre este extremo.

De hecho, el RU ha mostrado expresamente su voluntad de seguir aplicando aquellos Convenios de la Conferencia de La Haya⁽⁹⁷⁾ que ahora le vinculan, lo que, de acuerdo con lo que se acaba de ver aconsejaría una declaración en este sentido respecto a los instrumentos también ratificados por la UE o en interés de la UE y haría imprescindible la ratificación por parte del RU de aquellos otros que han sido ratificados únicamente por la UE⁽⁹⁸⁾. Esta ratificación, sin embargo, plantea un problema: en tanto no se produzca la salida de la UE el RU no está legitimado (desde la perspectiva del Derecho europeo) para ratificar convenios que entran en el ámbito de competencias de la UE. De esta forma, o bien el RU espera a la salida efectiva para proceder a dicha ratificación, lo que implicará una discontinuidad en el tiempo en la aplicación del instrumento internacional respecto al RU⁽⁹⁹⁾ o bien se habilita al RU para, durante el período transitorio, poder proceder a dicha ratificación. Este es un tema que a mi conocimiento no está siendo tratado en las negociaciones pero que debería ser abordado con una cierta urgencia, pues el plazo para la salida es de ya tan solo dieciséis meses en el momento en el que se escriben estas líneas.

Plantea mayores problemas la posibilidad de que el RU se incorpore al Convenio de Lugano. Dicha incorporación exigiría una modificación del texto de este instrumento, ya que su art. 69 limita a la Comunidad Europea, Dinamarca y los Estados que fueran miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio en el momento de la apertura de la firma la posibilidad de suscribir el Convenio. Dado que el RU no entra en ninguna de estas categorías una nueva redacción de este art. 69 sería imprescindible para permitir su acceso al texto. Tal acceso dependería, por tanto, de la voluntad de la UE y del resto de Estados miembros.

(97) *Vid.* el documento del RU sobre la cooperación judicial civil, *supra* n. núm. 54.

(98) El Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia. *Vid.* la Decisión del consejo de 9 de junio de 2011, *DO*, núm. L 192, de 22 de julio de 2011; y el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 30 de junio de 2005, *vid.* la Decisión del Consejo de 26 de febrero de 2009, *DO*, núm. L 133, de 29 de mayo de 2009. Aparte de los Convenios de La Haya, existen otros instrumentos relevantes para la cooperación judicial que han sido ratificados por la UE y que a través de ella vinculan al RU. Así, el Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 1974, *vid.* la Decisión del Consejo de 12 de diciembre de 2011, *DO* núm. L 8, de 12 de enero de 2012.

(99) *Vid.* por ejemplo el art.31 del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, que establece que tras la ratificación de un nuevo Estado la entrada en vigor del instrumento para dicho Estado se producirá el primer día del mes siguiente a aquel en el que se cumplan los tres meses desde el depósito del instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Se ha planteado la posibilidad de «reactivar» el Convenio de Lugano de 1988, del que sí es parte el RU e, incluso el Convenio de Bruselas de 1968⁽¹⁰⁰⁾; pero ambas opciones han de ser descartadas. Ambos instrumentos han sido sustituidos por el Reglamento 44/2001 y el Convenio de Lugano de 2007 respectivamente⁽¹⁰¹⁾ por lo que deben considerarse terminados y sin posibilidad de reactivación, a salvo, siempre, de que hubiera un nuevo acuerdo entre las diferentes partes; lo que nos reconduce en cualquier caso a las posibilidades que deberemos explorar en el epígrafe siguiente relativo a los acuerdos posibles entre el RU y la UE.

Los instrumentos que sí podrán volver a recobrar plena vigencia son los convenios internacionales que vinculen al RU con otros Estados miembros de la UE. Así, por ejemplo, el Convenio entre España y Gran Bretaña de 1929 sobre mutua asistencia en procedimientos civiles y comerciales⁽¹⁰²⁾. Estos instrumentos, en principio, no han sido derogados por los Reglamentos de la UE, puesto que han podido mantener su aplicación en aquellas materias no cubiertas por estos instrumentos⁽¹⁰³⁾, por lo que no se entenderán terminados, a diferencia de lo que ha de interpretarse en relación al Convenio de Bruselas de 1968 y el Convenio de Lugano de 1988.

3. La posibilidad de acuerdos específicos

Tal como se adelantó en el epígrafe 1, la negociación entre la UE y el RU abarca tanto el acuerdo de salida como el futuro marco de relación entre ambas partes. La idea de la UE, tal como se ha apuntado, es la de no abordar el segundo hasta no cerrar el primero, aunque inevitablemente habrá que considerar las líneas generales de aquel en el tratamiento de algunas de las cuestiones que serán objeto del futuro acuerdo entre la UE y el RU. En el momento en el que se está cerrando este trabajo se ha conocido que la UE está dispuesta a iniciar negociaciones en relación a esta segunda etapa⁽¹⁰⁴⁾.

En lo que se refiere a la cooperación judicial civil, el acuerdo de salida debería abordar, sobre todo, el régimen transitorio de aplicación de los instrumentos existentes en los que participa el RU. Tal como hemos visto, el documento sobre la cooperación judicial civil que ha difundido la UE recoge este planteamiento, que coincide en gran medida con las propuestas del RU en la misma materia. De esta forma, si se llegara a

(100) Vid. B. Hess, «Back to the Past: BREXIT und das europäische international Privat- und Verfahrensrecht», *IPRax*, 2016, año 36, núm. 5, pp. 409-418, p. 413.

(101) Vid. R. Arenas García, «Consecuencias del Brexit para el Derecho internacional privado europeo», en C. Martínez Capdevila/E.J. Martínez Pérez (dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 249-274, pp. 271-272, esp. referencias en n. núm. 56.

(102) Convenio entre España y Gran Bretaña sobre mutua asistencia en procedimientos civiles y comerciales, de 27 de junio de 1929, *Gaceta de Madrid*, 10-IV-1930.

(103) Vid. el art. 70.1 del Reglamento 44/2001, en el que, tras enumerar los convenios bilaterales que son desplazados por el Reglamento indica: «Los Convenios y Tratados mencionados en el artículo 69 continuarán surtiendo efecto en las materias a las que no se aplicare el presente Reglamento».

(104) Vid. esta noticia de «El País»: https://elpais.com/internacional/2017/11/07/actualidad/1510084405_459981.html

poder completar un acuerdo de salida del RU (recordemos, nada estará acordado mientras todo no esté acordado) es posible que los elementos en que existe coincidencia entre el RU y la UE pasarían a integrar dicho acuerdo. Estos elementos, como hemos visto, incluyen la aplicación de los instrumentos sobre competencia judicial internacional a los procesos iniciados antes de la salida del RU, la aplicación también de los instrumentos de Derecho aplicable a los contratos concluidos antes de la fecha de salida del RU y a la responsabilidad extracontractual derivada de hechos acaecidos antes de esa salida. Los acuerdos de elección de foro concluidos antes de la salida seguirán rigiéndose por las normas vigentes en el momento de dicha salida, los instrumentos de la UE seguirán aplicándose para el reconocimiento de las decisiones dictadas antes de la salida del RU y los procedimientos de cooperación iniciados antes de dicha fecha continuarán rigiéndose por la normativa europea.

Ningún problema debería plantear la regla de acuerdo con la cual los procedimientos iniciados antes de la fecha de salida continuarían rigiéndose por la normativa europea vigente en dicho momento relativa a la competencia judicial internacional. De hecho, esta regla de *perpetuatio jurisdictionis* es un principio ampliamente seguido en el Derecho procesal civil internacional⁽¹⁰⁵⁾ que sería, seguramente, también el que se aplicaría en ausencia de acuerdo. En cambio la regla sobre la eficacia de los acuerdos de elección de tribunal es más problemática. Implica la necesidad de aplicar la regulación sobre tales acuerdos incluida, fundamentalmente, en el Reglamento 1215/2012⁽¹⁰⁶⁾ junto con la regulación competencial que el RU y la UE apliquen tras el *brexit*. Es decir, para el RU obliga a una aplicación parcial del Reglamento junto con el Derecho británico de origen interno y en el caso de los Estados miembros de la UE será necesario considerar, tras el *brexit*, que en lo que se refiere a los acuerdos de elección de tribunal celebrados antes de la salida efectiva del RU de la UE, el RU sigue siendo un Estado miembro del Reglamento, mientras que en el resto de cuestiones competenciales será considerado un Estado tercero. Es una situación que deberá regularse con más detalle en el acuerdo de salida.

La regla de acuerdo con la cual los instrumentos de la UE se aplicarán para el reconocimiento y ejecución de decisiones adoptadas antes de la fecha de salida se corresponde con los principios que generalmente se siguen en esta materia. No es probable que se llegue a extender dicha aplicación a las decisiones adoptadas después del *brexit* en el marco de procedimientos iniciados antes del momento en el que el RU deje de ser miembro de la UE. Por otra parte, se hará necesario determinar si este régimen alcanza a los mecanismos de simplificación de la eficacia extraterritorial de decisiones a los

(105) Vid. J.C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 124; J.C. Fernández Rozas, «Sucesión de normas y DIPr: Consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho intertemporal», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 1349-1372, pp. 1359-1360; E. Rodríguez Gayán, «Excepciones a la aplicación de la *perpetuatio iurisdictionis* como criterio determinante de la competencia judicial internacional», *RCEA*, vol. IX, 1993, pp. 107-127, p. 108; *id.*, «Los efectos de la pendencia del proceso: perpetuación de la jurisdicción (art. 411 LEC) en el Derecho internacional privado», *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 445-459, p. 445.

(106) Debería aclararse si esta regla alcanza también a aquellos supuestos de foros que dependen de algún tipo de acuerdo o consentimiento en el Reglamento 2201/2003.

que nos referíamos en el epígrafe II.3. Lo más razonable es que no sea así, puesto que, tal como se indicó allí, tales instrumentos incluyen mecanismos de cooperación entre autoridades que no parece que puedan operar de manera fluida una vez que el RU ya no sea Estado miembro de la UE. Las negociaciones parecen ser que se encaminarán en esa dirección, toda vez que el documento que conocemos sobre esta materia⁽¹⁰⁷⁾ diferencia entre instrumentos relativos al reconocimiento (entre los que se incluyen los Reglamentos 1215/2012, 44/2001, 2201/2003, 4/2009, 2015/848 y 1346/2000 y los instrumentos relativos al Título Ejecutivo Europeo, el Proceso Europeo de Escasa Cuantía, el Proceso Monitorio Europeo y Reconocimiento Mutuo de Medidas de Protección en Materia de Familia. Estos últimos instrumentos seguirán los principios de la cooperación, de tal manera que solamente se extenderá la aplicación de la regulación europea a los procesos de cooperación ya iniciados. Será necesario, sin embargo, concretar –tal como indica el documento de la Comisión– la fase del proceso en que deben encontrarse las solicitudes para que se proceda a dicha prolongación de la aplicación.

Finalmente, recordemos lo ya apuntado: la ratificación por parte del RU de ciertos convenios que ahora vinculan a este país a través de la UE exigiría la autorización por parte de ésta si pretende realizarse antes de la fecha efectiva de salida. Esta autorización podría ser otro contenido posible del acuerdo entre el RU y la UE en relación al *brexít*.

Si del acuerdo de salida pasamos al marco futuro de relaciones entre la UE y el RU en materia de cooperación jurídica internacional las dudas son mayores. El RU ha expresado su deseo de incorporarse al Convenio de Lugano, lo que permitiría la continuidad en la aplicación del régimen de competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones que ahora se articula en el RU y respecto al RU por medio del Reglamento 1215/2012. Bien es verdad que el Convenio de Lugano actual no sigue al Reglamento 1215/2012, sino a su predecesor, el Reglamento 44/2001, lo que implica algunas diferencias significativas en ciertos puntos; pero la articulación general del régimen de la competencia judicial internacional y la facilitación en el reconocimiento y ejecución de decisiones son, en su esencia, las mismas en ambos instrumentos. Ahora bien, tal como hemos visto, la incorporación a este Convenio exigiría una modificación de su tenor literal, lo que obligaría a una revisión del instrumento. Es cierto que esta revisión podría ser aprovechada para modernizar el Convenio, pero no podría hacerse en el marco de un acuerdo entre la UE y el RU, ya que en ella tendrían que participar los otros Estados parte (Suiza, Noruega e Islandia).

El Convenio de Lugano, además, cubriría tan solo el ámbito mercantil y civil patrimonial. La armonización de la competencia en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental, así como la facilitación del reconocimiento que se deriva del Reglamento 2201/2003 carece de un instrumento internacional que permita su extensión respecto a países que no sean miembros de la UE. El intento de elaborar un instrumento semejante en relación al RU, que permitiría dar continuidad en el ámbito familiar a la situación actual, no debería enfrentarse a dificultades sustanciales si se limitara a reproducir el contenido del Reglamento 2201/2003; pero no puede descono-

(107) *Vid. supra* n. núm. 54.

cerse que precisamente en estos momentos se plantea la revisión de dicho Reglamento y, por tanto, incluso existiendo voluntad de concluir ese acuerdo resultaría razonable aguardar a que se produjera la reforma del Reglamento 2201/2003 a fin de no contar con textos diferentes para las relaciones intraeuropeas por una parte y para las de la UE con el RU por otra⁽¹⁰⁸⁾. De todas formas, ha de recordarse que en lo que se refiere a protección de menores y el tratamiento de la sustracción internacional de menores, los Convenios de La Haya existentes, de los que es parte el RU ofrecen un régimen que se proyectará sobre una parte significativa de los casos en los que también resultaría aplicable el Reglamento 2201/2003⁽¹⁰⁹⁾. En materia de alimentos, el Convenio de La Haya de 2007, que actualmente vincula al RU, debería ser el elemento nuclear en las relaciones entre este país y la UE y en materia de cooperación judicial internacional los Convenios de La Haya volverían a ser aplicables en las relaciones entre el RU y la UE.

Parece descartable que puedan conseguirse avances en otras materias, en particular en aquellos instrumentos que permiten que una decisión adoptada en un Estado miembro abra directamente el proceso de ejecución en otro Estado miembro. La confianza entre Estados y organizaciones judiciales que exigen este tipo de instrumentos no parece que pueda trasladarse a las relaciones con un Estado tercero como pasará a ser el RU⁽¹¹⁰⁾.

4. La «doble unilateralidad»

Hemos visto que la UE y el RU abordan el doble desafío de cerrar un acuerdo sobre la salida del RU y también la posibilidad de establecer un futuro acuerdo de cooperación entre ambas partes. El acuerdo de salida sería especialmente necesario para resolver los problemas de Derecho transitorio que han sido apuntados en los epígrafes precedentes. Ahora bien, también debe preverse la posibilidad de que ese acuerdo no llegue a celebrarse. En varios momentos de la negociación se han planteado las enormes dificultades de la misma y no se ha descartado tener que afrontar un *brexít* «duro»; esto es, sin un acuerdo de salida⁽¹¹¹⁾. En este supuesto sería necesario que tanto el RU como la UE adoptaran ciertas medidas en relación al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

(108) *Vid.* la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), COM(2016) 411 final. *Vid.* también la intervención de B. Campuzano Díaz «La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003» en el II Seminario AEPIDIRI sobre Temas de actualidad Derecho Internacional Privado, <https://canal.uned.es/mmobj/index/id/52863>.

(109) Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores (*vid. supra* n. núm. 21) y el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, BOE, 24-VIII-1987, a los que ya nos habíamos referido en el epígrafe II.

(110) *Vid.* sobre la exigencia de confianza mutua para la facilitación del reconocimiento, R. Arenas García, «Abolition of Exequatur: Problems and Solutions. Mutual recognition, mutual trust and recognition of foreign documents: too many words in the sea», *Yearbook of Private International Law*, 2010, vol. 12, pp. 351-375.

(111) *Vid.* por ejemplo esta noticia del 24 de marzo de 2017: <http://www.economista.es/economia/noticias/8245426/03/17/Un-Brexit-sin-acuerdo-la-hoja-de-ruta-a-lo-desconocido-de-Reino-Unido-con-consecuencias-fatales-.html>.

de acuerdo con su propio Derecho. Se trataría de medidas unilaterales, y por eso a esa situación se la podría denominar de «doble unilateralidad».

Desde la perspectiva del RU se trataría de decidir cómo abordar la regulación de las situaciones que presentasen vínculos con la UE. A falta de un acuerdo de salida, lo lógico sería utilizar las normas generales del Derecho británico, aquellas que se aplican respecto a terceros Estados; aunque sería imprescindible regular de forma expresa las cuestiones relativas al Derecho transitorio; esto es, a qué situaciones ha de aplicarse la nueva regulación y hasta cuándo se prolongaría la aplicación del Derecho europeo. En principio, tal como se ha avanzado, los procedimientos iniciados antes de la salida del RU deberían regirse, en lo que se refiere a la determinación de la competencia judicial por el Derecho europeo, pero sería necesario concretar cuál sería el régimen de la litispendencia internacional si se inicia un procedimiento en el RU con posterioridad al *brexit* pero que presenta una relación de litispendencia o conexidad con un procedimiento iniciado antes de la fecha de salida del RU en otro Estado miembro de la UE.

En lo que se refiere a reconocimiento y ejecución de decisiones la decisión que deberá tomarse es si se opta por otorgar relevancia a la fecha de inicio del procedimiento que da lugar a la decisión o, por el contrario, aquella en la que se adoptó la decisión. Finalmente, hay que adoptar decisiones parecidas en relación a los supuestos de cooperación internacional, según lo que se desarrolló en los epígrafes anteriores.

Estas regulaciones podrían tener en cuenta las regulaciones equivalentes en la UE, pero la ser ya unilaterales y no fruto de un acuerdo podrían divergir a uno y otro lado del Canal.

En los Estados miembros de la UE se plantearía la misma necesidad que en el RU; pero aquí es preciso considerar en qué forma se articularían el Derecho de la UE y de los Estados miembros. En principio, al no ser ya el RU un Estado miembro, la aplicación del Derecho que en cada Estado rigiera las relaciones con terceros Estados sería natural, pero eso podría llevar a soluciones diferentes en cada Estado miembro de la UE. Los inconvenientes que de esto se derivarían podrían aconsejar una acción regulatoria de la Unión con el fin de armonizar la respuesta a los interrogantes que han sido presentados en el epígrafe anterior. La base jurídica para ello estaría en el art. 81 del TFUE ya que abarcaría normas tanto en materia de competencia judicial internacional como de reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación jurídica internacional.

Sería preferible que esta acción de la UE adoptara la forma de Directiva, de tal forma que fuera traspuesta a los diferentes Derechos de los Estados miembros integrándose en la regulación aplicable a terceros Estados, que es donde se ubicarían de manera lógica las relaciones entre Estados miembros y el RU una vez que este Estado dejara de ser miembro de la Unión.

IV. CONCLUSIÓN

El *brexit* supone un desafío sin precedentes para el Derecho de la Unión. Las dificultades que se derivan de la salida de un Estado miembro son de una enorme complejidad.

El análisis de cada uno de los ámbitos afectados no puede desconocer que el carácter global de las negociaciones hará surgir relaciones entre sectores inicialmente alejados.

En lo que se refiere a la cooperación en materia civil, dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la salida del RU supondrá, desde la perspectiva de los Estados miembros de la UE, que el RU será considerado un Estado tercero, lo que permitirá que se apliquen a los domiciliados en este país los foros exorbitantes recogidos en los Derechos de diferentes Estados miembros, será más difícil que procesos iniciados en el RU afecten a procedimientos iniciados en Estados miembros de la UE y el reconocimiento en estos Estados de las decisiones adoptadas en el RU deberá realizarse a través de los mecanismos que en cada Estado se prevean para las resoluciones de Estados terceros. Lo mismo sucederá con las solicitudes de cooperación judicial internacional.

La existencia de convenios internacionales que vinculan al RU, a la UE y a sus Estados miembros servirá para la resolución de algunos problemas prácticos. Hay que señalar, sin embargo, que no es claro que el RU pueda suscribir antes de su salida efectiva de la UE aquellos convenios internacionales que ahora le vinculan en tanto que Estado miembro de la UE.

Un acuerdo de salida entre la UE y el RU debería resolver las dudas que se plantean en relación a la aplicación temporal de los instrumentos europeos. En caso de no conseguirse ese acuerdo será necesario que tanto el RU como los Estados miembros de la UE aborden estas cuestiones en sus propias regulaciones. En el caso de la UE sería aconsejable que una Directiva armonizara las soluciones de los diferentes Estados miembros.

El futuro acuerdo entre la UE y el RU podría abarcar las cuestiones relativas a la cooperación judicial civil, pero es difícil que este acuerdo vaya más allá de la incorporación del RU al Convenio de Lugano, esta incorporación exigiría una modificación del tenor del Convenio, por lo que sería precisa una renegociación del mismo por parte de la UE y el resto de Estados miembros.

NECESIDAD DE UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMO ELECTRÓNICO TRANSFRONTERIZO

AMADA MARÍA ARLEY ORDUÑA

RESUMEN

Necesidad de un estado de derecho social internacional en materia de protección al consumo electrónico transfronterizo

Los avances tecnológicos y las directrices internacionales en favor de una economía y comercio electrónico han generado un nuevo consumidor electrónico que puede comprar artículos de diversas partes del mundo desde la comodidad de su dispositivo electrónico; ello implica nuevos retos y cuestionamientos en materia de Protección al consumidor y solución de conflictos, puesto que las legislaciones nacionales no protegen al consumidor más allá de sus fronteras ni dotan de mecanismos públicos y eficaces para la solución de conflictos, por lo cual, es urgente desarrollar 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.

Palabras clave: Estado de Derecho Internacional, Protección al Consumidor, Comercio electrónico, Solución alternativa de conflictos.

ABSTRACT

Need for a state of international social law in the matter of protection of transboundary electronic consumption

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 all over the world; this implies new challenges and questions on Consumer Protection which is why it is urgent to evolve towards a State of International Social Law in Consumer Protection through the commitment of the International Organizations, national governments and local agencies of Consumer Protection.

Keywords: Rule of law, Consumer Protection, electronic commerce, alternative dispute resolution.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA PROBLEMÁTICA: ACCESO A JUSTICIA PARA EL CONSUMIDOR ELECTRÓNICO TRANSFRONTERIZO.
 1. *Problemáticas en derecho sustantivo de protección al consumo.*
 - 1.1. La primera problemática.
 - 1.2. La segunda problemática.
 2. *Problemática de solución de conflictos.*

- 2.1. La primera problemática.
- 2.2. Conclusión.
- III. NECESIDAD DE UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONSUMO TRANSFRONTERIZO.
 1. *Estado Social de Derecho Internacional.*
 2. *Protección al consumo.*
 3. *Solución de Conflictos en Línea (ODR).*
- IV. ACCIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LÍNEA.
 1. *Protección al consumidor.*
 - 1.1. Revisión de las directrices de Naciones Unidas para la protección al consumo.
 - 1.2. UNCTAD y un primer grupo de expertos.
 - 1.3. Congreso Mundial de Protección al Consumo 2015.
 2. *Resolución de conflictos en materia de consumo transfronterizo.*
 - 2.1. Debates en la OEA y CNUDMI en Solución de Conflictos en Línea (ODR).
 - A. Visión estadounidense y debate en la OEA, contrapropuestas brasileña&argentina y canadiense.
 - B. Contribución de la visión de la Unión Europea.
 - C. Resultado final de la CNUDMI (2016): notas técnicas sobre Solución de Controversias en Línea.
 - 2.2. Directriz de Protección de Consumo 2015 de la UNCTAD.
 3. *Conclusión.*
- V. PROPUESTA: SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO.
 1. *Consideración en cuanto a derecho sustantivo en materia de protección al consumidor.*
 2. *Consideraciones con respecto a la forma del Proceso de Solución de Conflictos en materia de consumo trasfronterizo.*
 - 2.1. Contribución del modelo mexicano de solución de conflictos. Concilianet.
 3. *Consideraciones institucionales.*
- VI. CONCLUSIÓN.
- VII. BIBLIOGRAFÍA.
 1. *Libros y artículos.*
 2. *Lineamientos, legislaciones normativas.*
 3. *Informes estatales y declaraciones.*
 4. *Sitios web.*

I. INTRODUCCIÓN

Los avances tecnológicos y las directrices internacionales en favor de una economía y comercio electrónico han generado un nuevo consumidor electrónico que puede comprar artículos de diversas partes del mundo desde la comodidad de su dispositivo electrónico;

ello implica nuevos retos y cuestionamientos en materia de Protección al consumidor y solución de conflictos, puesto que las legislaciones nacionales no protegen al consumidor más allá de sus fronteras ni dotan de mecanismos públicos eficaces para la solución de conflictos transfronterizos.

Por lo cual, es urgente desarrollar 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.

El presente trabajo se enfocará a la problemática que representa la falta de protección al consumidor en las transacciones transfronterizas entre empresario y consumidor (B2C); y por tanto la necesidad de dotar de Acceso a Justicia en materia de consumo y solución de conflictos a nivel internacional como parte de las funciones del Estado de Derecho en materia de Protección al consumidor como un contrapeso al modelo económico neoliberal imperante en el mundo.

La metodología utilizada será la siguiente, como primer paso se presentará el contexto general de la problemática y los conceptos teóricos básicos necesarios para comprenderla, ello servirá como punto de partida para justificar y sustentar la necesidad de un Estado de Derecho Social Internacional (EDSI) en materia de Protección al consumidor. Una vez hecho esto se finalizará con una propuesta que resuelva la problemática de proteger al nuevo consumidor en el comercio digital.

II. LA PROBLEMÁTICA: ACCESO A JUSTICIA PARA EL CONSUMIDOR ELECTRÓNICO TRANSFRONTERIZO

El siglo XXI se ha caracterizado por el despliegue de 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 ⁽¹⁾, 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 al avasallante curso de la economía neoliberal manifiesto a través del comercio globalizado y del comercio electrónico.

Organismos internacionales como Naciones Unidas, la OCDE ⁽²⁾, la UNCTAD ⁽³⁾, y la CNUDMI⁽⁴⁾, se han encargado de establecer las directrices de desarrollo económico

(1) Weber Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 2da. Ed. México, 1964, p. 251

(2) 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 https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/56000/Flyer_Espa_ol_090216_XX.pdf,

(3) «Informe sobre la Economía de la Información 2015», *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, UNCTAD, 2015, Suiza. Disponible en <https://goo.gl/Sx92SQ>, consulta 31 de enero 2018. Consultarse también «Informe sobre la Economía de la Información 2017», *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, UNCTAD, 2015, Suiza. Disponible en goo.gl/unz, consulta 31 de enero 2018.

(4) 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

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 que se ha «generado al número de consumidores más grande de la historia⁽⁵⁾».

Ya no se requiere viajar para ser consumidor internacional, 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, las leyes de protección al consumo habían sido diseñadas solo bajo la visión del ámbito local contractual, hasta los recientes trabajos de modernización de Ley.

Por ejemplo, si un español o un mexicano compran un artículo en un sitio web japonés, chino o estadounidense que no tenga residencia empresarial en España o México respectivamente, el consumidor se encuentra desprotegido para realizar un reclamo.

Así pues el comercio electrónico es una realidad innegable que se ve manifiesto tanto en el desarrollo de los procesos regionales como más allá de ellos, y por tanto es un hecho que cada transacción internacional en un portal web o aplicación, significa un posible conflicto entre consumidor y empresa. Ahora bien, existen tres tipos principales de transacciones electrónicas de acuerdo con Rule Colin⁽⁶⁾, y una más:

- B2B (*bussiness to bussiness*) esto es, entre un empresario y un empresario;
- B2C (*bussines to consumer*) esto es, entre un empresario y un consumidor y;
- C2C (*consumer to consumer*) esto es, entre un consumidor y otro consumidor.
- *Transacciones entre gobiernos y empresas denominado B2G (bussiness to government).*

A manera de precisar conceptos en este trabajo, debe comprenderse que una transacción electrónica transfronteriza es aquella celebrada fuera de la residencia del consumidor.

Así pues, es innegable el incremento del comercio electrónico, tal como lo demuestran las estadísticas de la UNCTAD⁽⁷⁾: la primera, respecto a la falta de protección al nuevo consumidor electrónico transfronterizo; y segundo, la necesidad de mecanismos públicos o privados que doten de certeza jurídica respecto de la resolución de conflictos de consumo. Las cuales se abordarán en los siguientes párrafos.

(5) 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.

(6) Rule Colin, *Online dispute resolution for Businesses*, *Op.cit.*, pp. 97

(7) «Informe sobre la Economía de la Información 2017», *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, UNCTAD, 2015, Suiza, p. 2., disponible en <https://goo.gl/unzUDs>, consulta 29 enero 2018.

1. Problemáticas en derecho sustantivo de protección al consumo

1.1. La primera problemática

La realidad del comercio electrónico arroja entre sus efectos un nuevo consumidor de carácter electrónico internacional al cual se está en la obligación de ofrecer los canales de acceso a justicia eficaz. Éste consumidor puede realizar compras su ordenador, tableta, dispositivo móvil y en futuro cercano desde sus aparatos electrodomésticos o «*tecnología de las cosas*», así mismo puede hacer la transacción en cualquier lugar del mundo.

1.2. La segunda problemática

Las acciones y leyes de Protección al consumidor a nivel internacional han sido insuficientes para establecer los derechos de un nuevo consumidor electrónico transfronterizo derivados de la insatisfacción de las compras, por ejemplo:

- que el bien no sea recibido o servicio no proporcionado (parcialmente proporcionado o mal proporcionado);
- retraso en la entrega de los bienes o servicios;
- defectos en el producto o servicio
- que el bien o producto no ha tenido una vida útil razonable o que no puede usarse para el propósito para el que está destinado;
- que el bien o el servicio no se distribuyó conforme con el contrato o conforme a una declaración del vendedor o un mensaje publicitario;
- negativa del comerciante para honrar una garantía.
- Derecho de cancelación o retracción

Puesto que las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (ampliadas en 1999)⁽⁸⁾ sólo preveían la cooperación de intercambio de información entre Estados en la materia, pero en ninguna parte del texto se contemplaba la problemática de la resolución de conflictos el comercio electrónico.

En el año 2015 la UNCTAD aprobó la modernización de las Directrices para la Protección al Consumidor⁽⁹⁾, en las cuales se destaca la promoción de las solución alternativa de conflictos en casos transfronterizos y acceso a justicia de forma rápida y sencilla, así como el comercio electrónico, así mismo se insta a los Estados miembros a trabajar fomentar la confianza en el comercio electrónico, así como la generación de

(8) 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, p. 1-24.

(9) «37. Los Estados Miembros deben alentar el establecimiento de mecanismos justos, efectivos, transparentes e imparciales para atender las reclamaciones de los consumidores, por medios administrativos, judiciales y alternativos de solución de controversias, incluidos los casos transfronterizos...» Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor 2015, Conferencia de Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, Nueva York y Ginebra, 2016, p. 1-35 Disponible en <https://goo.gl/LvU1vB>, Consulta 29 de enero de 2018.

cooperación internacional, intercambio de información y cooperación en especial en consumo transfronterizo.

2. Problemática de solución de conflictos

2.1. La primera problemática

Surgen varias interrogantes a partir de los conflictos de la compra-venta entre un vendedor y un comprador transfronterizos, por ejemplo:

- ¿Cuál es el derecho y jurisdicción aplicable en materia civil o de protección al consumidor?
- ¿Cuál debe ser la elección de foro para dirimir la controversia?
- ¿Cuál debe ser el idioma en el que deberá desarrollarse el proceso?

Además debe sopesarse el valor de la cuantía de controversia, el valor de las costas, el valor del desgaste humano en el consumidor para resolver el conflicto y el valor de la contratación de abogados para la defensa del caso.

Dichas complejidades jurídicas han provocado que empresas dedicadas al comercio electrónico generen foros meta jurídicos denominados teóricamente como *Online Dispute Resolution (ODR)*⁽¹⁰⁾ en inglés, o Resolución Electrónica de Disputas (RED) en español.

Poco a poco los artífices del mercado demandan al Estado la legitimación de esas figuras comúnmente utilizadas de forma privada ODR/RED con la finalidad de facilitar la agilidad del comercio actual, como lo es a través de los Debates de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil en Resolución de litigios de Consumo en línea y la reciente plataforma de Unión Europea de Resolución de Litigios de Consumo en Línea.

Desde hace años se viene promoviendo internacionalmente se legisle en favor de las soluciones alternativas de conflictos en materia de comercio; creando una justicia privada en términos de rapidez y flexibilidad; ⁽¹¹⁾ modelo diseñado para mediar y conciliar conflictos entre entidades que realizan una actividad comercial internacional.

El comercio electrónico ha seguido el mismo camino buscando 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 fue tema discutido en el Grupo III de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), empero lo interesante aquí es que, a pesar de la práctica de la solución alternativa electrónica que se puede acoger en el término justicia privada, no implica necesariamente que se imparta justicia en una relación en la que por naturaleza existe un desbalance entre proveedor y consumidor.

(10) Ethan Kash Katsh Ethan, Rabinovich-Einy Orna, *Technology and the Future of Dispute Systems Design*, Harvard Negotiation Law Review Vol. 17:151, p. 166

(11) Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional, 2002, disponible en <https://goo.gl/7BIV2O>

Por otro lado, las Agencias de Protección al Consumo de diversos países crearon un sitio web denominado *e-consumer.gov*,⁽¹²⁾ con la finalidad de generar intercambio de información y en la que el consumidor puede ingresar información acerca del conflicto al que se enfrenta con un proveedor ajeno a su localidad nacional. Lo cierto es que ninguna de las Agencias se hace responsable de un seguimiento de la queja por parte de la Agencia extranjera a la del lugar en la que reside el consumidor.

Hasta antes de 2015 los retrasos eran evidentes en materia de protección del consumidor transfronterizo o internacional ya sea efectuando compras en línea y a su vez de forma tradicional; ya que hay esfuerzos por la Directiva 2015 de protección al consumidor, empero en el mundo el consumidor electrónico que reside en un país es protegido en las compras que realiza en la jurisdicción y competencia de su localidad, pero no así en caso de realizar compras en el extranjero desde su localidad.

Si bien se puede tomar como ejemplo la Plataforma de Resolución electrónica de litigios de consumo de la Unión Europea, el ejercicio de la misma es reciente y se requieren mayor certeza de su eficacia. Es de resaltar que los datos estadísticos que presenta sirven de punto de partida para comprobar que el consumidor acude a un mecanismo digital cuando se le presenta la opción, las estadísticas muestran también que el número de conflictos locales (61.41%) es a un mayor que los transfronterizos (38.59%)⁽¹³⁾, sin embargo debe destacarse que el número de conflictos transfronterizos es considerable, lo que comprueba la existencia de los mismos.

En los últimos años la protección al consumidor lamentablemente puede llegar a ser mas contrapeso aparente que eficaz, debido a la falta de eficacia en las resoluciones especialmente por cuanto toca al tema de la ejecución de los acuerdos y su carácter o no vinculante proveniente de un proceso conciliatorio o alternativo, aunado a la brecha práctica o de derecho que pueda existir en cada país para ejecutar los acuerdos derivados de incumplimientos en los Tribunales.

Este debe ser un tema que interese a la comunidad jurídica y a la sociedad, ya que el libre mercado actúa según sus propias fuerzas y esta tendencia ha migrado al área del derecho en un pragmatismo jurídico y justicia privada con las plataformas de resolución electrónica de disputas, por lo que es un tema de interés para la justicia pública y el Estado de Derecho Social y debe sumarse aquí el concepto internacional de acuerdo a la naturaleza del mundo actual.

2.2. Conclusión

En suma, la mayoría de las leyes de consumo y las formas de resolución de conflictos nacionales actuales no responden a cubrir los escenarios que enfrentan los consumidores en caso de insatisfacción; a excepción de la Unión Europea, que recientemente aprobó

(12) Disponible en <https://www.econsumer.gov/> Consulta 29 de enero de 2018.

(13) Sitio web, Resolución de litigios en línea, Informes y estadísticas, Unión Europea, disponible en <https://goo.gl/gwaMun> Consulta: 29 de enero de 2018

la Directriz relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁽¹⁴⁾, misma que sólo tiene efectos en aquella Región.

Lo anterior se traduce en ausencia de acceso a justicia para el consumidor electrónico transfronterizo en el mundo, es decir, el consumidor encuentra obstáculos económicos, organizacionales y procedimentales⁽¹⁵⁾, así como institucionales⁽¹⁶⁾ para dirimir un conflicto.

Puesto que el camino para resolver los conflictos es institucionalmente tortuoso ya que es lógico que las instancias de Protección al Consumidor Locales no tienen competencia ni jurisdicción para resolver conflictos en un país ajeno al de la residencia del consumidor, y tampoco pueden asegurarse de la eficacia de un procedimiento en otro país, por lo que el consumidor corre con el gasto y riesgo de solucionar el conflicto, el cual por lo general deja perder o seguir por lo que significa el obstáculo procedimental internacional.

De forma tal que la protección al consumidor queda a la deriva y la resolución del conflicto depende de la voluntad de la empresa y de las políticas de los métodos de pago (entre ellas las tarjetas de crédito y débito), pero este último es otro tema,

Algunas empresas cuya base de crecimiento es el comercio electrónico que se han logrado expandir a través del comercio transfronterizo, como *eBay* o *Amazon*, desarrollaron sus propios sistemas de autorregulación de solución de conflictos, dicho sistema junto con su sistema de devolución han hecho que el consumidor se sienta confiando en realizar compras a través de estos sitios y realice repetidamente la experiencia de compra.

Sin embargo, los consumidores enfrentarán nuevas realidades producidas a partir de los nuevos escenarios comerciales que actualmente se negocia en tratados multilaterales de liberación económica; como por ejemplo el Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (TISA por sus siglas en Inglés), negociado actualmente por 23 miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC); en donde se pretende liberar el comercio electrónico en los servicios en todo el mundo⁽¹⁷⁾. Y a dicho escenario debe agregarse al dominio que poseen los gigantes asiáticos en el comercio electrónico.

(14) 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>

(15) Dos de los elementos que Capelletti clasifica como obstáculos al Acceso a Justicia (obstáculos económicos, organizacionales y procesales). Cappelletti, Mauro, *Alternative Dispute Resolution Process within the framework of the World Wide Access to Justice*, *The Modern Law Review*, Vol. 56, No.3, Dispute Resolution, Civil Justice and its Alternatives, May, 1993, pp. 283. Se puede consultar también Cappelletti, Mauro, *Protección de los derechos difusos*, disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/592/14.pdf>, Consulta 29 de enero de 2018.

(16) Se adhiere el término institucionales ya que el obstáculo organizacional denominado por Capelletti se refiere a la defensa de los derechos colectivos

(17) «El Acuerdo sobre Comercio de Servicios (TISA, por sus siglas en inglés) es una iniciativa plurilateral para mejorar y expandir el comercio de servicios. Las negociaciones cubrirán, entre otros, los siguientes sectores: servicios financieros; servicios TIC (incluyendo telecomunicaciones y comercio electrónico); transporte marítimo; transporte aéreo; servicios de entrega competitivos; energía; servicios profesionales; entrada temporal de personas de negocios; y compras del sector público. Disponible en http://www.sice.oas.org/TPD/TISA/TISA_s.ASP, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/index_es.htm, Consulta 29 de enero de 2018.

Ello significará una realidad más interconectada con aun mayores posibilidades de conflictos para los consumidores en las transacciones transfronterizas a nivel mundial y más incertidumbre en protección al consumo, solución de disputas y acceso a justicia.

De ahí, la necesidad global de dotar de estándares internacionales de protección al consumidor electrónico transfronterizo y certeza de resolución electrónica de disputas, idealmente en instituciones públicas. Ello debiera reflejarse en una Norma Internacional de Derecho Social. Y para ello se requiere de las acciones voluntarias de los gobiernos y empresas para generar un comercio electrónico de visión justa.

En el presente trabajo se comprobará la necesidad de un Estado de Derecho Social Internacional en Materia de Protección al Consumidor electrónico transfronterizo, ya que las legislaciones actuales no alcanzan a cubrir los nuevos escenarios y problemáticas legales que arrojan las nuevas realidades del comercio electrónico transfronterizo.

III. NECESIDAD DE UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONSUMO TRANSFRONTERIZO

En los siguientes párrafos se expondrá la construcción del concepto Estado de Derecho Social Internacional como premisa para desarrollar una propuesta sobre la visión para modernizar y construir un sistema de protección al consumidor internacional y resolución de conflictos a la altura de la nueva realidad comercial digital B2C.

1. Estado Social de Derecho Internacional

El concepto Estado de Derecho de Internacional (EDI) aun en debate por los especialistas, se considera que inicia en la Posguerra tras la necesidad de los Estados de poner orden a sus relaciones internacionales ⁽¹⁸⁾. Se alude a un EDI cuando existe un sistema de normas prospectivo, abierto y claro que intenta controlar el ejercicio del poder estatal, como las conductas de los demás sujetos de derecho internacional y además dichas reglas deben ser aplicadas por Tribunales existentes ⁽¹⁹⁾.

Por otro lado, los especialistas consideran que el Estado de Derecho Social (EDS) es una evolución del Estado de Derecho cuyo objetivo es crear una tendencia de justicia

(18) Para establecer un orden internacional se acudió a la idea de Kant de República Federal de los Estados confederados con la que se crean las Naciones Unidas; sin embargo, de nuevo estas Naciones Unidas obedecen a factores reales de poder económicos, basta con leer los informes y recomendaciones a los países hechos por la UNTAD, así como las leyes de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil; todas ellas en su conjunto perpetúan el modelo económico liberal, el libre mercado, la solución alternativa y privada de conflictos, la justicia privada, el comercio electrónico, la penetración del internet, y también la gobernanza del internet. Se puede consultar Kant, *Paz Perpetua*, 1976 en Bobbio Norbeto, op.cit. 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, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie doctrina Jurídica, Núm. 65, p. 40.

(19) Ruiz Valerio, José, El Estado de Derecho Internacional una aproximación cartográfica a su definición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie doctrina Jurídica, Núm. 65, p. 52.

social; y por tanto, el Derecho de consumo se puede pensar como una consecuencia de ese Estado de Derecho Social.

El EDS en una primera instancia se puede reconocer de manifiesto en el derecho interno de los países alrededor de los años 70's ⁽²⁰⁾. Más tarde se lograría una regulación de carácter internacional cuando Naciones Unidas publica la Directriz de Protección de consumo de 1999. Para entonces se puede decir que se contaba con una directriz internacional pero no un orden legal para todos los países.

Por lo que ante un mundo comercialmente globalizado, interconectado y de economía digital en que aumenta el comercio electrónico entre empresas, y entre empresas y consumidores, es necesaria la existencia un Estado de Derecho Social Internacional eficaz (EDSI) que proteja a los consumidores del desequilibrio de poder, el incumplimiento de contratos, y la ejecución de acuerdos derivados del incumplimiento.

Como señala Valeiro «todo Estado de Derecho supone un orden legal, pero no todo orden legal implica un Estado de derecho ⁽²¹⁾» es decir, habrá que analizar la aplicación y eficacia de ese orden legal. Entonces, habrá que reflexionar si a pesar de la existencia de esta Directriz de Consumo de 2015: ¿Existe un Estado de Derecho Internacional en materia de consumo y es eficaz?; ¿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, primero, comprender al Estado de Derecho en términos de generar, reforzar y garantizar estándares comunes de derechos al nuevo consumidor electrónico transfronterizo; y segundo, en términos de la aplicación y eficacia de los procesos de resolución de conflictos de consumo electrónicos transfronterizos. De los cuales a continuación se proporciona una breve base epistemológica.

2. Protección al consumo

La Protección al consumidor, pertenece a una nueva generación de derechos difusos que pretendían proteger el derecho de la colectividad ⁽²²⁾, y estos derechos «forman

(20) «Las Directrices de Naciones Unidas, vienen a dar a los derechos del consumidor un carácter universal» Ovalle Favela, José, *Derechos del consumidor*, México, UNAM-IIIJ-CDDHCU, 2000, p. 7, 15

(21) «...no todo Estado es Estado de derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad Kant, *Paz Perpetua*, 1976 en Bobbio Norberto, op.cit. 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*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie doctrina Jurídica, Num. 65, p. 40., no autoriza a hablar sin más de Estado de derecho. Designar como tal a todo Estado por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva –a veces intencionadamente– al confusiónismo» «la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de derecho» Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1966-1998, p. 29.

(22) «... 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.

parte del conjunto de derechos económicos y sociales, específicamente del derecho al desarrollo ⁽²³⁾».

Este derecho de consumo se infiere es parte de lo que teóricamente se conoce como Estado de Derecho Social nacido de la pluma de Herman Heller ⁽²⁴⁾, que teóricamente busca proveer de un marco mínimo de justicia social en las relaciones económicas empresa-consumidor en un sistema económico.

Por lo tanto, el consumidor internacional queda en un estado de indefensión frente a la empresa extranjera que realiza actos de comercio en el ciberespacio, pero que no tiene residencia en su país ¿Debería ser esta una función del Estado de Derecho Internacional ⁽²⁵⁾? Desde esta perspectiva, debe ser una función del Estado de Derecho Social Internacional, por cuanto se comprende como contrapeso al modelo económico preponderante en el mundo.

El cual está obligado a dotar de un marco de justicia social trasfronteriza a la mayor cantidad de consumidores en la historia de la humanidad, siendo éstos electrónicos o no electrónicos. No cabe duda que los consumidores electrónicos aumentarán con el paso de los años en las sociedades de primer mundo y en las sociedades de países en vías de desarrollo ⁽²⁶⁾.

Para llegar a conclusiones claras que respondan los cuestionamientos de los párrafos anteriores, es necesario responder primero, si la visión internacional está respondiendo a las nuevas realidades económicas y tecnológicas de comercio que afectan a los individuos independientemente de su nacionalidad, para tal efecto, se partirá de un análisis de las acciones hasta ahora realizadas por gobiernos y empresas, en el apartado IV de presente artículo. Pero antes se continuará con la explicación epistemológica de la Solución de conflictos en línea.

3. Solución de Conflictos en Línea (ODR)

Para efectos de sencillez lingüística se puntualizará el acrónimo ODR para referirse al termino en inglés *Online Dispute Resolutio* ⁽²⁷⁾. Para Daniel Rayne, los ODR se han

(23) Witker Jorge, Varela Angélica, *Derecho de la competencia económica en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 157, p. 253

(24) Meil Landwerlin Gerardo, «El estado social de derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas», *Revista de Estudios Políticos, op.cit.*, p. 211-224

(25) «Estudiosos internacionalistas han planteado la pregunta sobre que significa ¿el Estado de derecho internacional? Indican que Estado de derecho' tiene dos sentidos: i) jurídico-formal, y ii) político- histórico. Estos elementos fundamentales y de contenido, el Estado de derecho puede cumplir con sus dos objetivos primordiales, que son en causar la vida social sobre bases de seguridad jurídica y garantizar la naturaleza individual y personalista de la organización estatal». Arrocha Halobuenaga, Pablo, «Consideraciones sobre el estado de Derecho en el Plano Internacional», *Anuario Mexicano de Derecho, Internacional*, vol. X, 2010, p. 176

(26) 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.

(27) Ethan Kash Katsh Ethan, Rabinovich-Einy Orna, *Technology and the Future of Dispute Systems Design, op. cit.* p. 166

desarrollado sin una base teórica, dice «asumimos ello puesto que es una problemática pragmática en el mundo de la tecnología de la información y el mundo del comercio electrónico, los cuales responden a realidades fácticas y soluciones pragmáticas. Lo cual implica un campo fértil para crear caminos creativos y construir una teoría propia⁽²⁸⁾».

Para Rayne, se puede iniciar con la premisa de que en todas las formas de resolución de conflictos, se tratan de ejercicios para manejar la comunicación entre las partes que interactúan durante el conflicto y el proceso de resolución del conflicto⁽²⁹⁾.

Por lo cual, la teoría de resolución de conflictos tradicional sirve de base para llevar un mundo fuera del Internet a un mundo al Internet o en línea. Un número creciente de propuestas creativas y tecnológicas surgen con base en la resolución de conflictos; por ejemplo el aumento de uso de dispositivos electrónicos como celulares, tabletas electrónicas, las cuales incrementan las posibilidades de acceso al comercio electrónico móvil⁽³⁰⁾.

De acuerdo a Ethan Kash, los ODR no sólo «son la generación de nuevas herramientas de comunicación, sino que también invita a presentar nuevos cuestionamientos que nunca se habían hecho antes⁽³¹⁾».

Por ejemplo, la prueba-error y medición de la eficacia y comodidad en el uso de las comunicaciones sincrónicas (al mismo tiempo) y asincrónicas (en tiempo diferente), mediante correo electrónico o en plataformas de tiempo real, como *Whats App*, *Face Time*, *Chats en línea* u otras similares.

El desarrollo para plataformas y aplicaciones móviles tanto para motivar el comercio electrónico como para solucionar conflictos; aunado a lo anterior la prueba-error, cuestionamiento y comprobación de la eficacia sobre la intervención humana en la facilitación de conflictos.

Inclusive el reto de desarrollar sistemas que no requieran la intervención de un tercero humano para facilitar el conflicto, y por tanto se logre solucionar sólo a través del sistema automatizado. También se puede mencionar el reto que ha implicado habilitar el pago de las tarjetas de crédito y débito, así como las políticas subjetivas de las empresas ante la cancelación de compras y devoluciones, las políticas y procesos de los bancos por cancelaciones de pagos. Y a su vez, el reto lingüístico al que se enfrenta el comercio transfronterizo.

La finalidad de los métodos de ODR radica en facilitar el manejo de conflictos sin necesidad de la presencia física en una sala, ello de manera rápida, flexible y a bajo costo; evitando el paso largo y costo en tribunales; así como el pago de honorarios excesivos de abogados que se presentan en países como Estados Unidos,

(28) *Idem*.

(29) *Ibidem*, p. 26

(30) *Idem*

(31) «ODR...is not only a change agent that provides new tools that might substitute for or enhance traditional processes; it also generates questions that might not have been asked before» Katsh Ethan, Rabinovich-Einy Orna, *Technology and the Future of Dispute Systems Design*, Harvard Negotiation Law Review Vol. 17:151, p. 166

que hasta ahora podría considerarse un demanda del mercado para desarrollarse a sí mismo y para ello ha elaborado pragmáticamente a un nuevo tipo de justicia privada electrónica.

En la actualidad se han creado plataformas ODR dirigidas a facilitar conflictos en diversas materias: protección al consumidor, comerciales, laborales, familiares, etc.,⁽³²⁾ en términos de justicia pública y privada.

Es pertinente señalar un concepto genérico de los ODR de acuerdo a Vilalta, los señala como «a aplicación de las tecnologías de la información y comunicación a un proceso alternativo de solución de conflictos, cuyo objetivo consiste en ayudar a facilitar las comunicaciones del proceso y producir la solución de un conflicto satisfactoria para ambas partes»⁽³³⁾.

Se puede concluir que la resolución electrónica de disputas en el comercio electrónico transfronterizo, debe comprenderse como el método alternativo de solución de conflictos implementado por vía electrónica para resolver problemas de consumo (compra venta en internet) de bienes o servicios en transacciones internacionales de comercio electrónico.

A partir del marco conceptual proveído en estos párrafos se presentaron cuestionamientos fundamentales en contraposición con la praxis, por lo cual, en el siguiente apartado corresponde desplegar un análisis sobre las acciones internacionales para comprender si las acciones y visiones internacionales están respondiendo a las nuevas realidades económicas y tecnológicas de comercio que afectan a los consumidores independientemente de su nacionalidad.

IV. ACCIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LÍNEA

Continuando con la metodológica explicada, primero se expondrán las acciones internacionales en materia de protección al consumidor y enseguida la exposición de solución de conflictos en línea.

1. Protección al consumidor

1.1. Revisión de las directrices de Naciones Unidas para la protección al consumo

En 2015, año en el que se comenzó a escribir este artículo, Naciones Unidas dejó ver su intención de una revisión de las Directrices de Protección al Consumidor y ha reconoció a la Protección al Derecho Consumo como un punto fundamental en las nue-

(32) Vilalta, Aura Esther, «*Online dispute resolution for consumers redress*» Conferencia, Argentina, 2 de junio de 2010.

(33) *Idem*.

vas relaciones económicas comerciales a través del punto 12 «Producción y consumo responsable» de los Objetivos de Desarrollo sostenible en la Agenda 2030⁽³⁴⁾.

Sin embargo, en dicha Agenda 2030, no se incluía cuestiones de producción y consumo, ni de protección al consumidor ante el incumplimiento de transacciones, ni de impulso a un consumidor informado, no se preveía 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. Solo marcaba que debía entenderse por producción responsable desde un punto de vista ecológico económico. El discurso considero cayó en retórica cuando se refiere tales acciones en un Congreso Mundial de *Consumers International (CI)* realizado en 2015⁽³⁵⁾.

1.2. UNCTAD y un primer grupo de expertos

LA UNCTAD ha creado un Grupo de Expertos en Derecho y Política de Protección de los Consumidores, cuya primera reunión tuvo lugar el Lunes 17 y Martes 18 de octubre de 2016, y la 7.ª Reunión de la Plataforma de Asociación de Investigación de la UNCTAD, que se llevó a cabo el miércoles 19 octubre 2016⁽³⁶⁾.

Después de estas primeras reuniones, la Reunión de Naciones Unidas, logró establecer una agenda de trabajo 2016-2020 y recoger algunos temas de mayor preocupaciones como lo es «la economía colaborativa, la cooperación internacional, las competencias de las autoridades de protección del consumidor, las buenas prácticas (horizontales), los pagos electrónicos, los servicios financieros y la seguridad de los productos (concretamente los productos alimentarios y farmacéuticos), junto con la solución alternativa de controversias y el turismo⁽³⁷⁾».

(34) «El consumo y la producción sostenibles consisten en fomentar el uso eficiente de los recursos y la eficiencia energética, infraestructuras sostenibles y facilitar el acceso a los servicios básicos, empleos ecológicos y decentes, y una mejor calidad de vida para todos. Su aplicación ayuda a lograr los planes generales de desarrollo, reducir los futuros costos económicos, ambientales y sociales, aumentar la competitividad económica y reducir la pobreza». Objetivos de Desarrollo Sostenible, Naciones Unidas, disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/> Consulta 29 de enero de 2018.

(35) Palabras pronunciadas por el Secretario general de UNCTAD que caen retórica al comprenderse en el marco de las acciones de la Agenda 2030. «Empowered consumers must continue to be on the leading edge of change as we implement Agenda 2030. As consumer rights groups and consumer protection agencies you are important partners. I count on you to help improve consumer knowledge, advocate for consumer-friendly policies and promote sustainable consumption». *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

(36) Primera Reunión Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de protección del consumidor, disponible en <https://goo.gl/487JFn>, Consulta 31 de enero de 2018

(37) Junta de Comercio y Desarrollo Comisión de Comercio y Desarrollo Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor, Primer periodo de sesiones Ginebra, 17 y 18 de octubre de 2016 http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/cicplpd4_es.pdf

1.3. Congreso Mundial de Protección al Consumo 2015

En noviembre de 2015 en Brasil, se realizó el Congreso Mundial de *Consumers International (CI)* ⁽³⁸⁾, en ella se reunieron miembros representantes de diversos países, de Naciones Unidas y de la UNCTAD; los oradores principales, es decir, tanto la presidenta de CI como los representantes de los organismos internacionales expresan su compromiso por empoderar a los consumidores en la clara realidad transformada ⁽³⁹⁾.

Cabe resaltar que CI, alcanza a mantener una visión más amplia sobre los efectos en el comercio y por tanto en la afecta a los consumidores; falta un puntualizar con claridad la preocupación por el consumidor internacional que menciono a lo largo del presente trabajo.

A pesar de los discursos de los representantes de los Organismos Internaciones, éstos corren el peligro de caer en retórica ya que las acciones a las que dicen encaminadas, no responden a una de las necesidades principales y futuras respecto de la protección al consumidor internacional: estos es, dotar de información y claridad al consumidor y dotarle de formas protección de consumo internacional, así como solución de conflictos que resuelvan el tema de competencia y jurisdicción internacionales en casos compras internacionales de forma pública y no sólo como vía privada.

Ya que el nuevo consumidor nacional que realiza actos de consumo internacionales, esto es compras en portales web extranjeros y requiere contar con un sistema de solución de conflictos internacional en términos públicos y privados.

Previo a los Congresos 2016 y 2017 respectivamente y con la finalidad de desarrollar la presente investigación académica se puso en contacto con los organizadores para realizar una entrevista y lamentablemente no se obtuvo respuesta.

2. Resolución de conflictos en materia de consumo transfronterizo

Agentes privados interesados en la promoción de la Resolución electrónica disputas 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)⁽⁴⁰⁾. A continuación se presentarán los principales resultados de dichos debates.

(38) Consumers International (CI) es una federación mundial de organizaciones de consumidores que trabaja en conjunto con sus asociados, más de 250 organizaciones miembros en 120 países, y actúa como la única voz global autorizada e independiente de los consumidores. Sitio web, disponible en: <http://es.consumersinternational.org/>

(39) Long, Amanda, Discurso de apertura de la Directora General de Consumers International: Amanda Long, Congreso Mundial de Consumers International, Brasilia (18-21 noviembre 2015), p. 1-11

(40) Organizaciones no gubernamentales y miembros del Parlamento Europeo ha firmado la propuesta para establecer el Grupo de Trabajo III de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Del Ducca 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.

2.1. Debates en la OEA y CNUDMI en Solución de Conflictos en Línea (ODR)

Las discusiones internacionales primero en la Organización de Estados Americanos⁽⁴¹⁾ y después en la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), se enfocaron en dos corrientes; el primero, la estadounidense de corte liberal que busca crear un sistema central *Online Dispute Resolution* posición que sustentó en ambos foros; y la segunda corriente fue la proteccionista detentada por Brasil y Argentina⁽⁴²⁾ 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 propuestas de Estados Unidos y Brasil&Argentina; en los debates de la CNUDMI en vez de erigirse una Ley modelo como inicialmente se pretendía⁽⁴³⁾, las visiones encontradas entre Estados Unidos y la Unión Europea lograron cristalizarse en sólo recomendaciones para la actuación de las plataformas de resolución electrónica de disputas.

Pero el tema debatido en los foros internacionales sirvió para que la Unión Europea determinara legislar en su Región al respecto de la materia, dotando al mundo de un primer de una plataforma central de redirección de conflictos y dos ejercicios legislativos. A continuación se describirá brevemente los debates y resultados internacionales.

A. Visión estadounidense y debate en la OEA, contrapropuestas brasileña&argentina y canadiense

El movimiento iniciado en Estados Unidos vio manifiesto sus esfuerzos de cabildeo en la Séptima Conferencia de Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII) de la Organización de Estados Americanos en donde se recibieron tres propuestas elaboradas independientemente por las delegaciones de Canadá, Estados Unidos y Brasil.

Estados Unidos sugería crear un sistema central *Online Dispute Resolution*, con el propósito de dirimir conflictos de baja cuantía en transacciones transfronterizas, facilitando el proceso al consumidor y al proveedor sobre la elección de un foro sobre el derecho aplicable a la controversia.

Propuso además la existencia de administradores centrales de solución de conflictos en materia de comercio electrónico, así como la participación de autoridades de Protección al consumidor nacionales facultados para garantizar la restitución monetaria,

(41) *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/ruDlrx>, Consultar *Anexo C. Borrador 2/12/2010*. Propuesta Estados Unidos, 2010 [http](http://)

(42) 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

(43) Sesiones disponibles en http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html, Consulta, 31 de enero 2018.

cooperar con las contrapartes ubicadas en otros países cuando se tratara de disputas internacionales, y para poder dar cumplimiento a sentencias extranjeras⁽⁴⁴⁾.

Dicha iniciativa recibió dos contrapropuestas, la brasileña y la canadiense, su oposición principal radicaba en que a través de dicho sistema existía la posibilidad inferida no expresa de que la empresa demandara al consumidor.

La contrapropuesta brasileña contemplaba la actuación de tribunales a elección de las partes para dirimir conflictos de aquella naturaleza, en las que preponderará para su elección la de derecho más favorable al consumidor⁽⁴⁵⁾. Por otro lado, la contrapropuesta canadiense se basó en proponer una Ley Modelo sobre Jurisdicción y Ley Aplicable para las Contratos con el Consumidor del 15 de julio de 2008, intentaba «establecer las bases mediante las cuales un tribunal puede reconocer una transacción internacional de consumo y proporciona normas relacionadas a la ley aplicable⁽⁴⁶⁾»

Pero apesar de las propuestas y discusiones el tema quedó varado en la OEA, dejándose a futuros estudios, aquello en palabras diplomáticas.

B. Contribución de la visión de la Unión Europea

Por su parte la Unión Europea (UE) ha hecho un esfuerzo legislativo al respecto de la materia, ello debido a la demanda de la naturaleza transfronteriza del comercio en la Integración económica de la Unión. En 2013, la UE publicó dos nuevos actos legislativos relativos a las modalidades alternativas de resolución de litigios:

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, de esta manera los países de la UE tuvieron que dotarse de infraestructuras para la resolución alternativa de litigios antes de enero de 2016, esto es, servidores y plataformas de resolución electrónica de disputas en materia de consumo que implican un nuevo tipo de justicia privada en materia de consumo.

Bajo este planteamiento, los Estados deben resguardar que los servidores y plataformas cumplan con lo que denominan «estándares de protección al consumidor», esto es, que resguarden los datos personales de los usuarios, que la información sea

(44) Se puede consultar un estudio detallado de los trabajos de grupo en, Arley Orduña, Amada Maria, «Análisis tridimensional de la resolución electrónicas de disputas para el comercio electrónico en México (Online Dispute Resolution)», *Revue Droit International, Commerce, Innovations & Développement*, Année 1 – Numéro 1 – Avril 2012.-, 2012, pp. 52-115

(45) Propuestas de los estados miembros para la séptima conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado, (CIDIP-VII) tema i: protección del consumidor Consejo Permanente de la OEA, Organización de los Estados Americanos Cp/Cajp-2652/08 Add. 4 Corr. 1, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, 19 Marzo 2010, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII_doc_trabajo_gt_proteccion_consumidor_version_simplificada_brasil.pdf, Consulta 31 de enero 2018

(46) 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, p. 4.

transparente, que los procesos sean fáciles y de fácil acceso, gratuito, que no se prive el derecho de las partes de asesoramiento independiente, que el plazo de resolución del conflicto sea de 90 días, que el proceso sea equitativo, esto es, que ambas partes pueden tener asesoramiento independiente pero que no están obligadas a ello y a su vez resguarde el derecho de las partes a acudir a tribunales jurisdiccionales ⁽⁴⁷⁾.

En cuanto a los conflictos transfronterizos los Estados miembros velarán por que «los consumidores puedan obtener asistencia para acceder a la entidad de resolución alternativa que opere en otro Estado miembro que sea competente para intervenir en su litigio transfronterizo⁽⁴⁸⁾» así los «los Estados miembros conferirán la responsabilidad de la tarea mencionada a centros de la Red de Centros Europeos del Consumidor, a las organizaciones de consumidores o a cualquier otro organismo ⁽⁴⁹⁾».

Además «los Estados miembros garantizarán la cooperación entre las entidades de resolución alternativa y las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de actos jurídicos de la Unión en materia de protección de los consumidores ⁽⁵⁰⁾».

El segundo acto legislativo de la UE fue el Reglamento (UE) no 524/2013 sobre resolución de litigios en línea, con arreglo al cual se creó en 2016 la plataforma en línea a escala de la UE para litigios derivados de transacciones en línea. La plataforma ha sido diseñada como un portal para redirigir las quejas de los consumidores a sus autoridades locales, funciona en las lenguas oficiales de la UE y para su aplicación se requiere que el país haya acogido las leyes de comunidad en el derecho interno, de lo contrario las quejas no son procedentes, como lo es en el caso de España ⁽⁵¹⁾.

Sin embargo, en ninguna de estas disposiciones se establece el efecto vinculante o ejecutoriedad del acuerdo o dictamen de conciliación, dado que en los postulados teóricos de las figuras de resolución alternativa de conflictos es opuesto, dichas figuras no son coercitivas.

Por otro lado, en términos de equidad resulta atractivo el derecho de las partes de contar con un asesor legal independiente, 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 medio económicos para ello; entonces el Estado dejaría de lado su función de contrapeso como Estado de Derecho nacional en aras de velar por el establecimiento de una justicia privada dejada a manos de empresarios.

(47) 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, *op.cit.*

(48) Artículo 14., *Idem.*

(49) *Idem*

(50) Artículo 17., *Idem.*

(51) Reglamento (UE) No. 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-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l33251>

C. Resultado final de la CNUDMI (2016): notas técnicas sobre Solución de Controversias en Línea

Finalmente después de los debates iniciados en 2010 y concluidos en 2016 por el Grupo de Trabajo III sobre *Online Dispute Resolution* de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, los Estados miembros aprobaron en su 49.º período de sesiones, la publicación de las Notas técnicas sobre la solución de controversias en línea, el cual fue definido como un instrumento descriptivo no vinculante en el que se recogen los elementos del sistema de solución de controversias en línea ⁽⁵²⁾.

El cual se espera sirva de guía para que los países, agentes públicos o agentes privados que deseen implementar plataformas de solución de conflictos en línea, especialmente en conflictos transfronterizos.

En las Notas se establecen principios tales como: equidad, transparencia, respeto a las garantías sociales y rendición de cuentas; a su vez sugiere que las ODR deberían ser una vía sencilla, rápida y eficiente para el «mudo real ⁽⁵³⁾». También prevén que el sistema ODR puede aplicarse a conflictos B2C y B2B derivados de la compra venta de bienes y servicios, además orienta sobre los conceptos procedimentales desde la apertura del proceso, arreglo facilitado, negociación y la etapa final, así como del nombramiento, funciones y facultades del tercero neutral. Sugiere que el proceso ODR debe guiarse por las mismas garantías procesales que se aplican en un contexto fuera de línea ⁽⁵⁴⁾.

Si bien las notas técnicas marcan una base para la constitución de plataformas ODR para la resolución de conflictos transfronterizos, el punto sin resolver y más delicado es el de la ejecución ante un incumplimiento del acuerdo logrado mediante este proceso.

2.2. *Directriz de Protección de Consumo 2015 de la UNCTAD*

La reciente Directriz de la UNCTAD 2015 contribuye a generalizar al consumidor como «una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos, si bien se reconoce que los Estados Miembros podrán adoptar diferentes definiciones para abordar necesidades internas específicas ⁽⁵⁵⁾».

La justicia privada en materia comercial no es una agresión directa contra el gobernador, sin embargo ambas partes a pesar de la relación privada de derecho es necesario se resguarde su derecho de acudir a los tribunales del Estado; y el Estado debe obligar-

(52) Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea, Naciones Unidas: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Mayo de 2017. Disponible en <https://goo.gl/vQQdRv>, Consulta 29, enero, 2018

(53) Idem., p. 2

(54) Idem., p. 4-26

(55) Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor 2015, Conferencia de Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, Nueva York y Ginebra, 2016, p. 1-35 Disponible en <https://goo.gl/LvU1vB>, Consulta 29 de enero de 2018.

se a prever y garantizar las formas de acceso a justicia profesionalizada en consumo, respaldado por un derecho sustantivo especial que sirva de marco para la protección de los derechos de consumo.

La problemática de derecho para dirimir controversias en una transacción internacional surge cuando se da el incumpliendo 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, ni la garantía, o se viole algún derecho sustantivo del consumidor.

El cuestionamiento aquí es si son suficientes en un caso concreto los mínimos estándares que establece el nuevo instrumento internacional como las Directrices de 2015 y sus principios generales, ya que reserva a los Estados miembros las particularidades de los derechos específicos de acuerdo a su sociedad. Es decir, estas nueva directriz es un esfuerzo para estandarizar principios generales de derecho de consumo pero no garantiza la eficacia de la solución de conflictos transfronterizos; sin embargo puede servir de punto de partida para crear una herramienta eficaz de solución de conflictos quizá inspirada en la Plataforma de la Unión Europea de Resolución de Litigios de Consumo, pero lo importante radica en asegurar el cumplimiento y ejecución de los acuerdos, que de acuerdo a la opinión de este autor la llave se encuentra en un proceso bajo la observación de la justicia pública.

3. Conclusión

En suma, ¿Existe un Estado de Derecho Internacional en materia de consumo y es eficaz?, ¿Hay una tendencia hacia un Estado de Derecho Social Internacional por cuanto hace la materia consumo y es eficaz?, se puede concluir que:

Primero, actualmente (2018) ya se cuenta con una directriz internacional en materia de protección de consumo más moderna, empero no significa que sea eficaz en la aplicación local; ya que ello depende del paradigma cultural de cada autoridad, gobierno y personas que administran estas materias en los diversos países, así como el paradigma de los consumidores locales (bien este podría ser tema de otra investigación).

Segundo, los recientes avances en las Directrices internacionales significan un marco para dibujar un Estado de Derecho Social Internacional en materia de consumo entendiendo este como un sistema de normas prospectivo, abierto y claro. Pero su calidad de directriz y no instrumento vinculante resta fuerza sobre la intención que debiera perseguir para servir como contrapeso al sistema económico neoliberal y las conductas abusivas de empresas multinacionales y la vez instar de políticas públicas transparentes a los sistemas de protección al consumidor del poder estatal.

Tercero, la eficacia de la Directriz se ve socavada ya que dichas reglas en conflictos de comercio electrónico transfronterizo presentan obstáculos económicas y organizacionales de acceso a justicia para ser exigidas ante Tribunales existentes.

Cuarto, la modernización de las Directrices 2015 ayudan a promover la estandarización pero no garantiza la eficacia; por lo tanto se requiere una herramienta eficaz, practica, sencilla y de fácil acceso a justicia para el consumidor internacional, especialmente en con conflictos transfronterizos con el bloque asiático.

Quinto, a pesar de la existencia de esfuerzos por dar certidumbre y protección al consumidor dentro de las transacciones electrónicas a nivel internacional aún falta la recepción de derecho interno y trabajar en la eficacia real de resolución de litigios en línea en materia de consumo transfronterizo en todo el mundo.

Por ejemplo, un sistema o regulación en el continente americano que dote de certidumbre jurídica al consumidor electrónico transfronterizo en las operaciones B2C, quienes en su mayoría realizan consumo hacia el bloque asiático. Así mismo, una preocupación latente en todo el mundo es la derivada de las transacciones de comercio electrónico B2C del gigante asiático, el rey de las ventas transfronterizas⁽⁵⁶⁾, por ello el consumidor internacional requiere certidumbre y una solución de conflictos eficaz.

De ahí que sea necesario modernizar un sistema internacional de Protección al Consumidor y dotar de un marco jurídico a través del cual las compañías se obliguen a acudir a sistemas de solución de conflictos, ya sean públicos o privados.

Sexto, se insiste dadas las condiciones actuales que debe optarse por crear un sistema fortalecido de protección al consumidor de principios generales pero también de un sistema de solución de conflictos internacional. Y la experiencia europea sirve de ejemplo primerizo en esta dirección.

V. PROPUESTA: SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO

El reto que se lanza en este artículo es crear un Sistema Internacional de Protección al Consumidor Transfronterizo que sirva de contrapeso a las ambiciones desmedidas de la economía digital. 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.

Este EDSCI debe plantear el derecho sustantivo y procedimental que permita acceso a justicia en materia de consumo, la cual de forma ideal debería ser pública y no privada. Esto representa un reto para las Políticas de Estado de comercio electrónico en conjunto con la aplicación armónica de funciones sociales de un Estado de Derecho cuyo objetivo debe ser proteger al consumidor como grupo colectivo de un derecho difuso.

Uno de los retos de los Estados consiste en incentivar el comercio electrónico en medianas empresas que no cuentan con disposiciones claras para dicha actividad. Ya que cuando el consumidor tiene una mala experiencia ya sea por la falta de protección de datos personales, inseguridad en la transacción o por no tener forma de resolver el conflicto una vez realizada la compra; prefiere perder el dinero a generar más gastos en dinero y tiempo en tribunales. Ya que descubrirá problemas de competencia y jurisdicción en cuanto a la solución de conflictos en transacciones transfronterizas, aunado

(56) «Informe sobre la Economía de la Información 2015», *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, UNCTAD, 2015, Suiza, p. 2.

a deber afrontar el pago de honorarios de abogados e inclusive que un abogado acepte llevar el caso.

De esa manera, a pesar del desconocimiento jurídico, la valoración del consumidor es simple y natural, no se desgastará en un conflicto en el que no tiene acceso a justicia fácil y eficaz. Por lo cual la falta de acceso a justicia en términos resolución de un conflicto a través de vías accesibles, gratuitas e institucionales que doten de certeza jurídica se traduce en una afectación en el desarrollo del comercio electrónico.

Esto debe ser una consideración seria, puesto que una buena experiencia de pago y de resolución de disputas se traduce en buena reputación para la empresa y por tanto en el aumento en las ganancias a través de comercio electrónico. Es decir, ser justos con el consumidor atrae más consumidores, más vendedores y más transacciones transfronterizas.

Entonces es necesario desarrollar un Estado de Derecho Social Internacional en la Materia de Protección al Consumo que sirva de contrapeso social y defensa de los derechos difusos de un nuevo consumidor internacional, y con la clara intención, objetivo y herramientas para que su aplicación sea eficaz, de manera tal que no quede en un mero papel sin efecto ni beneficio en la esfera jurídica del consumidor.

¿Cómo podría ser este diseño internacional? Aquí se lanzan algunas ideas, ¿Cabría la posibilidad de idear una Agencia de Protección al Consumidor Internacional? En los próximos párrafos se presentarán algunas consideraciones y propuestas concretas sobre derecho sustantivo y procedimental.

1. Consideración en cuanto a derecho sustantivo en materia de protección al consumidor

De las consideraciones anteriores se desprende mi aseveración sobre que es necesario crear un Estado de Derecho Social Internacional en materia de protección al consumidor eficaz, que se encuentre a la altura del nuevo comercio y las nuevas multinacionales que no requieren presencia física en las naciones para realizar contrataciones electrónicas y vender productos, tal como Airbnb, Uber, y muchas más que habrán de surgir.

Además de considerar temas como el hecho de que empresas como Google lucran con la información de sus usuarios, puesto que venden las preferencias de las búsquedas de los usuarios a proveedores de bienes o servicios quienes de acuerdo a esta información realizaran publicidad directa de acuerdo a los intereses del usuario.

Estos temas, en primer lugar hacen necesario replantear el concepto de consumidor y de usuario de internet, en segundo, es necesario que las Agencias de Protección de consumo adopten el problema de la jurisdicción y competencia en materia de solución de conflictos, como un tema de interés principal y no como un simple intercambio de información como se ha hecho hasta ahora.

Por lo cual, a continuación se expresan algunas temáticas que habría que considerar dentro de la modernización de la Directriz de Protección de Consumo, algunas de las cuales ya están contenidas en la versión 2015. Se enlistan a continuación:

Concepto de consumidor transfronterizo electrónico, concepto de transacciones electrónicas transfronterizas, protección a los datos personales del consumidor, protección de mala publicidad, protección de correo no deseado, protección de spyware, obligaciones del proveedor en las transacciones electrónicas transfronterizas, obligación de enviar pantalla sumaria de confirmación de la orden de compra, asegurar la voluntad de compra, exhibir datos del proveedor en el recibo, regulación de contratos a distancia-contratos de consumo, garantías para el consumidor, derecho de cancelación, derecho de retracción o derecho de desistimiento, derecho de reparación o sustitución del bien, promover sistemas de resolución de conflictos electrónicos, derecho de acciones colectivas.

2. Consideraciones con respecto a la forma del Proceso de Solución de Conflictos en materia de consumo trasfronterizo

El comercio digital requiere una resolución electrónica automatizada, accesible, flexible y que no escale a una conciliación o litigio; sin embargo, en términos de acceso a justicia, el diseño de un sistema debe prever y ofrecer todos los caminos posibles en los que puede desembocar un conflicto. Por lo cual, en los siguientes párrafos se emitirán algunas consideraciones en el diseño de un sistema internacional de solución de conflictos:

- a) Diseñar una plataforma automatizada de fácil acceso
- b) Repensar la conciliación como forma de solucionar conflictos en una relación desigual como lo es empresa-consumidor.
- c) Solucionar el desequilibrio factico de la relación consumidor-empresario en el proceso de solución de conflictos, ya que la empresa cuenta con un cuerpo de abogados y el consumidor no cuenta con conocimientos legales para llevar a cabo una conciliación con bases legales en una legislación. Para ello podría diseñarse la figura del Consejero del Consumidor, como especialista en materia de consumo.
- d) Obligar a las empresas a ser parte de los procesos de solución de conflictos por un proceso de reputación internacional
- e) Solucionar la ejecución y coercitividad del acuerdo a través de la vinculación con tribunales locales.
- f) Pensar en el proceso conciliatorio ODR como requisito legal y parte de un Tribunal electrónico internacional de consumo, de esta forma se resguardaría el derecho de acudir a un tribunal; pero se buscaría que el conflicto sea resuelto en una conciliación con una base de equilibrio estructural en su arquitectura procesal.
- g) Crear la figura de Defensor del consumidor es caso de litigio o arbitraje.

El diseño de un modelo internacional de solución requiere recoger un análisis comparativo de las diversas experiencias de solución de conflictos y sistemas, como el europeo de corte privado, el brasileño y argentino de justicia pública en forma de Tribunales de consumo, etc. Pero por la extensión del presente trabajo se abordará sólo la contribución del modelo mexicano.

2.1. Contribución del modelo mexicano de solución de conflictos. *Concilianet*

El modelo mexicano de solución de conflictos vía electrónica en materia de consumo, es por demás revelador respecto a los resultados estadísticos⁽⁵⁷⁾. La experiencia es interesante porque fue la primera Agencia de protección al consumidor que desarrolló una plataforma electrónica para resolver conflicto. Después de 9 años el resultado logrado ha sido que se logró eficientar electrónicamente solo una parte de la solución de conflictos frente a un sistema operativo cara a cara que no es eficaz.

Profeco por sus siglas (Procuraduría Federal del Consumidor en México) es un organismo administrativo y público que elaboró una plataforma electrónica para resolver conflictos, misma que sólo tiene competencia y jurisdicción en conflictos de consumo en jurisdicción mexicana sólo con empresas que residan en el territorio mexicano y hayan firmado el compromiso de atender los conflictos de la plataforma electrónica *Concilianet*. El éxito se debe a dos causas principales:

- El desempeño profesional de los conciliadores en la plataforma electrónica de Procuraduría Federal del Consumidor, denominada *Concilianet* a diferencia de la baja profesionalización de los conciliadores en proceso tradicional
- El compromiso de las empresas atender los conflictos a diferencia del proceso tradicional.

Uno de los retrasos de la Legislación es que las empresas no tienen la obligación de acudir a las audiencias de conciliación, y en caso de faltar por segunda vez a la audiencia de conciliación se les inicia un Procedimiento por Infracción de Ley, y como resultado del mismo se les impone una multa; multa que es insignificativa para una empresa.

Además esta multa no se destina al consumidor, de hecho el consumidor no recibe pago por daño alguno, el dinero de la multa es requisitada y obtenida por la Secretaría de Hacienda; lo cual deja al consumidor sin que le sea reparado su daño e inclusive desconoce si la empresa es multada. De esta manera, se podría decir que el consumidor, especialmente el mexicano castiga con no volver a comprar un producto de tal empresa, empero si la empresa es un monopolio o micro empresa, dicha acción no tiene gran impacto.

3. Consideraciones institucionales

En suma, se podría concebir a partir de los esfuerzos ya realizados, un Sistema Internacional de Protección al Consumidor Transfronterizo y un instrumento legal internacional sobre Protección al consumo que plantee la jurisdicción y competencia de la resolución de los conflictos, en el cual se establezcan las máximas de la protección al consumo y las formas resarcir el daño, así como las sanciones económicas significa-

(57) Informe 2014, Procuraduría Federal del Consumidor, México, 2014, disponible en goo.gl/YXvKNQ. Consulta 29 de enero de 2018. Para efectos de esta investigación se estableció contacto con la Procuraduría para obtener datos actualizados de la Procuraduría.

tivas que se impongan a las empresas infractoras, además de un sistema internacional de reputación de las empresas.

La clave de la eficacia radicarán en que los acuerdos tengan un efecto vinculante, lo cual resulta contrario a los postulados de no coercividad de las figuras alternativas; sin embargo, tampoco debe tomarse ese postulado como un hecho inamovible, precisamente obedece a un postulado, no a una teoría científica comprobada inamovible.

Obedeciendo a la Ciencia de la Lógica es necesario hacer a los mecanismos alternativos vinculantes, de forma tal que la sociedad empresarial internacional cumpla con los acuerdos de la Agencia de Protección al Consumidor Internacional; de lo contrario perdería todo sentido de existencia; ya que como el cumplimiento de un acuerdo no vinculante reside en la satisfacción y voluntad de las partes y de ese modo la ejecución de un acuerdo y la autoridad de la institución estaría en juego.

Debería crearse una institución administrativa y judicial para llevar a cabo la actividad y elegir personas con la integridad y conocimientos suficientes acerca de la temática. Una Agencia de protección de consumo internacional no debe servir como un tribunal en que las empresas demanden a los consumidores.

Para la construcción de dicho sistema se requeriría de la voluntad de los Estados nacionales y su incubadora podría debatirse en los recientes trabajos de la UNCTAD aprovechando los trabajos ya realizados en la CNUDMI y sus notas técnicas, la experiencia de la plataforma de la Unión Europea, la cual sea dicho de paso a la fecha muestra algunas estadísticas que ayudan a comprobar la necesidad de real, pero a su vez dejan a la deriva los cuestionamientos sobre la eficacia en la ejecución. Así como otras experiencias locales ODR públicas de Agencias de protección al consumidor, como lo es en México (*Concilinet*) y Quebec (*Parle*).

La mejor exposición de motivos de esta idea radica en la credibilidad internacional de las empresas ante el consumidor, dado que las empresas al exponer al público de forma clara y visual en sus sitios web un sello de calidad y confianza en el que muestre que el consumidor extranjero está protegido por la Agencia de Protección del Consumidor Internacional en caso de un conflicto con la empresa, generaría voto de confianza en el consumidor mismo. De forma tal que la empresa se compromete a supeditar los conflictos de consumo surgidos con consumidores extranjeros a una competencia y jurisdicción internacional a la luz pública.

Sin embargo, estas ideas desarrolladas en el *deber ser*, tienen por objeto crear un mundo equitativo entre el modelo económico y el consumidor que lo sostiene, ¿Puede ser realmente ser llevadas a cabo? De forma pragmática se requiere los recursos financieros para realizar una institución de este tipo las interrogantes naturales son, ¿De dónde provendría ese dinero? y ¿Quién estaría dispuesto a financiarlo?

Los recursos financieros deberían provenir de los Estados, sin embargo, los Estados pueden no estar dispuestos a adquirir más funciones de las que ya tienen y ésta al no ser una Directriz de la UNCTAD o la OCDE, se antoja difícil que los modelos económicos neoliberales se ofrezcan a financiar una actividad en su contra.

Otra solución podría pensarse que el consumidor dentro del precio de su compra destine céntimos al establecimiento del Foro de solución de conflicto; o que dentro de

los impuestos por la compra se destine parte de ellos al establecimiento del foro sin que le cueste más al consumidor, sin embargo esta opción no cobra sentido cuando hay empresas que no realizan pago de impuestos debido a que no tienen residencia en el país a pesar de sus actividades comerciales en línea en las que cualquiera tiene acceso. Dicho sea de paso, esta propuesta requiere un análisis mucho más profundo.

Por otro lado, en términos reales los Estados no pueden estar obligados a formar parte de un sistema así, como ejemplo: Estados Unidos podría oponerse a este sistema al igual que Japón y China, los países con mayor tráfico de comercio electrónico; América Latina podría tomar una posición proteccionista como la Unión Europea, pero es incierto si la Unión Europea pueda interesarse en el debate en la UNCTAD.

Mientras tanto ¿la propuesta de justicia privada electrónica es eficaz? Esta deberá ser respondida en los términos de la praxis, ya que habrá que analizar si las plataformas y servidores privados de resolución electrónica de disputas como justicia privada responden a la protección eficaz del consumidor internacional o muy a pesar de lo anterior se perpetúa el desequilibrio que recae en el motor de la nueva economía digital, el consumidor nacional e internacional. De lo anterior se puede comentar que se ha contactado diversas plataformas privadas en América y algunas en Europa, y ninguna puede ofrecer datos estadísticos y formas de comprobación de eficacia. Debe señalarse que las ideas de propuestas aquí presentadas requieren de un desarrollo más preciso que no alcanza a ser expresado en el presente artículo, dada la extensión del mismo.

VI. CONCLUSIÓN

Es necesario crear un Estado de Derecho Social Internacional eficaz que no quede en retórica o simples directrices. Es urgente un contrapeso a las empresas multinacionales y extrajeras que realizan comercio electrónico en países extranjeros sin tener residencia en ellos.

El consumidor nacional debe ser protegido como el motor invisible de la economía digital internacional como parte del triunfo de la defensa de los derechos difusos desde la justicia pública y no dejarse a la justicia privada, cuyos resultados serán solo medibles a través del tiempo.

Debe adoptarse el reto de esforzarse en que la protección al consumo no quede en una teoría jurídica distante de la praxis, buscar que se aplique de forma eficaz y evitar crear realidades equidistantes entre lo teórico y lo fáctico.

Se debe pugnar por una legislación internacional sobre Protección al consumo que plantee la jurisdicción y competencia internacional de la resolución de los conflictos en caso de conflictos transfronterizos en los debates del Grupo de Trabajo de la UNTAD 2016-2020 de Protección de Consumo.

Se debe establecer las máximas de la protección al consumo, ello sin que se busque la privatización de la justicia, al contrario las Agencias nacionales deberían adoptar su función y obligación como defensores en el ejercicio de la justicia pública.

Se deberían establecer las formas resarcir el daño al consumidor, así como las sanciones económicas significativas que se impongan a las empresas infractoras. Además tendría que impulsar por un sistema internacional de reputación de las empresas, de fácil acceso y a la vista del público. Es preponderante que los acuerdos derivados de la resolución de conflictos tengan un efecto vinculante.

La institución administrativa y judicial a crearse deberá elegir individuos con la integridad y conocimientos suficientes acerca de la temática. La Agencia de protección de consumo internacional no debe servir como un tribunal en que las empresas demanden a los consumidores.

A pesar de las ideas anteriores, la interacción de la superestructura del Estado al servicio de una clase dominante que mueve el mercado y el ahora llamado comercio electrónico y especulación financiera, puede proyectar una difícil conclusión para lograr dicho contrapeso jurídico legal.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Libros y artículos

1. Arley Orduña, Amada Maria, «Análisis tridimensional de la resolución electrónicas de disputas para el comercio electrónico en México (Online Dispute Resolution)», *Revue Droit International, Commerce, Innovations & Développement*, Année 1 – Numéro 1 – Avril 2012, 2012, pp. 52-115
2. Arrocha Halobuenaga, Pablo, «Consideraciones sobre el estado de Derecho en el Plano Internacional», *Anuario Mexicano de Derecho, Internacional*, vol. X, 2010, p. 176
3. Cappelletti, Mauro, Alternative Dispute Resolution Process within the framework of the World Wide Access to Justice, *The Modern Law Review*, Vol. 56, No. 3, Dispute Resolution, Civil Justice and its Alternatives, May, 1993, pp. 283.
4. Cappelletti, Mauro, *Protección de los derechos difusos*, disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/592/14.pdf>
5. 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.
6. Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1966-1998, p. 29.
7. Kant, *Paz Perpetua*, 1776 en Bobbio Norbeto, op.cit. p. 142.
8. Katsh Ethan, Rabinovich-Einy Orna, *Technology and the Future of Dispute Systems Design*, Harvard Negotiation Law Review Vol. 17:151, p. 166
9. 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, p. 211-22

10. Ovalle Favela, José, *Derechos del consumidor*, México, UNAM-IIJ-CDDHCU, 2000, p. 3.
11. Ruiz Valerio, José, «El Estado de Derecho Internacional una aproximación cartográfica a su definición». Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie doctrina Jurídica, Num. 65, p. 40.
12. Rule Colin, *Online dispute resolution for Businesses*, *Op.cit.*, pp. 97
13. Weber Waller Spencer, G. Brady Jillian, Acosta R.J., *Consumer Protection in the United States: An Overview*, Loyola University of Chicago, p. 1. disponible en <http://goo.gl/9uzksQ>
14. Weber, Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 2da. Ed. México, 1964, p. 251
15. Witker Jorge, Varela Angélica, *Derecho de la competencia económica en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 157, p. 253

2. Lineamientos, legislaciones normativas

1. A/HRC/20/L.13, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Consejo de Derechos Humanos, 20.º período de sesiones, 29 de junio de 2012, Idioma Español, Idioma Original: inglés, disponible en http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.pdf
2. Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> también en http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
3. 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>
4. 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, p. 1-2
5. 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.
6. Las Directrices de Naciones Unidas, vienen a dar a los derechos del consumidor un carácter universal» Ovalle Favela, José, *Derechos del consumidor*, México, UNAM-IIJ-CDDHCU, 2000, p. 7, 15
7. Propuestas de los estados miembros para la séptima conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado, (CIDIP-VII) tema i: protección del consumidor Consejo Permanente de la OEA, Organización de los

Estados Americanos Cp/Cajp-2652/08 Add. 4 Corr. 1, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, 19 Marzo 2010, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII_doc_trabajo_gt_proteccion_consumidor_version_simplificada_brasil.pdf, Consulta 31 de enero 2018

8. Reglamento (UE) No. 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>

3. 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. Disponible en <https://goo.gl/Sx92SQ>, consulta 31 de enero 2018.
2. «Informe sobre la Economía de la Información 2017», *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, UNCTAD, 2015, Suiza. Disponible en goo.gl/unz, consulta 31 de enero 2018.
3. «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.
4. Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (ACS), Disponible en http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/index_es.htm
5. 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,
6. Informe 2014, Procuraduría Federal del Consumidor, México, 2014, disponible en goo.gl/YXvKNQ.
7. Junta de Comercio y Desarrollo Comisión de Comercio y Desarrollo Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor, Primer período de sesiones Ginebra, 17 y 18 de octubre de 2016 http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/cicplpd4_es.pdf
8. Long, Amanda, Discurso de apertura de la Directora General de Consumers International: Amanda Long, Congreso Mundial de Consumers International, Brasilia (18-21 noviembre 2015), p. 1-11
9. *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
10. Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios, Cómo abordar los desafíos fiscales de la Economía Digital, disponible en <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumen-informativo.pdf>. Economía digital para el cambio estructural y la igualdad, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, Marzo 2013, disponible en <http://www.cepal.org/es/publicaciones/35408-economia-digital-para-el-cambio-estructural-y-la-igualdad>

4. Sitios web

1. Consumers International (CI), Sitio web, disponible en: <http://es.consumersinternational.org/>
2. Grupo de Trabajo III. Solución de conflictos en línea, Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html
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/> econsumer.gov is an initiative of the International Consumer Protection and Enforcement Network.
5. Primera Reunión Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de protección del consumidor, disponible en <https://goo.gl/487JFn>, Consulta 31 de enero de 2018

DERECHOS EN EL CONTEXTO POST-POSITIVISTA. ALGUNAS PARADOJAS DE LA CONCEPCIÓN*

JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI

RESUMEN

Derechos en el contexto post-positivista. Algunas paradojas de la concepción

En las últimas décadas, tanto en el ámbito académico como en la praxis jurisprudencial se ha desarrollado lo que podemos denominar como una concepción conflictivista de los derechos constitucionales. Esta concepción sostiene, fundamentalmente, dos tesis: la *tesis de los principios*, sobre la estructura de las normas que reconocen derechos constitucionales, y una tesis metodológica, que afirma la *conexión conceptual entre los principios y el juicio de proporcionalidad*. En este trabajo no sólo se somete a crítica el carácter problemático y paradójico de esta concepción, sino que se defiende, asimismo, que no existen razones de tipo normativo o pragmático que la hagan preferible a la concepción coherentista de los derechos.

Palabras clave: Derechos, post-positivismo, principios jurídicos, ponderación, conflictivismo jurídico.

ABSTRACT

Rights in the Post-positivist Context. Some Paradoxes of the Conflictivist Approach of Constitutional Rights

In the last decades, a conflictivist approach of constitutional rights has been developed in both, the academic field as well as in the praxis of courts. This approach holds two main thesis: the *Principles Thesis*, on the structure of constitutional rights norms, and a methodological thesis that holds the *conceptual connection between principles and proportionality arguments*. In this paper not only is evaluated the troublesome and paradoxical character of this approach, likewise it is maintained that there are not normative or pragmatig reasons that make this conception preferable to the coherentist approach of rights.

Keywords: Rights, Post-positism, Legal Principles, Balancing, Legal Conflictivism.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA CONCEPCIÓN DÉBIL DE LOS DERECHOS.
 1. *La tesis amplia del supuesto de hecho.*
 2. *La tesis de los límites externos.*

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones» (DER2016-74898-C2-1-R) del Ministerio de Economía y Competitividad / AEI y FEDER. Una versión previa del mismo ha sido presentada en el Seminario Internacional «Conflictos de derechos y argumentación», celebrado en la Universidad de la República de Montevideo, y en el XIII Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración, celebrado en Santiago de Compostela. Agradezco las observaciones de los participantes en ambos eventos.

III. ¿QUÉ TEORÍA PARA LOS DERECHOS?.

1. *El modelo conflictivista y la filosofía política liberal.*
2. *Neutralidad normativa y exigencias argumentativas.*

IV. CONCLUSIONES.

V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Si hay un elemento común en los discursos morales, políticos y jurídicos de nuestro tiempo, ése es el lenguaje de los derechos. El debate acerca de qué podemos hacer o qué podemos no sólo esperar, sino exigir de otros se articula en torno a la idea de los derechos y sus deberes correlativos. Existen al menos dos razones para el florecimiento y expansión de esta cultura política de los derechos en el contexto de las democracias constitucionales. En primer lugar, por el papel que las mismas constituciones otorgan a los derechos como garantes del marco jurídico y político que ellas establecen. Y en segundo lugar, porque los derechos sirven como *lingua franca* en el contexto de pluralismo moral, étnico, religioso, etc., propio de las sociedades democráticas contemporáneas (Oberdiek 2010: 231). En efecto, las constituciones han privilegiado el papel de los derechos frente a otros tipos de garantías, como las llamadas «garantías institucionales», incluyendo en el texto constitucional cartas de derechos, así como remisiones a cartas de derechos de ámbito internacional. Al mismo tiempo, ese lenguaje común ha propiciado consensos políticos, en parte sobre la base de unos derechos lo suficientemente genéricos e indeterminados como para abarcar desacuerdos razonables. Pero, precisamente por esta razón, los derechos no resultan operativos en tanto no hayan sido especificados su contenido y su alcance, esto es, hasta que no se establezca *aquí y ahora* lo que los derechos exigen (lo que, por cierto, nos lleva a preguntarnos si no existe una tensión insalvable entre algunas de las funciones que la cultura política constitucionalista atribuye a los derechos, en la medida en que su capacidad para generar consensos políticos estables descansa en una generalidad abarcadora que se ve muy limitada una vez se intentan delimitar con mayor precisión el contenido y alcance de los derechos).

A pesar de lo dicho, dista mucho de estar claro qué sean los derechos, o más bien, qué significa afirmar que alguien «tiene derecho a algo», qué papel juega una afirmación de este tipo en el razonamiento práctico o cuál es la relación de los derechos con la legislación democrática. En las últimas décadas, y tanto en ámbitos académicos como jurisprudenciales, se viene desarrollando lo que se ha dado en llamar un «enfoque común» (*received approach*) (Webber 2009) o «modelo global» de los derechos constitucionales (Möller 2012). Este modelo, que no es sólo una construcción teórica, sino que es también el fundamento de una muy extendida práctica justificatoria en los más altos tribunales, ya sean Tribunales Constitucionales o tribunales supranacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos, responde a una concepción *conflictivista* del ordenamiento jurídico⁽¹⁾.

(1) Hago hincapié en que se trata de una concepción del ordenamiento jurídico y no del Derecho, para evitar las resonancias sociológicas y marxistas que inevitablemente aparecen cuando se asocia el conflicto al

Al margen de las especificidades que pudieran presentar en sus distintas versiones o las diferencias que pudiera haber entre las prácticas justificatorias de los distintos tribunales, el modelo puede ser reconstruido en los siguientes elementos (Webber 2009: 59; 2015: 124):

- a) determinar si la actividad legislativa o cualquier otra actividad estatal es contraria a los derechos de las personas es una operación consistente en dos pasos o etapas: en primer lugar se determina si un derecho ha sido vulnerado, y en segundo lugar si dicha vulneración está justificada;
- b) de donde resulta que toda limitación de un derecho es vista como una infracción del mismo (que podrá estar justificada o no), o dicho con otras palabras, los conflictos entre derechos y los derechos de terceros o los bienes e intereses colectivos son comunes en el ordenamiento;
- c) al distinguir entre la identificación del contenido y alcance del derecho, por un lado, y cuáles son sus consecuencias normativas, esto es, lo que el derecho exige en última instancia, por otro, se favorece una interpretación extensiva de los derechos, lo que supone incluir como parte de su contenido conductas que no están permitidas –¡y no lo están, justificadamente!– por la legislación;
- d) determinar si la infracción del derecho está justificada depende de un juicio de proporcionalidad; y
- e) no es hasta este segundo paso que el derecho y el titular de derecho son «situados» socialmente y otras circunstancias relevantes (derechos de terceros, bienes colectivos) son tomadas en consideración.

El lenguaje utilizado por quienes defienden este modelo es sustancialmente distinto al que se ha utilizado aquí. Así, los derechos –o las normas que los afirman y protegen– son sólo *prima facie* y únicamente adquieren el estatus de definitivos una vez se ha determinado que las infracciones no están justificadas a la luz del principio de proporcionalidad. Tampoco se habla de «conflictos» de normas, sino de «colisiones»; o de «infracciones», «vulneraciones» o «violaciones» de derechos, sino de «interferencias» o «grados de afectación»; sólo cuando la interferencia o la afectación de derecho son desproporcionadas se produce una auténtica «infracción» o «violación» del derecho. Pero, al margen de esta neo-lengua para los derechos que pretende modificar la comprensión de los derechos y su papel en el razonamiento práctico, los dos aspectos más relevantes de este modelo –que es válido tanto para los derechos morales como para los derechos constitucionales– son que los derechos no confieren un estatus especial o reforzado a su titular y que la identificación del contenido definitivo de los derechos depende de un juicio de proporcionalidad.

La relación entre el limitado estatus normativo de los derechos y el principio de proporcionalidad que caracteriza el enfoque común o modelo global de los derechos constitucionales se explica a partir de (al menos) dos factores. El primero de ellos, una teoría principialista de la norma jurídica. La teoría del derecho post-positivista sostiene que las normas constitucionales de derechos presentan una estructura distinta a las normas que

concepto de Derecho.

habitualmente han conformado nuestros códigos y leyes. En lugar de reglas, que asocian un supuesto de hecho con una consecuencia normativa y tienen carácter perentorio y definitivo en el razonamiento práctico, los derechos constitucionales son principios, esto es, mandatos de optimización o normas sin condición de aplicación. Y mientras las reglas se aplican siguiendo el modelo interpretativo-subsuntivo, la aplicación de los principios es –según esta concepción de las normas– el resultado de una ponderación racional fundada en el juicio de proporcionalidad, estableciéndose entre los principios y el juicio de proporcionalidad una conexión conceptual (Alexy 1997; Beatty 2005; Borowski 2000).

El segundo de los factores son las cláusulas limitativas de los derechos que suelen incluir la mayoría de las cartas o declaraciones de derechos y que establecen las condiciones en las que un derecho puede ser limitado. Muchas de estas cláusulas son específicas; acompañan a un determinado derecho y determinan aquellos derechos de terceros o intereses colectivos cuya protección puede limitar el alcance del derecho fundamental en cuestión⁽²⁾. En otros casos, las cláusulas son genéricas y abarcan todos los derechos incluidos en la carta. La existencia misma de este tipo de cláusulas pone de manifiesto que el contenido y alcance de los derechos no está perfectamente delimitado en origen. En algunos casos la redacción de esas cláusulas ha asimilado el modelo conflictivista⁽³⁾,

(2) Véase, por ejemplo, la cláusula de limitativa de la libertad de expresión recogida en el art. 20.4 de la Constitución española, según la cual, las libertades recogidas en el número primero del precepto «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Otra cláusula de este tipo está contenida en el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos:

Artículo 10:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

(3) Es el caso de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, cuya primera disposición establece lo siguiente: The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

Un caso paradigmático de recepción del modelo global es la Carta de Derechos (*Bill of Rights*) de la República Surafricana. En ella se establece la siguiente cláusula:

The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including:

- (a) the nature of the right;
- (b) the importance of the purpose of the limitation;
- (c) the nature and extent of the limitation;
- (d) the relation between the limitation and its purpose; and
- (e) less restrictive means to achieve the purpose.

Un mayor análisis comparativo de las cláusulas limitativas de derechos en Webber (2009: 59 y ss.)

pero eso no quiere decir que deban interpretarse todas las cláusulas genéricas como lo hace el modelo conflictivista, que hace descansar en el juicio de proporcionalidad la identificación del contenido y alcance de los derechos. Bien entendidas, las cláusulas limitativas de derechos parecen indicar, precisamente, la necesidad de determinar lo indeterminado; la necesidad de especificar por vía legislativa las condiciones en las que el titular del derecho puede hacer valer el mismo.

La inercia del modelo conflictivista de los derechos constitucionales es tal, que incluso cuando las cláusulas limitativas de derechos son ajenas al lenguaje de la proporcionalidad y contienen conceptos cercanos a la idea de los derechos como «triumfos», «defensas» o «razones excluyentes», son interpretadas en el primer sentido. Es el caso del art. 53.1 de la Constitución española, que establece la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades «que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*». Nada se dice aquí de que la ley que regule el ejercicio de los derechos esté limitándolos, ni que dicha limitación deba ser proporcional. Sin embargo, la teoría relativa del contenido esencial coincide en lo esencial con el «modelo global» (vid. Prieto Sanchís 2003: 217 y ss.; Lopera Mesa 2006: 134 y ss.). Como ha señalado uno de sus mayores críticos, para la teoría relativa «el contenido esencial carece en realidad de toda autonomía conceptual y se identifica con la necesidad de justificación del límite [del derecho constitucional] por el bien [interés público o colectivo] que se trata de preservar: el contenido esencial, se dice, se ve afectado cuando el límite carece de justificación en el bien que se trata de proteger (...) El derecho no es concebido aquí como algo dotado de algún valor incondicional frente al límite, sino como algo cuya virtualidad jurídica consiste más bien en la *prohibición del límite arbitrario*» (De Otto 1988: 129-30).

El modelo conflictivista se articula, pues, en torno a una concepción débil de los derechos y describe una conexión necesaria entre el principio de proporcionalidad y la identificación del contenido y alcance de los derechos. La combinación de ambos elementos configura una práctica del Derecho que respondería a una concepción conflictivista y antinómica del ordenamiento jurídico. Así, los problemas jurídicos en los que aparezcan derechos fundamentales (que serían la mayoría por el efecto irradiación que provoca la propia concepción débil de los derechos) no se plantean ya como problemas de interpretación y/o calificación⁽⁴⁾, sino como conflictos de normas que, en tanto son normas constitucionales, no pueden ser resueltos mediante los clásicos criterios de resolución de antinómicas sino, en términos de utilidad mediante un juicio de proporcionalidad.

Como ha sido señalado por parte de la doctrina, el principio de proporcionalidad plantea no pocos problemas, especialmente por aquello que pretende encubrir. En primer lugar, el juicio de proporcionalidad presupone que los elementos que van a ser ponderados –a saber: el grado de vulneración del derecho y la importancia el bien colectivo– pueden

(4) Dejo al margen los problemas de prueba, cuya naturaleza es epistémica, no normativa. Por otra parte, entiendo que los problemas de calificación son dependientes de los problemas de interpretación, o más bien, son las dos caras de una misma moneda: toda interpretación de una norma está pensada para, al menos, un caso (paradigmático, que pertenece al núcleo de certeza) y, a su vez, toda calificación presupone una interpretación (o reinterpretación) de la norma.

ser medidos y, posteriormente, comparados, asimilando el juicio de proporcionalidad a una operación técnica, cuyo resultado es objetivo. Sin embargo, el problema no es sólo que la propiedad o magnitud que debe ser medida y sobre la que se realiza la comparación ha de ser común, lo cual resulta ya problemático, sino que debe ser capaz de captar todo aquello que es relevante en la comparación; ambas opciones deben poder medirse y compararse exhaustivamente a partir de esa magnitud (Webber 2009: 90-1). En segundo lugar, la supuesta objetividad del resultado del juicio de proporcionalidad no es tal. Admitiendo que el desarrollo de la estructura argumentativa en que se traduce la idea de proporcionalidad permite hablar de racionalidad formal, la atribución de valores a las distintas variables de dicha estructura (el peso en abstracto de los principios, su grado de afectación o realización, así como el grado de certeza de las afirmaciones relativas a estos grados; *vid.* Alexy 2002), es decir, aquello que determina el resultado de la ponderación, depende de las convicciones normativas del decisor. Por último, cabe cuestionar la relación necesaria entre los principios y el juicio de proporcionalidad, es decir, cabe preguntarse si la ponderación es el único método y la proporcionalidad el único criterio normativo que permite resolver y justificar racionalmente el problema de los límites de los derechos (planteados en términos antinómicos). La respuesta a esta pregunta debe ser respondida en sentido negativo si se tienen en cuenta la alternativa que suponen los modelos argumentativos especificacionistas desarrollados recientemente⁽⁵⁾.

Todos estos problemas (y algunos más) han sido sobradamente estudiados por la Teoría del Derecho. En este trabajo voy a ocuparme del primer elemento del modelo: la concepción débil de los derechos. Sólo a partir de una comprensión tal del contenido y alcance de los derechos y de su papel en el razonamiento jurídico se puede sostener la concepción conflictivista o antinómica del ordenamiento jurídico que hace necesario el juicio de ponderación. Aquí voy a defender la tesis de que esta concepción de los derechos distorsiona la identificación del contenido y alcance de los derechos, así como de su papel en el razonamiento jurídico.

II. LA CONCEPCIÓN DÉBIL DE LOS DERECHOS

La concepción débil de los derechos se articula en torno a dos tesis: la tesis amplia del supuesto de hecho y la tesis de los límites externos.

1. La tesis amplia del supuesto de hecho

Como hemos visto, según la concepción débil de los derechos, las normas que reconocen derechos constitucionales son principios y presentan una estructura distinta a las normas de rango legal o reglamentario. A diferencia de las reglas, que vinculan

(5) En Cabra Apalategui (2017a) he distinguido dos modelos argumentativos de este tipo, el *especificacionismo analítico* (o especificacionismo orientado a la reconstrucción del sistema normativo) y el *especificacionismo aretáico*, que se presentan como alternativas metodológicas a la ponderación y operan con la coherencia práctica como criterio normativo.

un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica, los principios son *mandatos de optimización*, o sea, «normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible» (Alexy 1997: 67). El grado en que ese algo puede ser realizado está condicionado por las circunstancias fácticas y jurídicas, siendo este último determinado por lo establecido en otras normas del sistema jurídico, ya sean reglas o principios, con las que las normas de derechos constitucionales entran en colisión.

Los principios, por tanto, son normas *prima facie*. Carecen de carácter perentorio o determinante en un razonamiento práctico. De este modo, la primera consecuencia de concebir las normas de derecho constitucionales como principios es que éstos simplemente indican intereses, valores, principios morales o argumentos –razones, en definitiva– que deben ser objeto de optimización y cuya relevancia práctica sólo es determinable de manera concluyente a la luz de otros intereses, valores, principios o argumentos.

El propio Alexy pretende suavizar esta conclusión cuando afirma que los derechos fundamentales presentan una estructura compleja en la que coexisten reglas y principios. Las normas de derecho fundamental no deben concebirse sólo como reglas o sólo como principios, sino que su comprensión adecuada «se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios», esto es, se adscriben tanto posiciones jurídicas⁽⁶⁾ definitivas, como posiciones jurídicas *prima facie*, cuyo estatuto definitivo habrá de resolverse en función de la concurrencia de otros derechos y bienes colectivos (Alexy 1997: 138). Así entendidos, los derechos fundamentales estarían compuestos por dos tipos de contenido: las posiciones definitivas, respaldadas por reglas, y las posiciones *prima facie*, respaldadas por principios. Sin embargo, resulta ilusoria la conclusión de que parte del contenido del derecho fundamental está protegido por el carácter definitivo, perentorio o inderrotable de las reglas. Una norma es derrotable cuando el conjunto de las excepciones a su aplicación no puede ser identificado completa y exhaustivamente *ex ante*, de manera que si se entiende que la derrotabilidad tiene un fundamento ético o moral, cualquier norma es derrotable y la dicotomía reglas/principios queda bastante difuminada en términos funcionales (García Figueroa 2007: 357; 2010: 256 y ss.).

La concepción principialista de las normas presenta un primer rasgo que se ha denominado como *tesis amplia del supuesto de hecho* (Alexy 1997: 298). Dado que los principios son normas *prima facie*, el contenido y alcance de los derechos es identificado en dos etapas: primero se adscribe al derecho toda posición que pueda ser subsumida en el supuesto de hecho de la norma constitucional (ampliamente interpretada, consecuentemente con la definición de los principios como mandatos de optimización) para después limitarla en función de los conflictos con otros derechos o bienes constitucionales. Dicho en otros términos, las normas establecen un *ámbito de protección inicial* más extenso que el *ámbito de protección final* que resulta del razonamiento práctico que determina la proporcionalidad de la limitación.

Esta dualidad propicia una interpretación extensiva (amplia) de las disposiciones de derecho fundamental y, con ello, una expansión casi ilimitada del contenido (no del

(6) Entendiendo por «posición» el lugar que ocupa el titular de un derecho en el marco de una relación jurídica.

alcance de la protección) de los derechos, especialmente de aquellos cuya formulación es más genérica y presenta un mayor grado de vaguedad, como la libertad de conciencia, la libertad de expresión, el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la dignidad humana. La identificación del contenido y alcance de los derechos no se rige por los clásicos criterios de la interpretación jurídica: qué diga el texto constitucional, cuál ha sido la formulación específica del derecho y de sus límites, la elección de las palabras o la voluntad del constituyente; nada de eso resulta determinante. En el modelo global, las normas de derecho fundamental son interpretadas conforme a una teoría liberal de los derechos cuyo núcleo son la libertad y el interés individual. Una interpretación tal genera el sobredimensionamiento y la conflictividad de los derechos. La asunción de esta consecuencia supone dar por bueno lo que –como sostiene Webber– en cualquier otro contexto se tendría como irrazonable: una interpretación de los textos jurídicos que conduce a contradicciones entre las disposiciones de un mismo cuerpo legislativo o esas disposiciones y el resto del sistema jurídico, comprometiendo los principios de coherencia (consistencia lógica) y posibilidad de cumplimiento de las normas, propios de un Estado de derecho (Webber 2015: 133).

La identificación de los derechos en clave estrictamente liberal da lugar a la «pre-admisión» en el círculo de *protección inicial* del derecho de casi cualquier conducta que pueda ser del interés o que tenga algún valor para el titular del derecho. Dado que los límites se establecen en la segunda etapa, cuando se determina si la interferencia o afectación del derecho está justificada, el contenido de los derechos se establece ilimitadamente; cualquier pretensión puede, por descabellada o banal que sea, adquirir, por la mera afirmación del interés del titular, el estatus de derecho, aunque ello no signifique que la misma resulte finalmente amparada y protegida. Es más, un enfoque radicalmente subjetivo de esta cuestión diluye cualquier criterio de corrección; no hay discriminación posible: pertenece al contenido del derecho todo aquello que sea afirmado como un interés, valor o principio del titular del derecho⁽⁷⁾.

Los derechos, en fin, adoptan en primer instancia un carácter inclusivo e igualador que abarca «lo fundamental y lo mundano» (Webber 2009: 67), degradando la noción de *derecho* tanto en el ámbito moral como en el jurídico al equiparar pretensiones cuyo reconocimiento está fuera de toda duda, como, por ejemplo, el derecho a la crítica de la acción política de un gobierno, con otras mucho menos evidentes, como la difusión de ideas sexistas, ambas presuntamente configuradoras de la libertad de expresión.

De acuerdo con este modelo, el contenido y alcance de los derechos se ve afectado por un efecto «burbuja» que los hace ubicuos en casi todos los aspectos de la vida. Con ello, están puestas las bases para una concepción conflictivista del ordenamiento jurídico y de la propia praxis jurídica, pues no resulta difícil en un contexto de inflación de los derechos que los intereses más o menos caprichosos del titular se vean afectados por

(7) Otro de los efectos de un planteamiento de este tipo es que el contenido de los derechos vendría determinado por las pretensiones de los más individualistas. Ejemplo de esta crítica comunitarista es el siguiente: «Y lo que es peor, esta subjetividad radical [en la identificación del contenido *inicial* de los derechos] implica que los miembros de la comunidad más rectos y honestos, preocupados por hacer su parte y dar a cada uno lo suyo, tendrán menos “intereses” que el miembro deshonesto de la comunidad, egoísta y desentendido de los demás e inclinado a hacer el mal y a buscar obtener más de lo que justamente le corresponde» (Webber 2015: 142).

la acción de terceros o del propio legislador. Desde el momento en que la cuestión de si esa afectación o interferencia está justificada o no se dirime en el juicio de proporcionalidad, no es necesario esforzarse en llevar a cabo una identificación precisa del contenido y alcance de los derechos en un primer momento.

2. La tesis de los límites externos

La existencia de otros intereses, como los derechos de terceros o los bienes colectivos reconocidos en la Constitución, puede limitar legítimamente un derecho. Ahora bien, para la concepción débil de los derechos, estos intereses no forman parte del contenido del derecho ni intervienen en su definición. Los límites que pueden justificarse a partir de la consideración de derechos de terceros u otros intereses son externos al derecho y no parte del mismo; se consideran excepciones a la aplicación del derecho que, en otras circunstancias, no se vería limitado.

Como hemos visto más arriba, el ámbito de protección final del derecho, esto es, su contenido *definitivo* no es coextensivo del ámbito de protección *inicial*. El reconocimiento de un ámbito de protección inicial amplio supone necesariamente admitir la existencia de límites al derecho provenientes de otras normas constitucionales, legales, judiciales o contractuales. Estos límites no forman parte del contenido del derecho, sino que se conciben como límites externos, esto es, los derechos no se configuran considerando aquellos otros intereses, representados por derechos de terceros o bienes colectivos reconocidos constitucionalmente, con los que puede o, incluso, tiende a entrar en conflicto.

La tesis de los límites externos, por tanto, expresa la distinción conceptual entre la *definición* de un derecho y su *limitación*; es más, expresa la distinción entre la *afirmación* de un derecho y sus *consecuencias normativas*, poniendo de manifiesto la escasa relevancia práctica de la afirmación de un derecho en el razonamiento jurídico. Esta irrelevancia práctica –sobre la que habrá que volver– es la que reflejan afirmaciones como las de Prieto Sanchís, quien no aprecia dificultad en «decir una cierta conducta representa *prima facie* el ejercicio de un derecho y que es, al mismo tiempo, una conducta ilícita, por más que el asunto deba cerrarse lógicamente con una sola respuesta» (Prieto Sanchís 2003: 228). ¿Cuál es el sentido de afirmar la titularidad de un derecho cuyo ejercicio, en determinadas circunstancias, o sea, en concurrencia con otros derechos o bienes colectivos, es contrario al Derecho? O la conducta forma parte del contenido del derecho, y está protegida por los mecanismos que la ley establezca en cada caso, o no forma parte del mismo, por muchas dudas interpretativas o de otro tipo que pueda suscitar esta decisión.

La conjugación de la tesis del supuesto de hecho amplio y la tesis de los límites externos conduce a otra curiosa, aunque previsible, conclusión. Si cualquier conducta susceptible de ser limitada, regulada o restringida⁽⁸⁾ legalmente se halla en el ámbito de

(8) Aquí habría que distinguir entre la identificación del contenido, más o menos amplio, del derecho, esto es, las conductas y/o posiciones que comprende y la regulación de su ejercicio (como las exigencias de tipo administrativo, solicitud de permisos, etc.).

protección inicial de un derecho fundamental, entonces, toda norma o decisión que limite la libertad de acción –la *libertad natural*– estableciendo obligaciones o prohibiciones, es una restricción de los derechos. Como sostiene Webber, desde esta perspectiva, «la legislación es casi, por definición, la antagonista de los derechos constitucionales, lo que daría lugar a una paradoja, pues en las sociedades democráticas de derecho se daría protección a los derechos constitucionales al tiempo que se permite su vulneración por vía legislativa» (Webber 2009: 3).

Mas, en realidad, no hay tal antagonismo entre los derechos y la ley, como parece concluir el modelo conflictivista. La regulación de los derechos, que necesariamente supone algún tipo de limitación de la libertad natural, no es un ejercicio de *restricción* o *limitación* de los derechos, sino de *delimitación conceptual* de los mismos. El contenido de los derechos jurídicamente protegidos no puede ser igual al de la libertad natural; ni lo puede ser de un mismo derecho en relación con todos los titulares, ni lo puede ser de un derecho en relación con el resto de derechos y bienes colectivos protegidos por el ordenamiento. Por eso, la delimitación conceptual de los derechos es un ejercicio de sistematización y armonización de las normas constitucionales y de éstas con el resto del ordenamiento. Podemos denominar a este otro modelo como *coherentista*. Para el modelo coherentista, el contenido y los límites de los derechos son coextensivos; o dicho de otro modo, los límites son inmanentes al derecho. La exclusión de algunas conductas del ámbito definitivo de protección de un derecho a favor de otro derecho o bien constitucional no supone una limitación externa de los derechos y libertades; sencillamente, esas conductas no pertenecen al contenido del derecho fundamental. La inclusión inicial de esas conductas en el ámbito del derecho resulta equívoca y errada, y no es más que una consecuencia de una concepción sobredimensionada e inflacionaria de los derechos.

Algunos ejemplos –que tomo prestados de Ignacio de Otto– deben bastar para ilustrar lo anterior. El primero hace referencia a la imposición de una sanción por coacciones ocurridas en el transcurso de una reunión: la sanción no necesita ser justificada como una limitación de derecho a reunión porque, evidentemente, el derecho de reunión no comprende conceptualmente el derecho a ejercer coacciones sobre terceros y, en consecuencia, penalizar dicha conducta no supone, en ningún caso, la limitación de ese derecho. Igualmente, resulta innecesario justificar la prohibición de instalar un laboratorio con explosivos en una casa de vecindad como una limitación (justificada) de la libertad de creación científica y técnica. Un tercer ejemplo: ¿puede verse la sanción impuesta a un funcionario que abandona su puesto de trabajo para asistir a una reunión privada (y que nada tiene que ver con unos eventuales derechos sindicales) o a misa como una limitación de los derechos de reunión o de la libertad religiosa, respectivamente? Por último, siendo evidente que el matrimonio al que se refiere el art. 32.1 de la Constitución española es el monógamo, la exclusión de la monogamia no puede verse como una limitación del derecho constitucional a contraer matrimonio, puesto que no está bajo la protección de la norma constitucional (De Otto 1988: 138-9). Llevada al extremo, la tesis de los límites externos habría de enfrentar una *reductio ad absurdum* que le obligaría a considerar las penas por homicidio como una limitación (justificada) de la libertad natural del homicida.

Los críticos han objetado que la claridad que pretende introducir modelo coherentista es más aparente que real porque «el contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental, o sus modalidades de ejercicio, no siempre se muestran con suficiente nitidez»; «tampoco resulta evidente en cada caso si la norma imperativa que condiciona la libertad general de acción restringe *también* un ámbito de libertad protegida»; y por último, «porque a la hora de enjuiciar una concreta conducta se reabre el problema de si la prohibición establecida por el legislador se ajusta o no a la norma constitucional que sirve de criterio «delimitador» del derecho fundamental» (Prieto Sanchís 2003: 244). En definitiva, que el modelo coherentista parece ignorar la indeterminación del Derecho. El hecho de que existan desacuerdos razonables acerca de la calificación de ciertos casos como pertenecientes o no al contenido del derecho fundamental, como, por ejemplo, que la propaganda comercial esté contenida en la libertad de expresión o que la actividad de una secta nudista esté amparada por la libertad religiosa, vendría a mostrar –sostienen los críticos del coherentismo– que no es posible discernir con claridad cuándo una obligación o una prohibición limitan una libertad jurídicamente protegida o simplemente interfieren en la libertad natural. En consecuencia, resultaría más adecuado e inteligible afirmar que la conducta en cuestión forma parte del contenido del derecho, pero que, a su vez, presenta otra propiedad que justifica su prohibición (Alexy 1997: 304). Así, en relación al caso de la secta nudista –sostiene Prieto Sanchís– «seguramente podrán imponerse limitaciones a la luz del concepto hoy vigente de moralidad pública, pero no tiene ningún sentido decir que “eso” [la práctica del nudismo] no es ideología o religión, simplemente porque resulta extraño a nuestras tradiciones» (Prieto Sanchís 2003: 245).

Pero, la cuestión no es si una práctica o rito que es alegado por un grupo de personas como propio de su credo, cosmovisión, etc. es ideología o religión; la cuestión es si esa práctica o rito está amparado por la libertad ideológica y religiosa reconocida en la constitución. En otras palabras, si el derecho constitucional de libertad religiosa se puede configurar al margen del concepto de moralidad pública o de otros derechos y bienes constitucionales. El asunto se ve con mayor claridad cuando se trata de una práctica menos irrelevante e inocua: ¿diríamos lo mismo si la secta practicara el canibalismo, mutilaciones o sacrificios humanos o animales? No parece razonable afirmar que cuando la constitución reconoce la libertad religiosa está contemplando también, por muy extraños que nos parezcan y por muy ajenos que resulten a nuestras tradiciones, los sacrificios humanos o la ablación de clítoris, aunque después los prohíba porque además de prácticas religiosas suponen violaciones evidentes y desproporcionadas de otros derechos o bienes constitucionales.

El mayor número de casos en la «zona de penumbra» se plantean necesariamente respecto de los derechos y libertades más genéricos, como la libertad ideológica, la libertad de expresión o el libre desarrollo de la personalidad. Son, al mismo tiempo, estos derechos los permiten observar con meridiana claridad los excesos en que incurre la teoría de los principios y del supuesto de hecho amplio, así como los riesgos de la ambigüedad generada por el par derechos *prima facie*/ derechos *definitivos*. Sólo en los casos dudosos parece admisible –que no necesariamente plausible– lo que el modelo conflictivista quiere hacer pasar por regla general: que una determinada conducta es una instancia de un derecho fundamental y, simultáneamente, la vulneración del derecho

de un tercero o un bien constitucional. En definitiva, que existe un conflicto normativo entre la norma de derecho fundamental y otras normas constitucionales.

Con todo, me parece que la objeción de la indeterminación del derecho se desvía de la cuestión esencial. En efecto, resulta insostenible la afirmación de que la Constitución establece ya una delimitación conceptual nítida y definitiva de los derechos, como corroboraría la existencia de desacuerdos razonables acerca de qué conductas están contenidas en los respectivos derechos, especialmente en aquellos más genéricos, como los mencionados en el párrafo anterior. Y no creo que ningún modelo teórico de los derechos constitucionales pueda partir de un presupuesto tal (aunque hay normas constitucionales cuya formulación es bastante precisa y no plantea dudas interpretativas, como por ejemplo, la abolición de la pena de muerte del art. 15). Lo que se discute aquí, sin embargo, es otra cosa. Se trata de si la identificación del contenido y alcance de los derechos resulta de un juicio de proporcionalidad, como defiende el conflictivismo, o si se trata de un problema de interpretación de las normas constitucionales.

Recordemos que el modelo conflictivista diferencia dos operaciones en la identificación del contenido definitivo de los derechos: primero establece que un derecho se ve afectado o interferido por otro derecho o, singularmente, por un «interés público», «bien colectivo» o «fin social» (lo cual suele ser el caso, dado que el contenido inicial del derecho resulta de la interpretación extensiva de las normas constitucionales); segundo, se establece si la afectación o interferencia en el derecho está justificada. Al igual que los derechos, los intereses o bienes colectivos se consideran principios susceptibles de optimización y, por tanto, también deben ser interpretados en sentido amplio. De este modo, el prerequisite de que la limitación del derecho sea para la satisfacción de un «fin legítimo» es casi irrelevante en la práctica; e incluso se corre el riesgo de que se consideren como tales, intereses, valores y principios cuyo fundamento constitucional es muy débil o, simplemente, inexistente. Con estas bases, el conflicto normativo está servido, en tanto que casi cualquier obligación o prohibición justificada en un interés público afecta a uno o varios derechos, y la solución al mismo sólo puede venir de mano de un juicio de proporcionalidad que determine si la afectación o interferencia en el derecho es proporcional, esto es, está o no justificada.

La consecuencia evidente del modelo conflictivista es la ductilidad de la Constitución. Ciertamente, cualquier intérprete, mediante una interpretación más o menos extensiva de los derechos o bienes constitucionales, puede hacer que la Constitución «diga lo que no dice» o que «no diga lo que dice», si bien tendrá que asumir que está haciendo una interpretación bastarda o que está, sencillamente, ignorándola. En cambio, quien altera la Constitución valiéndose del principio de proporcionalidad, presenta esta alteración como una decisión justificada e, incluso, como la única decisión justificada.

La ductilidad constitucional es el reflejo de cómo son concebidos los derechos y qué papel juegan en el razonamiento jurídico. En este sentido, Webber introduce algunas claves que merecen ser tenidas en cuenta cuando afirma que: «[I]a proporcionalidad y la ponderación traducen los derechos en razones que inducen a una valoración de primer orden respecto a si el actual es el mejor estado de cosas. Ningún derecho sirve como una razón de segundo orden para actuar en un sentido o no hacerlo. En su lugar, todos los derechos quedan reducidos a un único derecho a ser tratado proporcionalmente» (Webber 2009: 100). En efecto, el modelo conflictivista excluye las respuestas categóricas

que clausuran la discusión. Por muy claros que sean los términos en que se expresa la Constitución y muy evidentes el contenido y alcance de determinados derechos, éstos se consideran como intereses, valores o principios a tener en cuenta en la decisión final, pero no como razones excluyentes (o razones de segundo orden)⁽⁹⁾, perentorias y definitivas. El modelo conflictivista apela a la totalidad de las circunstancias del caso y todas ellas funcionan en el razonamiento justificatorio como razones de primer orden. Los derechos no proporcionan ningún tipo de inmunidad o prioridad frente a consideraciones de interés público; la única posición que puede atribuirse de manera absoluta a los derechos es la capacidad para instar un juicio de proporcionalidad que determine si la afectación o interferencia en el derecho está o no justificada.

Esto significaría, además, que todo el sistema de garantías específicas definido por los textos constitucionales –incluidas las cláusulas específicas de limitación o las reservas que acompañan a algunos derechos fundamentales (De Otto 1988: 150)– queda reducido a una garantía genérica frente a la acción estatal desproporcionada, pero no frente a la acción estatal inaceptable de acuerdo al texto constitucional (Webber 2009: 104), la cual puede alcanzar el vaciamiento o sacrificio absoluto del derecho a favor de la protección de un bien constitucional siempre que esté suficientemente justificada conforme al principio de proporcionalidad.

III. ¿QUÉ TEORÍA PARA LOS DERECHOS?

Una teoría puede ser valiosa por distintas razones. En primer lugar, razones de tipo analítico o conceptual. Una teoría valiosa desde un punto de vista analítico cuando proporciona la mejor reconstrucción posible de un concepto o de un conjunto de conceptos relacionados entre sí. En segundo lugar, razones empíricas. Una teoría es valiosa desde el punto de vista empírico porque es la mejor descripción posible de una práctica real. Un tercer tipo de razones son las razones normativas. En virtud de estas razones, una teoría es valiosa porque determinados valores o principios alcanzan con ella un mayor grado de realización que los modelos alternativos. Y, en fin, razones pragmáticas, que hacen valiosa a una teoría cuando su aplicación comporta alguna ventaja práctica respecto a las alternativas disponibles.

En el apartado anterior se han esgrimido razones de tipo analítico o conceptual a favor de una concepción coherentista de las normas jurídicas en general y de las normas constitucionales en particular.

Por otra parte, las razones de tipo empírico requerirían un amplísimo análisis empírico de derecho comparado sobre el grado de recepción de los modelos conflictivista y coherentista en los distintos tribunales constitucionales y cortes internacionales de derechos que no estamos en condiciones de hacer⁽¹⁰⁾.

(9) Sobre la distinción entre razones de primer y segundo orden, *vid.* Raz (1991).

(10) Me limitaré a constatar que en los ámbito anglosajón y germano, parte importante de la doctrina asume la recepción del modelo conflictivista (*vid.* Alexy 1997; Beatty 2005; Webber 2009). Sin embargo, los estudios realizados a propósito del Tribunal Constitucional español arrojan un resultado menos unitario. Para una

En lo que sigue, voy a analizar algunos de los argumentos normativos y pragmáticos que se han esgrimido para defender la concepción conflictivista de los derechos.

1. El modelo conflictivista y la filosofía política liberal

Algunos partidarios del modelo conflictivista, como Martin Borowski, han defendido la conexión entre este modelo y la *libertad negativa* en el sentido de Isaiah Berlin. Según este concepto de libertad, ésta consiste en la disposición de, al menos, una alternativa de acción para el individuo, que decide sin interferencias, restricciones o coacciones de terceros. De este modo, la libertad jurídica debe tender a identificarse con la libertad natural y cualquier limitación es valorada negativamente. La ampliación del ámbito de libertad jurídica que comporta la interpretación extensiva del supuesto de hecho, así como la necesidad de justificación en cada caso de limitación responden a esta concepción de la libertad. En cambio, se vincula la tesis coherentista al concepto de *libertad positiva* o libertad «para el bien», de raíz comunitarista. Según esta concepción de la libertad, las restricciones de la libertad natural no son sino un intento de delimitar la «verdadera libertad», esto es, aquella que permite alcanzar la buena vida (Borowski 2000: 33 y ss.).

Sin embargo, como advierte Lopera Mesa, el vínculo entre la concepción coherentista y el concepto de libertad positiva funciona únicamente en una dirección, pues quien entienda la libertad como libertad positiva tendrá que adoptar una teoría coherentista de los derechos, pero no así a la inversa; no todo coherentismo implica la defensa de una concepción positiva de la libertad (Lopera Mesa 2006: 161-2). En efecto, la defensa de las posturas coherentistas puede responder a planteamientos que resaltan la dimensión comunitaria y relacional de los derechos, como el de Webber, cuando afirma que la interpretación y especificación de los derechos es la expresión del «universo político-moral de una sociedad libre y democrática» (Webber 2009: 139), pero también a una determinada concepción de la razón práctica (Richardson 1990; 1994) desvinculada de cuestiones de filosofía política. Tampoco las tesis coherentistas en el ámbito dogmático constitucional responden necesariamente a una concepción positiva de la libertad, sino más bien a principios político-jurídicos, como el de unidad de la Constitución o la seguridad jurídica⁽¹¹⁾.

2. Neutralidad normativa y exigencias argumentativas

Por otra parte, podría argüirse que el conjunto de derechos y obligaciones definitivos no es necesariamente distinto en uno y otro modelo, de manera que el debate entre conflictivistas y coherentistas es neutral desde un punto de vista normativo y se desarrolla

perspectiva crítica del conflicto de derechos y la ponderación como reconstrucción de la práctica constitucional, *vid.* García Amado (2016).

(11) Una segunda cuestión filosófico-política, que habrá de quedar sólo apuntada aquí, es hasta qué punto el principio de proporcionalidad responde a la estructura de los derechos en la tradición liberal; sobre esto, Kumm (2007).

esencialmente en el plano conceptual y, especialmente, en el plano pragmático⁽¹²⁾. En palabras de Prieto Sanchís: «el debate entre *delimitación* y *limitación* de los derechos no afecta, ni podría afectar, al número de las intervenciones legislativas en la esfera de las libertades. Sí afecta, en cambio, y de un modo singular, a la calidad de las mismas y a las posibilidades de su enjuiciamiento; en el fondo, lo que están en juego detrás del problema de los límites o contornos de un derecho es más bien el problema de los límites que pesan sobre los poderes públicos a la hora de intervenir en su ámbito» (Prieto Sanchís 2003: 221). Es decir, la superioridad del modelo conflictivista viene dada por su mayor exigencia argumentativa, puesto que cualquier regulación del contenido o el ejercicio de los derechos se considera una afectación en mayor o menor medida de uno o varios derechos, y no hay actuación de los poderes públicos que pueda sustraerse a la exigencia de justificación, o sea, a un juicio de proporcionalidad.

Pues bien, esta exigencia de justificación sobre la base de un juicio de proporcionalidad plantea algunos problemas. En primer lugar, cabe preguntarse si el argumento de utilidad en que se fundamenta el juicio de proporcionalidad –*grosso modo*, «cuanto mayor es el perjuicio que se causa al derecho afectado, mayor ha de ser el beneficio para los derechos o bienes colectivos protegidos»– es el único capaz de justificar la actuación legislativa. En segundo lugar, una exigencia tal invierte las cargas de la argumentación que establece el sistema de legitimidades del Estado de derecho y, en particular, el principio de separación de poderes. En el modelo conflictivista, la legitimidad política del legislador democrático no es suficiente para fundamentar una presunción de constitucionalidad a favor de la ley; es el legislador quien tiene que justificar toda regulación de los derechos que pueda afectar y limitar la libertad natural, lo que en la práctica significa, por el efecto irradiación, cualquier regulación, convirtiendo al legislador democrático en sospechoso habitual y mostrando una desconfianza en la institución legislativa tan injustificada como lo es, por otra parte, la confianza en la objetividad y justicia del principio de proporcionalidad.

La supuesta superioridad argumentativa del modelo conflictivista ha sido defendida también –con otros argumentos– por Lopera Mesa. En primer lugar, la autora colombiana afirma que «las posiciones coherentistas suelen apoyarse en una visión optimista acerca de las posibilidades de determinar con precisión las fronteras que delimitan el espacio de cada derecho, en un acentuado *cognoscitivismo interpretativo*, que en ocasiones tiene como trasfondo cierto realismo moral y, por el contrario, se subestiman la frecuencia y trascendencia de los conflictos entre contenidos constitucionales y, por el contrario, se sobreestiman las posibilidades de conocer el contenido de los derechos con ayuda de los métodos tradicionales de interpretación» (Lopera Mesa 2006, p. 165).

Son varias las cuestiones a tratar aquí. De entrada, no puede establecerse una conexión conceptual entre el coherentismo, el cognoscitivismo interpretativo y el realismo

(12) En contra de esta opinión, Webber ha descartado que el debate pueda reducirse a una cuestión meramente semántica y, con ello, también la tesis de la neutralidad normativa– afirmando que «puede esperarse que una concepción de los derechos fundada en una teoría de la justicia [la concepción coherentista] de cómo resultado distintos deberes y obligaciones que una fundada en una teoría de intereses derrotables [la concepción conflictivista]» (Webber 2015: 131).

moral; cada una de estas etiquetas se refiere a un nivel de discurso diferente y son conceptualmente independientes. Es perfectamente defendible una concepción coherentista de los derechos sin asumir los postulados del cognoscitismo interpretativo y, menos aún, los del realismo moral⁽¹³⁾. La interpretación y especificación sistemática de los derechos debe despojarse de toda connotación cognoscitivista o esencialista, pues no funciona como presupuesto de la interpretación, sino como regla o criterio para descartar aquellas interpretaciones de las normas jurídicas que resulten antinómicas con otras normas del sistema jurídico⁽¹⁴⁾.

Otra de las acusaciones de Lopera Mesa es la subestimación de la frecuencia y trascendencia de los conflictos entre normas constitucionales. En mi opinión, se incurre aquí en una *petitio principii*. La frecuencia, sobre todo, y la trascendencia de los conflictos, no son un a priori que la teoría deba considerar, sino que dependen, precisamente, del marco conceptual, o sea, de nuestra concepción de los derechos⁽¹⁵⁾.

Un tercer aspecto que se destaca es la insuficiencia de los métodos tradicionales de interpretación jurídica en el acceso al contenido de los derechos y el riesgo de incurrir en «pseudofundamentaciones» cuando «frente a un caso difícil [el intérprete] se limite a señalar que la posición controvertida forma parte o no del derecho alegado» (Lopera Mesa 2006, p. 166). En efecto, una fundamentación tal no puede tenerse por satisfactoria; ni siquiera puede tenerse por una fundamentación. Pero ese riesgo no es consustancial a la concepción coherentista de los derechos. La adscripción de una determinada posición a un derecho o su ubicación fuera del ámbito de protección del derecho en un caso difícil podrá estar mejor o peor fundada dependiendo de la calidad de las razones esgrimidas a favor de la decisión final. Y, por otra parte, también existe ese riesgo en la teoría conflictivista, pues alguien puede justificar su decisión alegando que la afectación del derecho es «proporcional» y, por tanto, está justificada, sin explicitar ni fundamentar los distintos pasos del juicio de proporcionalidad.

IV. CONCLUSIONES

En este trabajo he intentado mostrar que el modelo o la teoría conflictivista de los derechos está basado en una concepción de las normas constitucionales problemática y paradójica. El modelo conflictivista crea conflictos de derechos allí donde no los hay mediante la ampliación casi irrestricta del contenido de los derechos constitucionales para, posteriormente, resolverlos conforme al principio de proporcionalidad. Con ello, no sólo se degrada el discurso jurídico-político al colocar en el mismo plano instancias genuinas de derechos constitucionales y pretensiones, cuando menos cuestionables, que aspiran a ser igualmente reconocidas como instancias de un determinado derecho cons-

(13) Sobre la multiplicidad de debates que se desarrollan alrededor del «problema del conflictivismo», véase Maldonado Muñoz (2016).

(14) De la distinción entre argumentos interpretativos y reglas de la interpretación me he ocupado en Cabra Apalategui (2017b).

(15) Este contra-argumento requiere un mayor desarrollo que no puede ser llevado a cabo aquí.

titucional, sino que los derechos se equiparan en el razonamiento práctico a cualesquiera otros intereses, valores, principios o argumentos como razones primarias. Ni lo uno ni lo otro encajan en una reconstrucción plausible de qué sea tener un derecho. Asimismo, los argumentos normativos y pragmáticos dirigidos contra la concepción coherentista resultan inocuos, según hemos visto. En definitiva, los problemas de la concepción conflictivista de los derechos no vienen únicamente de los déficits de racionalidad del juicio de proporcionalidad, sino también de la teoría de la norma jurídica de la que parte.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1997): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (2002): «Epílogo a *Teoría de los derechos fundamentales*». *Revista Española de Derecho Constitucional* 66, pp. 13-64.
- Beatty, D. M. (2005): *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Borowski, M. (2000): «La restricción de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional* 59, pp. 29-56.
- Cabra Apalategui, J. M. (2017a): «Conflictos de derechos y estrategias argumentativas. ¿Es el especificacionismo una alternativa a la ponderación?», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 51, pp. 357-380.
- (2017b): «Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho* (en prensa).
- De Otto, I. (1988): «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en Martín–Retortillo, L / de Otto y Pardo, I., *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, pp. 95-172.
- 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.
- García Figueroa, A. (2007): «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», en Robert Alexy *et al.* *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 333-370.
- (2010): «Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica», en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 247-271.
- Kumm, M. (2007): «Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement», en Pavlakos, G. (ed.) *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford / Portland: Hart, pp. 131-166.

- Lopera Mesa, G. P. (2006): Principio de constitucionalidad constitucionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Maldonado Muñoz, M (2016): «Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales», *Diritto e questioni pubbliche* 16/2, pp. 104-131.
- Möller, K. (2012): *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Oberdiek, J. (2010): «Specifying Constitutional Rights», *Constitutional Commentary* 27, pp. 231-248.
- Prieto Sanchís, L. (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta.
- Raz, J. (1991): *Razón práctica y normas*, trad. J. Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Richardson, H. S. (1990): «Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems», *Philosophy & Public Affairs* 19, pp. 219-310.
- (1994): *Practical Reasoning About Final Ends*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Webber, G. (2009): *The Negotiable Constitution. On the limitations of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2015): «On the Loss of Rights», en Grant Huscroft *et al.* (eds.) *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 123-154.

LA GARANTÍA DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN EL PROCESO FINAL DE LA VIDA: UNA MIRADA A LAS LEYES DE MUERTE DIGNA AUTONÓMICAS

JAVIER GARCÍA AMEZ

Universidad de Oviedo

RESUMEN

La garantía de la dignidad de la persona en el proceso final de la vida: una mirada a las leyes de muerte digna autonómicas

En los últimos tiempos han prosperado distintas Leyes autonómicas reguladoras de la muerte digna. Estas Leyes, que participan de los principios generales que recoge la Ley de Autonomía del Paciente, tiene por objeto garantizar el respeto de la dignidad de la persona al final de la vida, pero también, dotar de seguridad jurídica al profesional sanitario.

Palabras clave: Muerte digna. Autonomía del Paciente. Seguridad Jurídica. Cuidados paliativos. Sedación.

ABSTRACT

Need for a state of international social law in the matter of protection of transboundary electronic consumption

In the last years some regions have passed specific Acts on Death with Dignity. These Acts have in common that they are inspired in the general principles of the Patient's Autonomy Act. The main objective of this Acts on Death with Dignity is to enforce the autonomy of the person at the end of the life and to give legal security to physicians.

Keywords: Death with dignity. Patient's autonomy. Legal security. Palliative cares. Sedation.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: EL ¿VALOR? DE LAS LEYES AUTONÓMICAS DE MUERTE DIGNA.
- II. UNA BREVE, PERO IMPORTANTE REFLEXIÓN SOBRE LA DENOMINACIÓN DE LAS LEYES: LA ACERTADA REFERENCIA A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA.
- III. LOS DERECHOS DE LA PERSONA AL FINAL DE LA VIDA.
 1. *Introducción: marco normativo.*
 2. *El consentimiento informado.*
 3. *El derecho a la información.*
 4. *El derecho al rechazo al tratamiento.*
 5. *Derecho a la adecuación del esfuerzo terapéutico.*
 6. *Derecho a la emisión de la voluntad anticipada: las Instrucciones Previas.*
 7. *El derecho al acompañamiento.*
 8. *El derecho a la intimidad.*

IV. EN ESPECIAL, LOS CUIDADOS PALIATIVOS.

1. *El derecho a los cuidados paliativos.*
2. *La sedación paliativa.*
3. *La sedación en la agonía.*
4. *La sedación en el Código Penal.*

V. CONCLUSIONES.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: EL ¿VALOR? DE LAS LEYES AUTONÓMICAS DE MUERTE DIGNA

La propia esencia del ser humano nos muestra que la vida del mismo viene marcada por dos momentos importantes como son el nacimiento y el fallecimiento. Dos realidades que marcan el principio y el fin de la existencia del mismo, y a las cuales el Derecho no debe quedar al margen. Hoy en día, la muerte se está viendo alargada a consecuencia de la actividad médica, que, en los últimos tiempos, y gracias al continuo y creciente desarrollo del conocimiento y de la tecnología, viene a aplazar el final de la vida. Esto es sin lugar a dudas beneficioso para la persona, pero no siempre viene a significar que este alargamiento de la vida se traduzca a su vez en un aumento o conservación de la calidad de vida de la persona. En este contexto, se sitúan las ocho Leyes de Muerte Digna que las Comunidades Autónomas han aprobado hasta la fecha⁽¹⁾, y que son objeto de estudio comparado en el presente artículo.

Antes de analizar estas normas y su contenido, en primer lugar, uno ha de hacerse la pregunta sobre cuál es el verdadero objetivo y finalidad que se persigue con este Proyecto de Ley, máxime si se tiene en cuenta que nuestro Ordenamiento Jurídico cuenta con una excelente Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (LDO), que con sus aciertos y desaciertos, contempla derechos como el rechazo al tratamiento a la confidencialidad, al otorgamiento de instrucciones previas, o el consentimiento que las distintas normas autonómicas sobre muerte digna también contempla. Una redundancia de derechos que no tendría otro sentido más que hacer una Ley propia autonómica que no se puede apartar de la legislación básica

(1) Las normas autonómicas que hasta la fecha se han aprobado, han sido la Ley 2/2010, de 8 de abril de Andalucía, sobre derechos y garantías de la Dignidad de la persona en el proceso de la muerte, Ley 10/2011, de 24 de marzo de Aragón, sobre Derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, sobre dignidad de la persona en el proceso de muerte de Navarra, Ley 1/2015, de Canarias, sobre derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, Ley 4/2015, de 9 de febrero, de Baleares, sobre derechos y garantías de la persona en el proceso de morir en las Islas Baleares, Ley 5/2015, de 26 de junio, de Galicia, sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales, la Ley del País Vasco 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida y la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir.

LA GARANTÍA DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN EL PROCESO FINAL DE LA VIDA...

estatal, y que por tanto no podría hacer aportaciones novedosas o atrevidas, teniendo en cuenta el artículo 149.1.1.^a de la Constitución Española⁽²⁾.

Esto es un atributo de todas las Comunidades Autónomas, ya que, si analizamos todos los textos normativos en conjunto, y los comparamos entre sí, el resultado es que no se ha innovado nada en esta materia, introduciendo nuevos derechos u obligaciones. Únicamente el reconocimiento explícito del derecho al acompañamiento, constituye una novedad no recogida anteriormente, pero que los propios Centros Sanitarios han venido implantado desde hace tiempo, sin que una norma reconociese expresamente este derecho.

Ahora bien, esto no quiere decir que estas normas autonómicas sean innecesarias, sino todo lo contrario. Son necesarias de cara a los profesionales sanitarios que día a día tienen que enfrentarse al no difícil reto de abordar el tratamiento o medidas que se van a instaurar a pacientes que se encuentran en situación de agonía o han sido diagnosticados con una enfermedad terminal, y sobre todo qué hacer cuando se plantea la necesidad de llevar a cabo una sedación terminal o retirar medidas de soporte vital a pacientes. La delgada línea roja que en ocasiones se marca entre estas medidas y la comisión de un acto eutanásico, dificulta la toma de decisiones y crea inseguridad jurídica al propio facultativo, sobre todo si se tienen en cuenta los apartados segundo y tercero del artículo 143 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal⁽³⁾, que dificulta la toma de decisiones por parte de los profesionales sanitarios en un contexto próximo al fallecimiento del paciente.

Es significativo al respecto el Proyecto de Ley del Principado de Asturias sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas al final de la vida⁽⁴⁾, que reconoce en el apartado I de la Exposición de Motivos⁽⁵⁾, que una de las finalidades que pretende es dotar al profesional sanitario de Seguridad Jurídica, de manera que no tenga miedo de adoptar una medida que tiende a ayudar al paciente a afrontar el proceso hacia el final de la vida con la dignidad que merece, sin que corra riesgo alguno de ser criminalizado. Dotar de un verdadero marco normativo que ofrezca seguridad jurídica a nuestros profesionales sanitarios es una obligación de los poderes públicos que no sólo se presenta para con los propios profesionales

(2) Conforme a este artículo, el Estado tiene competencia exclusiva en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

(3) Este artículo 143 del CP precisa que:

«1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo».

(4) Publicado en el Boletín Oficial de la Junta General del Principado de Asturias, serie A, X Legislatura, número 61.1, de 8 de febrero de 2017.

(5) En concreto, precisa que, entre los objetivos que persigue, se encuentra «la seguridad jurídica para los profesionales sanitarios, de manera que puedan conocer con certeza jurídica cómo proceder y actuar para dar pleno cumplimiento a los deseos de la persona».

sanitarios, sino también para las personas que se enfrentan al proceso final de la vida. Una mayor seguridad jurídica contribuye a garantizar una mayor calidad asistencial, que redundará en un mayor respeto de los derechos de los pacientes, ya contribuirá enormemente a disipar toda duda al profesional sanitario a la hora de administrar una sedación paliativa, fundamentalmente a los profesionales de medicina interna de los centros hospitalarios o los médicos de cuidados paliativos.

II. UNA BREVE, PERO IMPORTANTE REFLEXIÓN SOBRE LA DENOMINACIÓN DE LAS LEYES: LA ACERTADA REFERENCIA A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

Uno de los aspectos que sin lugar a dudas puede dar lugar a mayor controversia en el ámbito doctrinal es el relativo a la denominación que se ha puesto a las distintas Leyes autonómicas. Si bien, comúnmente se han apodado como «Leyes de Muerte Digna», La denominación de la norma, lejos de ser un mero estilismo gramatical, denota cuál es el principal foco de atención de las mismas. Entendemos correcto y adecuado que en este caso se acuda al empleo del término dignidad en el título, sin hacer referencia explícita a uno de los objetivos que también persiguen estas normas, como es la garantía de la autonomía de la personal al final de la vida. Hablar únicamente de este aspecto, denotaría la vuelta al viejo debate existente entre el paternalismo médico y la autonomía del paciente, que en el presente caso no mejoraría la situación, toda vez que en el proceso final de la vida, a diferencia de lo que sucede en cualquier tratamiento sanitario, se ven involucradas varias personas que no sólo son el propio paciente, como es el caso de la propia familia y los profesionales sanitarios, que en mayor o menor medida intervienen activamente en este proceso. La referencia a la garantía de la dignidad de la persona sin lugar a dudas es algo más que autonomía de la persona, es un término que implica un comportamiento activo de otras personas que se ven involucradas en la asistencia que se presta a la persona al final de la vida, y les hace participes también del proceso, humanizando el mismo y por tanto de la mejor o peor muerte que pueda tener la persona, reforzando en estos casos la alianza estratégica que ha de existir entre el paciente y los profesionales que le van a asistir en este proceso final de la vida.

Hablar únicamente de autonomía de la persona, significa que es ella la que interviene únicamente en el proceso, tomando exclusivamente las decisiones y convirtiendo a las restantes personas que intervienen en meras ejecutoras de su voluntad, y por tanto en simples herramientas para el fin, lo que puede generar riesgo de que la calidad asistencial pueda disminuir por falta de motivación del profesional sanitario, que se ve convertido no en un actor del proceso final de la vida, sino en un mero ejecutor.

III. LOS DERECHOS DE LA PERSONA AL FINAL DE LA VIDA

1. Introducción: marco normativo

Aludir a los derechos de la persona al final de la vida, es hacerlo de un conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a la persona con una finalidad, garan-

tizar que el tránsito hacia la muerte, se hace de la manera más digna para la persona, de ahí que en estos casos se hable de muerte digna⁽⁶⁾, que no supone más que una materialización del derecho fundamental a la dignidad reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución, que recoge como uno de los fundamentos de los derechos que reconoce, la dignidad de la persona⁽⁷⁾, al precisar que la misma es fundamento del orden político y la paz social. Un valor que ha supuesto que la dignidad ha sido reconocida en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, y que el propio artículo 2.1 de la LDO reconoce como uno de los principios que inspiran la misma, al igual que también se refleja en los principales textos internacionales sobre Bioética⁽⁸⁾, aunque ninguna norma viene a precisar ni definir con claridad en qué consiste la misma, lo cual es debido a que la misma, desde el punto de vista conceptual, constituye, tal y como certeramente ha destacado la doctrina, un enigma, siendo su contenido escurridizo e intimidatorio, sin que a día de hoy exista un consenso doctrinal claro sobre ella⁽⁹⁾. Ahora bien, si bien es cierto que, en estos casos existe una carencia de una definición aceptada de la misma, no es menos cierto que existe un consenso de que la dignidad de la persona se materializa en el debido respeto a la autonomía de la persona a la hora de tomar decisiones sobre su cuerpo, y por ello sobre las actuaciones que se pueden llevar a cabo en el mismo.

Estos derechos de la persona en el proceso final de la vida no vienen recogidos en una normativa específica, aunque en ocasiones se ha intentado llevar a una norma general⁽¹⁰⁾, sino en las distintas Leyes de Muerte digna que han sido dictadas por parte de las Comunidades Autónomas en desarrollo LDO, y que estamos analizando. Ahora bien, tampoco debe perderse de vista en esta materia, el panorama internacional, en la medida en que existen dos normas de gran calado en el ámbito que nos ocupa, como es el caso del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo

(6) Sobre la misma, véase, Fernández Suárez, J. A., «El Derecho a una muerte digna», en AA.VV. *Los derechos fundamentales y libertades públicas. Vol. I*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, págs. 193-204.

(7) Cfr. Caballero Sánchez, R., «La dignidad humana como fuente atributiva de derechos fundamentales no formalizados», en Puyol Montero, J. M.(Coord.), *Studies on life, human dignity and law. Dignidad humana, vida y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 25-26.

(8) Vid. Andorno, R., «Human Dignity and Human Right as a Common Ground for a Global Bioethics», *Journal of Medicine and Philosophy*, 34, 2009, págs. 223-240.

(9) Cfr. De Montalvo Jääskeläinen, F., *Muerte digna y constitución. Los límites del testamento vital*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2009, págs. 238-241.

(10) Véase al respecto Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, publicada en el Boletín Oficial del Congreso, serie B, número 66-1, de 16 de diciembre de 2016 y con la proposición de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, publicada en el Boletín Oficial del Congreso, serie B, número 86-1, de 17 de febrero de 2017. Previamente, en otras legislaturas anteriores, nos encontramos con la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario del Partido Socialista Obrero Español, sobre Ley reguladora de los derechos de la persona ante el final de la vida, publicada en el Boletín Oficial del Congreso, serie B, número 227-1, de 24 de abril de 2015, y el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el final de la vida, publicado en el Boletín Oficial del Congreso, serie A, número 132-1, de 17 de junio de 2011, presentado por el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero.

el 4 de abril de 1997, junto con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, que contemplan a lo largo de su articulado una serie de derechos que afectan a la persona que aborda el proceso final de la vida⁽¹¹⁾, y que forman parte de los derechos humanos en el ámbito sanitario⁽¹²⁾, como es el consentimiento informado, el derecho a la intimidad o la libertad religiosa, entre otro.

Junto con estos Convenios que hemos apuntado también nos encontramos con una serie de documentos de especial relevancia en este campo, a pesar de que no tienen un valor jurídico relevante. Es el caso de la recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1418 (1999), sobre protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos. En ella se insta a los Estados miembros a que garanticen una serie de derechos a los pacientes que se encuentran en fase terminal, y entre los cuales se encuentra el acceso a los cuidados paliativos, el derecho a rechazar un tratamiento, aun cuando éste sea vital, o el consentimiento informado de cara a tomar decisiones en el proceso final de la vida. A esta recomendación, le seguirá la Recomendación (2003) 24 del Comité de Ministros de los Estados miembros, sobre organización de los cuidados paliativos, la cual viene a reforzar el reconocimiento del derecho al acceso a estos cuidados, y su configuración como una prestación más de los sistemas sanitarios⁽¹³⁾. Posteriormente, vendrá a consolidar este derecho, la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1859 (2012), aprobada el 25 de enero de 2012, en la que se insta a los distintos Estados a que aprueben mecanismos que refuercen la implantación de las instrucciones previas, voluntades anticipadas o testamentos vitales, pero que no entra a fondo en el tema de los cuidados paliativos y la eutanasia, limitándose, con respecto a esta última, a precisar que constituye una muerte intencionada por acción u omisión de una ser humano dependiente pretendiendo con ello su propio beneficio, lo cual deberá ser siempre prohibido por los Estados.

2. El consentimiento informado

Es imposible hablar de dignidad en el proceso de morir o de autonomía sin que se reconozca a la persona el derecho a emitir el consentimiento informado para cualquier actuación que quiera llevarse sobre su cuerpo. Este derecho se constituye sin lugar a dudas como el paradigma de la autonomía concedida al paciente en la relación asistencial, y que se manifiesta a través de la necesaria existencia de una autorización previa del paciente para que los profesionales sanitarios puedan actuar sobre su cuerpo, y por tanto no suponga una lesión de la integridad física del paciente, constitucionalmente garantizada en el artículo 15.1 de la Constitución, aunque también se ha considerado

(11) Vid. Hartlev, M., «Patient's rights», in Toebes, B., Hartlev, M., Hendricks, A. y Herrmann Rothmar, J. (Eds.), *Health and Human Rights in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Poland, 2012, págs. 117-119.

(12) Vid. Cohen, J. and Ezer, T., «Human rights in patient care: a theoretical and practical framework», *Health and Human Rights*, vol. 15, no. 2, 2013, págs. 7-19.

(13) Sobre ambas resoluciones, véase Di Stasi, A. y Palladino, R., «Advance Health Care Directives Under European Law and European Biolaw», en Negri, S., Taupitz, J., Salkic, A. y Zwick, A. (Eds.), *Advance Care Decisions Making in Germany and Italy*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, Londres, 2013, págs. 61-69.

LA GARANTÍA DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN EL PROCESO FINAL DE LA VIDA...

al mismo como un elemento esencial para poder perfeccionar la relación contractual existente entre el médico y el paciente⁽¹⁴⁾.

Con independencia del fundamento que se quiera buscar al consentimiento informado, a los efectos del presente trabajo debemos señalar que, en la actualidad, el mismo se debe encontrar localizado en el seno del artículo 15.1 de la Constitución, en el seno del derecho fundamental a la integridad física y moral, tal y como certeramente ha venido a declarar el Tribunal Constitucional en la sentencia 37/2011, de 28 de marzo (RTC 2011, 37), que además, eleva a la categoría de derecho fundamental el consentimiento informado, con las consecuencias que de ello se derivan, sobre todo en su protección, y la posibilidad de que pueda imponerse responsabilidad penal por su omisión, o por no respetar los deseos del paciente y actuar en su contra, de manera que se le aplique el tipo agravado de coacciones previsto en el artículo 172.1 del Código Penal⁽¹⁵⁾.

En esta sentencia que hemos señalado⁽¹⁶⁾, el Tribunal Constitucional parte de la base de que es posible encuadra el derecho al consentimiento informado dentro del contenido del derecho a la integridad física contemplado en el artículo 15.1 de la Constitución⁽¹⁷⁾. Este derecho fundamental, conlleva una facultad negativa, que se manifiesta en la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia

(14) Vid. Rovira Viñas, Antonio., *Autonomía Personal y Tratamiento Médico*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 41-43.

(15) Este artículo señala que «1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código».

(16) Aunque previamente ya se le había reconocido, por la doctrina, este carácter, véase al respecto, Tomás- Valiente, Lanuza, C., *La Cooperación al Suicidio y la Eutanasia en el nuevo C. P. (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs 36- 37 y *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, CEPC, Madrid, 1999, págs. 329- 330.

(17) Previamente, el Tribunal, recopilando doctrina que previamente había establecido con respecto al contenido del derecho a la integridad física, reconoce que «El derecho del art. 15 CE protege, según doctrina reiterada de este Tribunal (recopilada, entre otras, en las SSTC 220/2005, de 12 de septiembre (RTC 2005, 220), FJ 4, y 160/2007, de 2 de julio (RTC 2007, 160), FJ 2), «la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (SSTC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120), FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Estos derechos, destinados a proteger la «incolumidad corporal» (STC 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 207), FJ 2), «han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad», orientada a su plena efectividad, razón por la que «se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada» (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). De ahí que para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE no sea preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (STC 221/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002, 221), FJ 4). Además de ello, hemos afirmado que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo (RTC 1996, 35), FJ 3), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, y 5/2002, de 14 de enero (RTC 2002, 5), FJ 4)».

médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida, que se viene a materializar en el deber de consentir previamente toda intervención que se quiera llevar a cabo en el propio cuerpo de la persona, autorizando o rechazando los tratamientos que le son propuestos por parte de los distintos profesionales sanitarios⁽¹⁸⁾.

El derecho al consentimiento informado aparece recogido, con carácter general, para cualquier intervención médica, en el artículo 8.1 de la LDO, habiendo sido recogido por parte de las leyes autonómicas sobre muerte digna a la hora de reconocer el derecho genérico a la toma de decisiones al final de la vida⁽¹⁹⁾. Ha de advertirse al respecto, que las reglas generales que recogen el consentimiento informado del paciente, en virtud de la disposición adicional primera de la LDO, son normativa básica estatal, por lo que los legisladores autonómicos no deberán apartarse de la misma, y por tanto todo aquello que recoge la LDO es vinculante para el legislador autonómico.

El consentimiento informado implica la necesidad de que el profesional sanitario, una vez que ha informado al paciente en los términos previstos en el artículo 10 de la LDO⁽²⁰⁾, y salvo que el mismo hubiese rechazado el recibir la información, tal y como se permite en el artículo 9.1, ha de recabar la autorización del paciente para llevar a cabo el tratamiento, salvo que nos encontremos ante uno de los supuestos previstos en el artículo 9.3 de la LDO, que contempla el llamado consentimiento por representación, de manera que otras personas serán las encargadas de emitirlo por el paciente:

- Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.
- Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, en cuyo caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión,

(18) En concreto, en el fundamento de Derecho quinto señala que «el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas».

(19) Véase a tales efectos, el artículo 7 de la Ley Andaluza, de Aragón, Islas Baleares, Canarias, País Vasco, Galicia y Madrid.

(20) En concreto, deberá informar de los siguientes aspectos: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y, d) Las contraindicaciones.

LA GARANTÍA DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN EL PROCESO FINAL DE LA VIDA...

conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁽²¹⁾.

- Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años, y siempre cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento.

En todos estos casos, en los cuales el consentimiento lo va a otorgar el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o, de hecho⁽²²⁾, la decisión que el representante adopte deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Si se entiende que esta decisión es contraria a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que se adopte la resolución correspondiente. No obstante, este deber de notificación se exceptuará cuando por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

El legislador, consciente de que el consentimiento por representación no ha de privar por completo al paciente de participar en el proceso de la toma de decisión, obliga a que el mismo sea adecuado a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, y teniendo siempre en cuenta que el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario⁽²³⁾.

Ahora bien, en el ámbito del consentimiento por representación puede darse un problema de cara a ver el orden que necesariamente deberá seguirse para conocer la persona encargada de emitirlo. La LDO únicamente ha previsto una prelación de personas de manera muy genérica y amplia y como hemos visto hace el artículo 9.3 LDO, lo que puede ser una fuente de problemas. Las Leyes de Muerte Digna han previsto que, en este caso, la persona que va a tomar la decisión por representación, será en primer lugar aquella que ha sido designada como representante en el documento de

(21) Varias normas autonómicas sobre muerte digna a la hora de hablar de los menores permiten al emancipado o aquel que tenga más de dieciséis años, que sea el mismo la persona que emita el consentimiento. Debe señalarse a tales efectos, que estas disposiciones siempre han de ser leídas teniendo en cuenta la LDO, normativa básica en la materia, tal y como hemos señalado. Es el caso del artículo 12 de la Ley Foral de Navarra, artículos 11.3 de la Ley de Andalucía, Baleares, Aragón y País Vasco y el artículo 13 de la Ley de Galicia. Únicamente se encuentra adaptado a la LDO el artículo 10.2 de la Ley de Madrid.

(22) En el caso de que fuesen varias y existiese separación o divorcio, se atenderán a las reglas generales previstas en el Código Civil con respecto a la patria potestad y a la tutela.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.a) de esta Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, conforme al cual, se considera como interés superior del menor la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del mismo.

(23) Si el paciente es una persona con discapacidad, se deberán ofrecer y proporcionar las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

instrucciones previas⁽²⁴⁾, a falta de la misma, aquella persona que está designada para ocupar el cargo de tutor en documento público notarial según el artículo 223 del Código Civil, por el cónyuge o la persona vinculada con una relación de afectivas, y a falta de ésta por los familiares de grado más próximo⁽²⁵⁾.

3. El derecho a la información

Junto con el derecho al consentimiento informado, máximo exponente de la autonomía del paciente, nos encontramos el derecho a la información, que puede considerarse como el presupuesto necesario para que toda persona pueda emitir libre y conscientemente su decisión sobre una actuación. Es decir, es el derecho a que el paciente tenga en todo momento información relacionada con su proceso asistencial, de manera que pueda emitir mejor el consentimiento para un tratamiento, o para rechazar o retirar uno propuesto o iniciado, de manera que este derecho a ser informado es el presupuesto necesario para que el paciente pueda ejercitar el derecho a la toma de decisiones que reconocen todas las leyes autonómicas sobre muerte digna⁽²⁶⁾, y que es una traslación del derecho a la información que contempla con carácter general el artículo 4 de la LDO, a tenor del cual todo paciente tiene derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley en los apartados 3 y 4 del artículo 5 LDO.

El primer supuesto en el cual este derecho a la información puede verse limitado se dará cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. El segundo supuesto será cuando nos encontramos con la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, entendiendo por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

(24) Sobre esta figura, véase Fernández Campos, J. A., «Estatuto jurídico del representante sanitario designado en los documentos de instrucciones previas», en Spoto, G. (Dir.), *La protección de la persona y las opciones ante el final de la vida en Italia y en España*, Editum, Murcia, 2013, págs. 217-244.

(25) Véanse los artículos 10.1 de la Ley Foral de Navarra y 10.1 de las Leyes de Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias. Por su parte, los artículos 10 de la Ley del País Vasco y 9 de la Ley de Madrid prevén 9 la siguiente jerarquía en su artículo 9: 1) Persona designada como representante en las instrucciones previas. 2) Quien ostente su representación legal. 3) Cónyuge o pareja de hecho, no separados legalmente. 4) Parientes de grado más próximo, hasta el cuarto grado y, dentro del mismo grado, al de mayor edad. 5) Persona que, sin ser cónyuge o pareja de hecho, esté vinculada por análoga relación de afectividad y conviva con el paciente. 6) Persona que esté a cargo de su asistencia o cuidado.

(26) Véanse al respecto, los artículos 6 de la Ley Foral de Navarra y 5 de la Ley del País Vasco (aunque en ambas se habla de «información clínica»), artículos 6 de las Leyes de Canarias, Baleares, Andalucía, Madrid y Aragón y artículo 5 de la Ley de Galicia.

Fuera de estos dos casos que hemos señalado anteriormente, el profesional sanitario ha de informar necesariamente de aquellas cuestiones que anteriormente hemos señalado, teniendo en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LDO, el titular del derecho a la información es el paciente. No obstante, este artículo también permite que sean informadas las personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Si el paciente en estos casos, sufre algún tipo de incapacidad, será informado igualmente, aunque de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.

Finalmente, con respecto a este derecho, ha de señalarse que también existe el derecho a que se respete la voluntad de que la persona no sea informada, de manera que en este caso el paciente rechaza de manera expresa que se el profesional sanitario le proporcione la información a la que tiene derecho, tal y como contempla el artículo 4.1 LDO, lo que implicará que en estos casos el profesional sanitario se abstendrá de informar a la persona.

4. El derecho al rechazo al tratamiento

Toda actuación o intervención sobre el cuerpo de una persona necesariamente ha de ser consentida, tal y como ya hemos visto. La instauración de una medida de soporte vital para el paciente debe ser consentida en los términos expuestos en los apartados anteriores si el profesional sanitario no quiere verse sometido a posible responsabilidad civil o penal.

Pero la persona no sólo ha de consentir necesariamente que el profesional intervenga⁽²⁷⁾, sino que, además, es libre de decidir sobre el poner fin a una intervención, o no aceptar un tratamiento propuesto por un facultativo o finalizar el iniciado, aunque con ello pueda poner fin a su vida⁽²⁸⁾.

Todas las Leyes autonómicas de muerte digna⁽²⁹⁾ contemplan el derecho que asiste a toda persona enferma, o que se encuentre en el proceso final de su vida, a poder rechazar cualquier tratamiento o procedimiento que se proponga por parte del facultativo⁽³⁰⁾, al igual que a la retirada de una intervención ya iniciada, aún a pesar de que ponga en riesgo su vida o implique la suspensión de medidas de soporte vital⁽³¹⁾. La decisión del paciente será documentada en la historia clínica, y la misma será respetada una vez que el facultativo responsable de la asistencia ha cumplido con su

(27) *Vid.* De Lora Deltoro, P. y Gascón Abellán, M., *BioÉtica*, Alianza, Madrid, 2008, pág. 126.

(28) *Cfr.* Herring, J., *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, New York, 2.ª ed., 2008, pág. 503.

(29) Véanse los artículos 18 de las Leyes de Andalucía, Canarias, Islas Baleares y Aragón y de la proposición de la Ley del País Vasco y artículos 19 de la Ley Gallega y de la Ley Foral de Navarra.

(30) Lo cual incluye el rechazo a recibir un procedimiento quirúrgico, de hidratación y alimentación y de reanimación artificial o la retirada de medidas de soporte vital.

(31) En concreto todas las Leyes lo recogen en el mismo artículo, su artículo 8, salvo la Ley de Galicia, que lo hace en el artículo 10.

deber de información sobre los riesgos y consecuencias que se derivan de la negativa para el paciente. Ahora bien, esta negativa o rechazo, no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones tendentes al confort y control de síntomas, o para el adecuado control y alivio del dolor y del sufrimiento de la persona⁽³²⁾. Para ello, tanto las autoridades sanitarias, la administración sanitaria como los profesionales sanitarios han de velar por que toda persona reciba estos cuidados mínimos, y que los mismos sean acordes con su dignidad según la *lex artis*⁽³³⁾.

Esta decisión de la persona necesariamente será respetada en todo momento por el profesional sanitario, el cual tiene el deber de respetar los valores, creencias y preferencias del paciente en la toma de decisiones clínicas, debiendo abstenerse de imponer criterios de actuación basados en sus propias opiniones o convicciones. En el caso en el cual, la persona tuviese modificada su capacidad de hecho o de derecho, las distintas leyes prevén que aquí, la decisión sobre el rechazo de un tratamiento, un procedimiento o a la retirada de una intervención ya iniciada, se tomará por representación, remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 9 LDO.

Este derecho va a suponer que el paciente, en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación, y con apoyo en su derecho al consentimiento, pueda decidir libremente si se somete o no a un tratamiento que le pueda reportar una mejora en su estado de salud, sin que tenga deber alguno de motivar el rechazo, y por tanto el poner en riesgo su vida, toda vez que no existe deber alguno de iniciar el tratamiento sanitario, salvo que nos encontremos en alguno de los supuestos previstos en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, de difícil, por no decir imposible, aplicación en el campo de las decisiones al final de la vida.

5. Derecho a la adecuación del esfuerzo terapéutico

La adecuación del esfuerzo terapéutico constituye un derecho reconocido por parte de las distintas Leyes autonómicas sobre muerte digna⁽³⁴⁾, aunque en ocasiones se hable en este caso de limitación del esfuerzo terapéutico⁽³⁵⁾. Reconocido el mismo no como un derecho de la persona, sino un deber de los profesionales para con los pacientes al final de la vida, su contenido puede entenderse a su vez una plasmación del deber deontológico recogido en el artículo 36.2 del Código Deontológico Médico, conforme al cual el médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza de beneficios para el enfermo, inútiles u obstinadas.

(32) Véase el artículo 10.7 de la Ley de Galicia.

(33) Véase el artículo 8.3 de la Ley Navarra.

(34) Véase al respecto los artículos 21 de las Leyes de Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, 20 de la Ley Foral de Navarra, 18 de la Ley de Galicia, 15 de la Ley del País Vasco y 13 de la Ley de Madrid.

(35) *Vid.* Urionabarrenetxea Marínez, K., «La limitación del esfuerzo terapéutico», en Marcos del Cano, A. M.^a (Ed.), *Voluntades Anticipadas*, Dykinson, Madrid, 2014, págs. 239-252.

Este derecho de la persona, y deber de los profesionales, conlleva que se evite la obstinación terapéutica, entendiéndose por tal, aquella situación en la cual a una persona, que se encuentra en situación de terminar o de agonía, o afecta de una enfermedad grave e irreversible, se le inician o mantienen medidas de soporte vital u otras intervenciones carentes de utilidad clínica, cuyo único fin es prolongar su vida biológica, sin que exista posibilidad alguna de mejora o recuperación del estado del paciente. Se trata de que el profesional sanitario que está asistiendo a un paciente que se encuentra en el proceso final de su vida, no deberá adoptar ni proponerle ningún tratamiento que resulte fútil, que no le va a proporcionar mejora alguna al paciente⁽³⁶⁾, sino todo lo contrario, le va a perjudicar seriamente, toda vez que supondrán un atentado claro a su dignidad como persona, sin perjuicio del carácter antiético de los mismos.

6. Derecho a la emisión de la voluntad anticipada: las Instrucciones Previas

La legislación no sólo se ha preocupado por recoger el derecho que tiene toda persona a que se respete su voluntad ante la iniciación o finalización de cualquier intervención, sino también a que la persona pueda manifestar de manera previa y anticipada la misma a través del documento de Instrucciones Previas, recogido en el artículo 11 de la LDO. A través de este documento, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta con carácter anticipado su voluntad, para que la misma se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo⁽³⁷⁾.

A través de este documento la persona puede planificar anticipadamente aquellos cuidados que quiere que se le apliquen llegado un momento en el cual no puede manifestar su voluntad, de modo que puede considerarse que constituye el reconocimiento e la posibilidad de que la persona deje constancia de forma anticipada de la voluntad de que se le apliquen determinados tratamientos o bien el rechazo a los mismos, de manera que, tal y como ha reconocido la doctrina, con ello se traslada el espíritu del consentimiento informado a aquellas fases de la enfermedad en las cuales el paciente no tiene suficiente capacidad para decidir⁽³⁸⁾, por lo que a nadie se le escapa el importante papel que desempeña para el ejercicio de este último derecho.

El derecho a la emisión de las instrucciones previas es un derecho reconocido con carácter básico para todos los pacientes, tal y como se deriva de su reconocimiento a

(36) Resulta interesante al respecto la definición que ofrece el artículo 5.6 de la Ley de Madrid: «consiste en retirar, ajustar o no instaurar un tratamiento cuando el pronóstico de vida limitada así lo aconseje. Es la adecuación de los tratamientos a la situación clínica del paciente. La adecuación del esfuerzo terapéutico supone aceptar la irreversibilidad de una enfermedad en la proximidad de la muerte y conveniencia de abandonar las terapias que mantienen artificialmente la vida, manteniendo las de tipo paliativo. Forma parte de la buena práctica y es una obligación moral y normativa de los profesionales».

(37) Sobre este artículo, *vid.* De Montalvo Jääskeläinen, F., *Muerte digna y constitución...*, págs. 47-56.

(38) *Cfr.* Gallego Riestra, S., *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: Una Nueva Realidad Legal*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009, págs. 149-150.

nivel estatal a través del artículo 11 de la LDO. No obstante, en el ámbito autonómico todas las Leyes relacionadas con la muerte digna, sin excepción, lo vienen a contemplar a su vez de manera específica en el proceso final de la vida, aunque luego se remitan a la LDO para concretar los requisitos formales y materiales que ha de cumplir este documento para que adquiera eficacia, pues no todo documento de instrucciones previas es válido. Para ello, es necesario que la persona emita el documento de conformidad con el procedimiento que recojan las Comunidades Autónomas⁽³⁹⁾, se inscriba en el respectivo registro de instrucciones previas, para posteriormente incorporarse, y dar eficacia de este modo a nivel nacional, al registro central, regulado en el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

En cuanto al contenido de este documento, tal y como ya ha quedado expuesto, a través del mismo se podrán aceptar anticipadamente los tratamientos médicos que sean necesarios en un futuro, al igual que rechazar los mismos⁽⁴⁰⁾, siendo vinculante para los centros sanitarios el contenido de las instrucciones previas, en aquellos casos en los cuales la persona haya cumplido, para su otorgamiento, los requisitos que prevé la propia LDO en el artículo 11 y la normativa autonómica.

Este artículo 11 de la LDO excluye de aplicación aquellas directrices que emita el paciente que sean contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, a aquellas que no se correspondan con el supuesto de hecho que la persona haya previsto en el momento de manifestarlas. Es decir, no se permitirá que a través del documento de instrucciones previas el paciente solicite la aplicación de tratamientos que no estén indicados de conformidad con la *lex artis* –como pueda ser una sedación en la agonía sin encontrarse el paciente en los supuestos en los cuales la misma es aplicada–, o bien que están prohibidos por la legislación vigente en el momento de aplicar las instrucciones previas. Es el caso de la eutanasia activa. Ahora bien, al respecto, ha de tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias 385/2012, de 16 de abril (JUR 2012, 150072), en la cual se admite la posibilidad de que una persona pueda solicitar en el documento de instrucciones previas la aplicación de la eutanasia o el suicidio asistido. No obstante, la eficacia de la misma está subordinada al hecho de que, en el momento en el cual se va a dar cumplimiento del deseo del paciente, la misma es legal en el Ordenamiento Jurídico, ya que de lo contrario la misma no sería objeto de aplicación

7. El derecho al acompañamiento

Un derecho esencial de la persona que se encuentra en el final de la vida es el derecho al acompañamiento, tanto personal como espiritual. Si bien no se trata de un derecho que guarde relación directa con la asistencia sanitaria que el paciente va a recibir, no

(39) Sobre la misma, véase, Díez Rodríguez, J. R., «Legislación estatal y autonómica sobre voluntades anticipadas», en Marcos del Cano, A. M.^a (Ed.), *Voluntades Anticipadas ...*, cit., págs. 116-144.

(40) El ejemplo clásico es el rechazo de transfusiones de sangre.

cabe duda de que el mismo tiene importantes repercusiones para la misma. El estado anímico de un paciente es esencial para todo tratamiento, más aún si hablamos de un paciente que afronta ya sus últimos días. Garantizar una muerte digna a la persona no sólo implica que la misma se vea aliviada de dolores físicos, sino también que pueda cumplir plenamente con las obligaciones de carácter religioso que sus propias convicciones les imponen, y cuyo cumplimiento por parte de la persona le permitirá afrontar más tranquilo y seguro su tránsito hacia la muerte. El derecho al acompañamiento es un derecho básico de cara a garantizar una muerte digna al paciente que se encuentre en régimen de hospitalización, máxime aún en aquellos casos de pacientes, cuyas distintas creencias religiosas y espirituales también hemos de garantizar.

El derecho al acompañamiento que recogen las distintas Leyes autonómicas sobre Muerte Digna⁽⁴¹⁾, parte de la base del derecho que establece el artículo 2.1.b) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR), que considera como integrante del derecho a la libertad religiosa, reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, el derecho de toda persona a practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión, al igual que el no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales. Este artículo reconoce pues, el derecho general a la asistencia religiosa⁽⁴²⁾, que comprende la posibilidad de que, aquel paciente que lo solicite, pueda ser auxiliado espiritualmente por parte del ministro de culto de su Confesión, o bien no recibir asistencia alguna si así lo decide.

Para ello, es fundamental que las instituciones sanitarias faciliten el acceso de las Confesiones religiosas a los fieles que se encuentran hospitalizados, de ahí que el artículo 2.3 de la LOLR precise que, en aras a garantizar la aplicación real y efectiva del derecho a la asistencia religiosa, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la misma en los establecimientos hospitalarios, asistenciales y otros bajo su dependencia, como por ejemplo, en las Residencias de ancianos. El paciente, tal y como ha señalado la doctrina, tiene en este punto un derecho de crédito que le confiere este artículo 2.3 de la LOLR⁽⁴³⁾.

El objetivo de este artículo es claro: los poderes públicos han de garantizar que aquellas personas que, como sucede con los pacientes hospitalizados, no pueden ser asistidos espiritualmente de manera ordinaria, por su situación especial –están hospitalizadas–, puedan ser apoyadas y asistidas en este ámbito. Para ello, los poderes públicos deberán llevar a cabo acuerdos con las distintas Confesiones religiosas, para fijar las condiciones bajo las cuales se prestará la asistencia espiritual a aquellos fieles que la requieran, o bien, limitarse simplemente a fijar un régimen de libre acceso de los ministros de culto acreditados de las Confesiones a los pacientes, toda vez que una cuestión es clara, y

(41) Véanse los artículos 15 de las Leyes de Andalucía, Canarias, Islas Baleares y Aragón, 15 de la Ley Foral de Navarra, artículo 17 de la Ley de Madrid y artículo 6 de la Ley Gallega. No lo recoge en cambio, la Ley del País Vasco, a pesar de que el mismo sí se recogía en el artículo 15 la proposición de la Ley.

(42) *Vid.* Marabel Matos, J. J., «Lugares de culto como manifestación del derecho de asistencia religiosa en el ámbito público sanitario», *Revista de Derecho UNED*, núm.15, 2014, pág. 326 y Fernández Arruty, J. A., «La asistencia religiosa en los centros hospitalarios públicos en España», *Dereito*, vol. 5, núm. 1, 1996, págs. 71-72.

(43) *Cfr.* Marabel Matos, J. J., «Lugares de culto...», *cit.*, pág. 330.

es que van a ser las éstas las que deban encargarse de prestar la asistencia religiosa a sus fieles y no la propia Administración Sanitaria que en este caso tendrá un papel de facilitadora de la misma, pero no la proporcionará a sus pacientes.

En cuanto al contenido de este derecho, según las distintas Leyes autonómicas, el derecho de acompañamiento de la persona, ante el proceso final de su vida, y siempre que la asistencia se esté prestando en régimen de internamiento en un centro sanitario, comprende varios aspectos. En primer lugar, que las personas puedan disponer, si así lo desean, de acompañamiento familiar. Así se procurará que los pacientes, que, durante la estancia de la persona en un centro o institución sanitaria, no exista límite de visitas ni tiempo de permanencia de ellas, se permitirán las visitas de menores, un familiar podrá quedar a dormir, y la persona podrá utilizar su propia ropa personal, ingerir todo alimento que le traigan sus visitas, y en general, se permitirá todo aquello que contribuya potencialmente al bienestar de la persona, siempre y cuando no resulte desaconsejable o incompatible con la prestación sanitaria conforme a los criterios clínicos, en cuyo caso estas circunstancias serán comunicadas y explicadas a las personas.

En segundo lugar, recibir, cuando así lo soliciten, auxilio espiritual de acuerdo con sus convicciones y creencias, para lo cual, se facilitará, por parte del centro, y a petición del paciente o sus representantes., el acceso de aquellas personas que le puedan proporcionar auxilio espiritual, conforme a sus convicciones y creencias.

Por último, estaría la atención en el duelo de la persona una vez fallecida, a su familia y a las personas cuidadoras una vez que ésta ha fallecido, y promoverán medidas para la prevención de situaciones calificadas como duelo patológico.

8. El derecho a la intimidad

Todo persona que se encuentre en un centro hospitalario tiene derecho a que, en todo momento, se garantice su intimidad por parte de las instituciones sanitarias, tal y como reconoce expresamente el artículo 10.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, de manera que es una obligación tanto de los propios centros sanitarios, como por parte de los profesionales, tal y como recoge a su vez el artículo 7.1 de la LDO, de manera que toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley, resultando de aplicación todo el marco normativo aplicable al acceso a la información clínica y la protección de datos de carácter personal.

Pero junto con esta obligación de salvaguardar el derecho a la intimidad, en lo que se refiere a la asistencia sanitaria y a los datos que se han generado a raíz de la misma, en el ámbito del proceso de la muerte de las personas este derecho va a comprender otra vertiente, como es el hecho de garantizar, cuando la persona así lo requiera, que el proceso hacia la muerte se lleva a cabo en la intimidad de la persona. Esto se materializaría, por ejemplo, en el derecho a que los centros sanitarios proporcionen a este tipo de pacientes habitaciones individuales, sin tener que compartirse con otros pacientes la habitación, limitar el acceso a la misma a visitas que no quiera recibir, al igual que poder

contar en su habitación aquellos bienes o elementos que quiera tener⁽⁴⁴⁾. El único límite que vendrá impuesto en estos casos para ejercitar este derecho, pasará por la necesidad de que no se interfiera en la propia asistencia sanitaria a la persona, ni tampoco en el normal funcionamiento del centro sanitario, ni se causen molestias a terceras personas.

IV. EN ESPECIAL, LOS CUIDADOS PALIATIVOS

1. El derecho a los cuidados paliativos

No cabe duda que el proceso final de la vida de una persona cobra especial importancia el poder acceder a los cuidados paliativos, para afrontar con la dignidad que se merece este tránsito hacia la muerte. Reconocidos los mismos en el derecho español en el apartado 6 del Anexo III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, las distintas normas autonómicas sobre muerte digna han venido a configurar su prestación como un derecho más de la persona, y que, por tanto, ha de ser garantizado.

A diferencia de lo que comúnmente suele pensarse, los cuidados paliativos no tienen como finalidad provocar la muerte del paciente, de manera que únicamente se apliquen con la finalidad de que el paciente terminal vaya a fallecer. Entenderlo así sería equiparar a los cuidados paliativos con la eutanasia activa, penalizada en el artículo 143.4 del Código Penal, y cuyo objetivo principal es causar de manera directa el fallecimiento del paciente. Los cuidados paliativos tienen una finalidad diferente. Bien es cierto que el contexto en el cual juegan es el mismo, enfermos que ya se encuentran en una fase terminal⁽⁴⁵⁾, los cuidados paliativos operan de una manera diferente, su objetivo es contribuir en el duro y difícil tránsito de la persona a su muerte, ayudarle en el mismo y sobre todo paliar sus dolores, de manera que en este caso se habla de medicina paliativa en contraposición a la clásica medicina curativa⁽⁴⁶⁾. Es decir, los cuidados paliativos van a proporcionar una atención integral a los pacientes cuya enfermedad ya no responde a tratamientos médicos curativos, por lo que se hace necesario el control de síntomas,

(44) Véanse los artículos 19 de la Ley de Madrid, 13 de la Ley del País Vasco, 26 de las Leyes de Andalucía, Aragón y Baleares, artículo 27 de la Ley de Canarias y artículo 26 de la Ley Foral de Navarra.

(45) Entendemos por enfermo terminal, tal y como hace la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL), en su guía sobre cuidados paliativos aquel en el cual se observa la presencia de una enfermedad avanzada progresiva e incurable, falta de posibilidades razonables de respuestas al tratamiento específico, presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes, gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia explícita o no de la muerte, y un pronóstico de vida inferior a los seis meses.

(46) *Vid.* Rich, B. A., «The Delineation and Explication of Palliative Options of Last Resort», en Moore, R. J. (Ed.), *Handbook of Pain and Palliative Care: Biobehavioral Approaches for the Life Course*, Springer, New York, Dordrecht, Heidelberg, London, 2012, págs. 809 y Zeppetella, G., *Palliative Care in Clinical Practice*, Springer, New York, Dordrecht, Heidelberg, London, 2012, págs. 1-4.

especialmente del dolor, así como el abordaje de todos aquellos problemas psicológicos, sociales y espirituales⁽⁴⁷⁾.

Fácilmente se puede observar que, los cuidados paliativos, no sólo se van a centrar en la fase asistencial, de tratamiento del dolor, sino también van a hacerlo en otras facetas de la vida de la persona, que le van a permitir que el tránsito a la muerte se haga de la manera más cómoda y confortable para el mismo, y con ello también pueda dejar todas aquellas cuestiones que estime oportunas resueltas⁽⁴⁸⁾, dejando en «orden su casa». De este modo, se permite a la persona conservar el control sobre las decisiones que adoptará para ello, teniendo en cuenta para ello que también implica que se tengan en cuenta otros aspectos importantes que no son sólo psicológicos, sino también culturales y espirituales⁽⁴⁹⁾.

Así pues, en estos casos puede hablarse de unos cuidados paliativos integrales, toda vez que abarcan varios aspectos de la vida del paciente terminal, y que a su vez deberán ser prestados por un equipo multidisciplinar, en el cual no sólo van a implicar a personal médico y de enfermería, sino también trabajadores sociales, psicólogos o representantes de las distintas religiones, que se ocupen de asistir al paciente en todas las vertientes anteriormente señaladas⁽⁵⁰⁾, teniendo en cuenta a su vez que no sólo se van a prestar en régimen de atención hospitalaria, sino también en el propio domicilio del paciente⁽⁵¹⁾, lo que constituye un derecho del mismo que ha sido reconocido en la legislación autonómica, siempre y cuando el prestarlos en el domicilio no esté contraindicado por motivos clínicos⁽⁵²⁾.

Dentro de los cuidados paliativos que la persona quiere llevar a cabo, se encuentra inevitablemente el tratamiento del dolor. Garantizar que la persona llega al final de su vida sin dolor alguno, o que el mínimo dolor posible, contribuye sin lugar a dudas a

(47) Cfr. Gandara del Castillo, A., «Eutanasia y cuidados paliativos en el sistema de salud español», en Puyol Montero, J. M. (Coord.), *Studies on life, human dignity and law...*, cit., pág. 151. En el ámbito normativo, las distintas leyes autonómicas de muerte digna han recogido a su vez un concepto de qué se entiende por cuidados paliativos. En concreto, el artículo 3 de la Ley de Galicia sobre muerte digna, los define del siguiente modo: «conjunto coordinado de intervenciones sanitarias dirigidas, desde un enfoque integral, a la mejora de la calidad de vida de los pacientes y de sus familias, que se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades amenazantes para la vida, mediante la prevención y el alivio del sufrimiento, por medio de la identificación temprana y la impecable evaluación y el tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicológicos y espirituales».

(48) Cfr. Hedges, R., *Bioethics, Health Care, and the Law. A Dictionary*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 1999, pág. 177.

(49) Vid. Jeffrey, D., *Against Physician Assisted Suicide. A palliative care perspective*, Radcliffe, Oxford, New York, 2009, págs. 21-22 y Foley, K., «Patients Need Better End-of-Life Care Rather than Assisted Suicide», en Medina, L. M. (Ed.), *Euthanasia*, Thomsom-Grenhaven Press, Farmington Hills, 2005, págs. 186-187.

(50) Vid. Gandara del Castillo, A., «Eutanasia y cuidados paliativos...», cit., págs. 158-162.

(51) Lo que ha motivado el establecimiento de equipos de soporte de soporte de atención domiciliaria para prestar estos cuidados paliativos en el domicilio del paciente. Equipos que han sido creados a través de la Resolución de 26 de julio 1999, de la presidencia ejecutiva del INSALUD por la que se crea los puestos de personal de los equipos de soporte de atención domiciliaria (ESAD).

(52) Véase a tales efectos el artículo 13.2 de la Ley Foral de Navarra de Muerte Digna, y artículo 12 de las Leyes de Aragón y Galicia de Muerte Digna, artículo 12.2 de las Leyes de Muerte Digna de Canarias, Baleares, Andalucía, artículo 12.3 de la Ley de Muerte Digna del País Vasco y artículo 11.2 de la Ley de Muerte Digna de Madrid.

garantizar una muerte digna de la persona. Constituye un deber de los profesionales sanitarios el garantizar que los dolores sean tratados y aminorados en la medida en que ello sea posible clínica y éticamente. Es por ello, por lo que, los legisladores autonómicos han venido a reconocer explícitamente el derecho del paciente al tratamiento del dolor, de manera que se procure no sólo su alivio, sino también la prevención del mismo⁽⁵³⁾.

Ahora, bien, este derecho no sólo va a implicar la posibilidad de sedar al paciente, en aquellos casos en los que clínicamente la sedación esté indicada, sino que este derecho es más amplio, y conlleva cualquier medida que ayude al paciente a aliviar o prevenir sus dolores, como pueda ser la prescripción y administración de fármacos que alivien el dolor, o cualquier otro tipo de tratamiento de los mismos⁽⁵⁴⁾.

Para llevar a cabo este tratamiento, en primer lugar, se diseñará un plan terapéutico y cuidados personalizado, basado en una valoración integral de todas sus necesidades, y coordinado entre los diferentes profesionales implicados en la atención al paciente. Tras ello, este plan será consensuado junto con el propio paciente, por exigencias del respeto al derecho al derecho a la toma de decisiones y al consentimiento informado, y contribuirá sin lugar a dudas ayuda al profesional sanitario en su práctica diaria, contribuirá enormemente a disipar toda duda al profesional sanitario a la hora de administrar una sedación paliativa⁽⁵⁵⁾.

2. La sedación paliativa

Una de las medidas que se pueden adoptar dentro de los cuidados paliativos es la sedación del paciente a través de analgésicos que se administran al paciente con el fin de aliviar su dolor. Es decir, la finalidad que se persigue con su administración es el alivio y tratamiento del dolor, motivo por el cual se habla de sedación paliativa⁽⁵⁶⁾.

La sedación paliativa será administrada toda vez que el paciente presenta síntomas refractarios al dolor, dado que su fin es, precisamente, el proteger al paciente ante un

(53) En concreto los artículos 13 de las Leyes de Andalucía, Canarias, Islas Baleares y Aragón y 14 de la Ley Foral de Navarra y artículos 11 de las Leyes de Galicia y de Madrid. No recoge expresamente este derecho la Ley del País Vasco, a pesar de que, en la Proposición de Ley, el artículo 14 sí lo recogía. No obstante, entendemos que esta Comunidad Autónoma lo entiende recogido dentro del derecho a los cuidados paliativos, que tal y como hemos visto sí reconoce expresamente en el artículo 12.

(54) Al respecto, véanse los apartados 5 y 7 de la Guía de Cuidados Paliativos de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos.

(55) Véase el artículo 11.5 de la Ley de Galicia.

(56) Así, por ejemplo, el artículo 3.11 de la Ley de Galicia define la sedación paliativa como «la administración deliberada de fármacos en las dosis y combinaciones requeridas para reducir la conciencia de un paciente con enfermedad avanzada o terminal tanto como sea preciso para aliviar adecuadamente uno o más síntomas refractarios y con su consentimiento explícito. Si este no es posible, se obtendrá de su representante. La sedación paliativa constituye la única estrategia eficaz para mitigar el sufrimiento ante la presencia de síntomas refractarios intolerables que no responden al esfuerzo terapéutico realizado en un período razonable de tiempo». En idéntico sentido véanse los artículos 4.d) de la Ley del País Vasco, 5.12 de la Ley de Madrid, 5.p) de la Ley Foral de Navarra, 5.n) de las Leyes de Aragón y Baleares, 5.l) de las Leyes de Canarias y Andalucía.

síntoma refractario⁽⁵⁷⁾, entiendo que el mismo es aquel síntoma que no puede ser adecuadamente controlado a pesar de los intensos esfuerzos para hallar un tratamiento tolerable en un plazo de tiempo razonable sin que comprometa la consciencia del paciente⁽⁵⁸⁾.

De este modo, con la sedación no se pretende en ningún momento terminar con la vida del paciente, sino tratar y aliviar su dolor, de manera que no deja de ser más que una medida terapéutica más de tratar el dolor del paciente, y que se administrará al mismo precisamente con esa finalidad paliativa, para así garantizar su máximo confort y la eliminación de los dolores que pueda producirle su propia enfermedad.

3. La sedación en la agonía

Sucede en ocasiones que, la persona se encuentra en una fase avanzada ya de su enfermedad terminal, de tal forma que el fallecimiento se ve próximo, toda vez que se encuentra en sus últimos días u horas, encontrándose en una situación de agonía que le puede causar enormes dolores y sufrimientos. En este caso, la persona tiene derecho a recibir una sedación más intensa, toda vez que la misma, consiste en la administración deliberada de fármacos con un objetivo fundamental, como es el producir una disminución profunda, continuada y previsiblemente irreversible, de la conciencia del paciente, con la intención de procurar el alivio del sufrimiento físico o psicológico del mismo, cuando éste no es posible de alcanzar con otras medidas, produciéndose, tras un periodo corto de tiempo, el fallecimiento de la persona⁽⁵⁹⁾. Ahora bien, el fallecimiento será una consecuencia inexorable de la evolución de la enfermedad y/o de sus complicaciones, no de la sedación. Por ese motivo, para su práctica siempre será necesario el tener que contar con el consentimiento del paciente, o de sus representantes, según las reglas generales que recogen la práctica del consentimiento informado en la LDO.

La sedación en la agonía constituye una medida más de los cuidados paliativos integrales que se van a proporcionar al paciente en la fase final de la vida, pero que dada las consecuencias que conlleva necesariamente deberá ser el último recurso al cual los profesionales deberán acudir para tratar de aliviar el dolor y procurar el máximo confort al paciente, tal y como por indican las guías médicas, en concreto la guía de cuidados paliativos de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, la cual, dada la procedencia de la misma –una Sociedad Científica–, el alto nivel de aceptación de los profesionales sanitarios implicados, y la finalidad perseguida, sin olvidar a su vez que el propio Código Deontológico Médico, en su artículo 36.5⁽⁶⁰⁾, viene a precisar que

(57) *Vid.* Gandara del Castillo, A., «Eutanasia y cuidados paliativos...», cit., pág. 156.

(58) Tal y como recoge el artículo 3.12 de la Ley de Galicia. Otras definiciones, similares, las encontramos en los artículos 5.p) de la Ley de Baleares, 5.13 de la Ley de Madrid, artículos 5.m) de las Leyes de Andalucía, Canarias, 5.l) de la Ley Foral de Navarra y 5.ñ) de la Ley de Aragón.

(59) Véase al respecto el artículo 4.m) de la Ley del País Vasco, 5.o) de la Ley Foral de Navarra, 5.12) de la Ley de Madrid, 5.o) de la Ley de Baleares y 3.11) de la Ley de Galicia.

(60) En concreto señala: «La sedación en la agonía es científica y éticamente correcta sólo cuando existen síntomas refractarios a los recursos terapéuticos disponibles y se dispone del consentimiento del paciente implícito, explícito o delegado».

la sedación en la agonía, únicamente será científica y éticamente posible, en aquellos casos en los cuales el paciente refiere síntomas refractarios a los recursos terapéuticos posibles, podemos entender que este deber de acudir a la sedación en la agonía como último recurso terapéutico para el paciente forma parte de la *lex artis*, con las consecuencias que de ello se derivan.

4. La sedación en el Código Penal

Para terminar con este apartado, ha de hacerse referencia a la prohibición existente en el derecho español de la eutanasia activa y del suicidio asistido. Ambas conductas, están penalizadas en los apartados 3 y 4 del artículo 143 del Código Penal⁽⁶¹⁾. No es lo mismo la muerte provocada de manera consciente y voluntaria por parte del profesional sanitario, que aquella que se ocasiona indirectamente por haber procedido a una sedación del paciente. En el primer caso estaríamos hablando de un supuesto de eutanasia activa voluntaria, y penalizada, entendiéndose por tal cuando, con consentimiento y conocimiento del paciente, el profesional sanitario lleva a cabo una actuación que ocasiona consciente y deliberadamente la muerte del paciente, y que viene caracterizada por la existencia de un móvil humanitario: ayudar al paciente terminal a fallecer. Esta conducta será considerada penada a tenor del artículo 143.4 del Código Penal, toda vez que junto con el resultado existe el elemento clave para poder hablar de ello, el dolo, entendiéndose el mismo como la intención de quitarle la vida a la persona⁽⁶²⁾, si bien, con un importante añadido, como es el motivo humanitario que mueve al profesional sanitario en este caso de homicidio de pacientes terminales, aunque no será suficiente para excluir la responsabilidad penal en que ha incurrido por la muerte.

Los cuidados paliativos, y en concreto la sedación en la agonía por su parte, no se centran en la muerte de la persona, sino que como bien ha señalado la doctrina, en estos casos lo que se quiere es reafirmar la vida, y entender el proceso de agonía del paciente como un proceso natural⁽⁶³⁾, si bien, esto implica que en ocasiones deba acudirse al empleo de algunos medicamentos que, como sucede con la sedación, puedan acortar o acelerar el fallecimiento, haciéndose con la finalidad de tratar el dolor del paciente, se trata de una medicina paliativa dirigida a mitigar el dolor al paciente. La sedación no es la que acorta la vida del paciente, sino que el paciente fallecerá a consecuencia del curso natural de la enfermedad que previamente padecía.

(61) Sobre la eutanasia en el Código Penal español, véase por todos, las obras de Núñez Paz, M. A., *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, problemática jurídica a la luz del Código penal de 1995*, Tecnos, Madrid, 1999 y *La buena muerte: el derecho a morir con dignidad*, Tecnos, Madrid, 2006 y Tomás-Valiente Lanuza, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (Art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 y Sanz Morán, A., «La eutanasia: algunas consideraciones de política legislativa», en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, Fundación Lilly, Unión Editorial, Madrid, 2008, págs.305-334, y la bibliografía citada en estos trabajos.

(62) *Vid.* Torcia, C. G., *Wharton's Criminal Law*, 15^a Ed., Clark, Boardman, Callaghan, Deerfield, New York, Rochester, 1994, págs. 139-141, Berger, A. S., *Dying & Death in Law & Medicine*, Praeger, Westport, 1993, págs. 8-9.

(63) *Cfr.* Jeffrey, D., *Against Physician Assisted Suicide...*, cit., pág. 29.

V. CONCLUSIONES

Asistimos en la actualidad a un momento de cambio en la concepción del proceso final de la vida. La muerte de la persona se ve no como un resultado inevitable, sino como el resultado de un proceso al cual el Derecho no debe permanecer al margen. Garantizar y contribuir al reforzamiento de la autonomía y la dignidad de la persona en este proceso, constituye un deber ineludible de todos los poderes públicos.

Con el actual marco penal vigente, y las recientes reforma en el año 2015 de la LDO, se hace necesario dotar de seguridad jurídica a los principales actores de este proceso, como son la propia persona y los profesionales sanitarios. Esta seguridad jurídica se ha conseguido a través de las distintas Leyes de Muerte Digna que han aprobado las Comunidades Autónomas, y que no sólo vienen a garantizar esta certeza a la hora de interpretar la normativa vigente, sino que también han contribuido a reforzar el derecho que toda persona tiene a que se le apliquen los cuidados paliativos en la fase final de su vida. Este derecho, garantiza que el fallecimiento de la persona se produzca de manera natural, por el propio curso de la enfermedad, y salvaguardando su dignidad como persona.

Las distintas Leyes autonómicas que se han aprobado hasta la fecha, enmarcadas en la línea que anteriormente hemos señalado, participan todas ellas de unos principios comunes, como es la autonomía de la persona a la hora de tomar decisiones, y el respeto a la misma. Unos principios que, por otra parte, son comunes para todo tipo de decisiones en el ámbito sanitario, toda vez que la LDO así lo recoge en su articulado, y se desprende igualmente del derecho fundamental al consentimiento informado derivado del artículo 15.1 de la Constitución, tal y como expresamente ha reconocido el Tribunal Constitucional.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Andorno, R., «Human Dignity and Human Right as a Common Ground for a Global Bioethics», *Journal of Medicine and Philosophy*, 34, 2009.
- Berger, A. S., *Dying & Death in Law & Medicine*, Praeger, Westport, 1993.
- Caballero Sánchez, R., «La dignidad humana como fuente atributiva de derechos fundamentales no formalizados», en Puyol Montero, J. M.(Coord.), *Studies on life, human dignity and law. Dignidad humana, vida y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Cohen, J. and Ezer, T., «Human rights in patient care: a theoretical and practical framework», *Health and Human Rights*, vol. 15, no. 2, 2013.
- De Lora Deltoro, P. y Gascón Abellán, M., *BioÉtica*, Alianza, Madrid, 2008.
- De Montalvo Jääskeläinen, F., *Muerte digna y constitución. Los límites del testamento vital*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2009.
- Díez Rodríguez, J. R., «Legislación estatal y autonómica sobre voluntades anticipadas» en Marcos del Cano, A. M.^a (Ed.), *Voluntades Anticipadas*, Dykinson, Madrid, 2014.

- Di Stasi, A. y Palladino, R., «Advance Health Care Directives Under European Law and European Biolaw», en Negri, S., Taupitz, J., Salkic, A. y Zwick, A. (Eds.), *Advance Care Decisions Making in Germany and Italy*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, Londres, 2013.
- Fernández Arruty, J. A., «La asistencia religiosa en los centros hospitalarios públicos en España», *Dereito*, vol. 5, núm. 1, 1996.
- Fernández Campos, J. A., «Estatuto jurídico del representante sanitario designado en los documentos de instrucciones previas», en Spoto, G. (Dir.), *La protección de la persona y las opciones ante el final de la vida en Italia y en España*, Editum, Murcia, 2013.
- Fernández Suárez, J. A., «El Derecho a una muerte digna», en AA.VV. *Los derechos fundamentales y libertades públicas. Vol. I*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992.
- Foley, K., «Patients Need Better End-of-Life Care Rather than Assisted Suicide», en Medina, L. M. (Ed.), *Euthanasia*, Thomsom-Grenhaven Press, Farmington Hills, 2005.
- Gallego Riestra, S., *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: Una Nueva Realidad Legal*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.
- Gandara del Castillo, A., «Eutanasia y cuidados paliativos en el sistema de salud español», en Puyol Montero, J. M.(Coord.), *Studies on life, human dignity and law. Dignidad humana, vida y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Hartlev, M., «Patient`s rights», in Toebe, B., Hartlev, M., Hendricks, A. y Herrmann Rothmar, J. (Eds.), *Health and Human Rights in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Poland, 2012.
- Hedges, R., *Bioethics, Health Care, and the Law. A Dictionary*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 1999.
- Herring, J., *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, New York, 2.ª ed., 2008.
- Jeffrey, D., *Against Physician Assisted Suicide. A palliative care perspective*, Radcliffe, Oxford, New York, 2009.
- Marabel Matos, J. J., «Lugares de culto como manifestación del derecho de asistencia religiosa en el ámbito público sanitario», *Revista de Derecho UNED*, núm.15, 2014.
- Núñez Paz, M. A., *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, problemática jurídica a la luz del Código penal de 1995*, Tecnos, Madrid, 1999.
- *La buena muerte: el derecho a morir con dignidad*, Tecnos, Madrid, 2006.
- Rich, B. A., «The Delineation and Explication of Palliative Options of Last Resort», en Moore, R. J. (Ed.), *Handbook of Pain and Palliative Care: Biobehavioral Approaches for the Life Course*, Springer, New York, Dordrecht, Heidelberg, London, 2012.
- Rovira Viñas, Antonio., *Autonomía Personal y Tratamiento Médico*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- Sanz Morán, A., «La eutanasia: algunas consideraciones de política legislativa», en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, Fundación Lilly, Unión Editorial, Madrid, 2008.
- Torcia, C. G., *Wharton`s Criminal Law*, 15ª Ed., Clark, Boardman, Callaghan, Deerfield, New York, Rochester, 1994.

DIÁLOGOS JURÍDICOS 2018

Tomás-Valiente, Lanuza, C., *La Cooperación al Suicidio y la Eutanasia en el nuevo C. P. (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

– *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, CEPC, Madrid, 1999.

Urionabarrenetxea Marínez, K., «La limitación del esfuerzo terapéutico», en Marcos del Cano, A. M.^a (Ed.), *Voluntades Anticipadas*, Dykinson, Madrid, 2014.

Zeppetella, G., *Palliative Care in Clinical Practice*, Springer, New York, Dordrecht, Heidelberg, London, 2012.

PUNTOS CRÍTICOS EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL: UN BALANCE DE LOS DOS ÚLTIMOS AÑOS

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

*Catedrática del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
Universidad de Oviedo*

RESUMEN

Puntos críticos en la jurisprudencia laboral: un balance de los dos últimos años

Este trabajo indaga en la actividad jurisdiccional de la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo de los dos últimos años, y se refiere a materia laboral estricta, la que se ha considerado más novedosa, trascendental o polémica, con la excepción de los pronunciamientos sobre prestaciones de Seguridad Social en casos de maternidad subrogada. Lo que al respecto se cuestiona, aparte la disminución del volumen de casos, son varios elementos relevantes, es la repercusión que está teniendo en la jurisdicción social el hiperactivismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la impronta dinamizadora y/o desestabilizadora del Derecho Internacional en la resolución de ciertas cuestiones muy relevantes, la relevancia que adquieren los litigios referidos a personal laboral del Sector Público, la mayor laxitud en la apreciación del presupuesto de la contradicción que da pie a la apertura del recurso de casación para la unificación de doctrina, y se destaca igualmente que la gran, a veces excesiva, carga argumental y de citas doctrinales y jurisprudenciales, y que se multiplica a través del filtro del excesivo casuismo de ciertos asuntos, puede dificultar la comprensión del pronunciamiento. Finalmente, no se oculta el fenómeno de los desencuentros y discrepancias en el seno de la Sala y que conduce a gran complejidad y sobreabundancia de relevantes votos particulares –incluso concurrentes– que en nada beneficia a la claridad y estabilidad doctrinal.

Palabras clave: Jurisprudencia, Tribunal Supremo, argumentación, conflicto.

ABSTRACT

Critical points in labor jurisprudence: a balance of the last two years

This work investigates the jurisdictional activity of the Fourth Chamber, Social, of the Supreme Court of the last two years, and refers to strict labor matters, which has been considered more novel, transcendental or controversial, with the exception of the pronouncements on Social Security benefits in cases of surrogacy. What is questioned in this regard, apart from the decrease in the volume of cases, are several relevant elements, it is the repercussion that the hyperactivism of the Court of Justice of the European Union is having in the social jurisdiction, the dynamic and / or destabilizing stamp of the Law International in the resolution of certain very relevant issues, the relevance acquired by litigations referring to labor personnel of the Public Sector, the greater laxity in the assessment of the budget of the contradiction that leads to the opening of the appeal for the unification of doctrine, and it is also emphasized that the great, sometimes excessive, plot and doctrinal and jurisprudential quotations, and that is multiplied through the filter of the excessive casuism of certain issues, can hinder the understanding of the pronouncement. Finally, there is no hidden phenomenon of disagreements and discrepancies within the Chamber and that leads to great complexity and overabundance of relevant particular votes -including concurrent- that in no way benefits doctrinal clarity and stability.

Keywords: Jurisprudence, Supreme Court, argumentation, conflict.

SUMARIO

- I. REFLEXIONES INICIALES: VISIÓN PANORÁMICA Y ALGUNA ACLARACIÓN.
- II. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA EN EL BIENIO 2016-2017.
 1. *Los sujetos de la relación laboral: trabajador y empresario.*
 - 1.1. Trabajador extranjero y pérdida de la autorización para trabajar.
 - 1.2. La edad como circunstancia personal con relevancia laboral. ¿Tiene límite de edad la práctica profesional del fútbol?.
 - 1.3. Trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE). Acuerdos de Interés Profesional.
 - 1.4. Contrato de agencia y trabajo en contratas. El concepto de «propia actividad».
 2. *Contrato de trabajo.*
 - 2.1. Contratación laboral y contratación administrativa. El caso del profesor de cante flamenco.
 - 2.2. Deber de no competencia desleal y pacto de no competencia post-contractual.
 3. *Modalidades de contratación.*
 - 3.1. Contratos para obra o servicio de duración determinada. Promotores y asesores de empleo de la junta de Andalucía.
 4. *Contratación laboral en el sector público.*
 - 4.1. Encadenamiento de contratos por profesores de universidad.
 - 4.2. Extinción de contrato de trabajadores indefinidos no fijos por amortización de la plaza o cobertura de vacante y cuantía de la indemnización.
 5. *Condiciones de trabajo: tiempo, salario y conciliación.*
 - 5.1. Registro de la jornada diaria.
 - 5.2. Forma de cálculo de la retribución de las vacaciones.
 - 5.3. Indemnidad retributiva en supuestos de ejercicio de derechos de conciliación.
 - 5.4. Concreción horaria regulada en convenio.
 6. *Vicisitudes de la relación laboral.*
 - 6.1. Sucesión de empresa.
 - 6.2. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.
 - 6.3. Reingreso de excedente voluntario.
 7. *Extinción del contrato de trabajo.*
 - 7.1. Unidad de cómputo del umbral del despido colectivo, acomodo de nuestra regulación al Derecho de la UE.
 - 7.2. Resolución del contrato por impago o retrasos en el pago del salario.
 - 7.3. Despido y videovigilancia.
 - 7.4. Despido y embarazo en caso de reproducción asistida.
 - 7.5. Indemnización por despido. Conceptos computables.
 - 7.6. Cálculo de la indemnización por despido improcedente tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012.
 8. *Libertad y acción sindical.*

PUNTOS CRÍTICOS EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL: UN BALANCE DE LOS DOS...

- 8.1. El ámbito de la acción sindical en la empresa: la opción entre empresa y centro de trabajo.
 - 8.2. Uso sindical del correo electrónico corporativo.
 - 8.3. La libertad de expresión y el derecho a la crítica como herramientas sindicales.
 - 8.4. Delegados de prevención y crédito horario.
 - 8.5. Ventajas sindicales pactadas en convenio colectivo.
 - 8.6. Un apunte sobre negociación colectiva.
 - 8.7. Derecho de huelga y modalidades de esquirolaje.
9. *Prestaciones de seguridad social: el caso de la maternidad subrogada.*

I. REFLEXIONES INICIALES: VISIÓN PANORÁMICA Y ALGUNA ACLARACIÓN

La actividad jurisdiccional de la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo (TS) ha seguido en estos dos últimos años la línea descendente que apunta desde hace algún tiempo. Así, a la vista de los datos de la *Memoria Judicial* de los años 2016 (datos de 2015) y 2017 (datos de 2016)⁽¹⁾, la disminución de asuntos ha sido del 3,6% y del 4,3%, respectivamente. Habiendo dictado la Sala 902 y 1.118 sentencias en cada uno de esos dos años judiciales⁽²⁾. Al margen de estos aspectos cuantitativos, interesa destacar algunos rasgos o caracteres de esta actividad, empezando por la repercusión que está teniendo en la jurisdicción social el hiperactivismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁽³⁾, y la impronta del Derecho Internacional, que están causando no poco revuelo y hasta cierta inestabilidad en la resolución de algunas relevantes cuestiones, como luego se podrá comprobar. Un segundo dato de interés es la relevancia de los litigios referidos a personal laboral del Sector Público, que acapara en muchos aspectos –particularmente en materia de contratación y de extinción– casi todo el protagonismo.

En un plano más técnico, se advierte –para bien y para mal– una mayor laxitud en la apreciación del presupuesto de la contradicción que da pie a la apertura del recurso de casación para la unificación de doctrina [art. 219.1 Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)]. Y en cuanto a la factura de las sentencias, se detecta una considerable sobrecarga argumental y de citas doctrinales y jurisprudenciales, a veces innecesarias, que combinada con el excesivo casuismo de algunos asuntos, y con el particular estilo de cada magistrado ponente, ha incrementado la dificultad de comprensión de los pronunciamientos. En la parte dedicada a la crónica se ofrecen muestras claras de las razones de esta apreciación. Un último fenómeno que cabe poner de manifiesto es

(1) Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/> (última consulta el 23 de octubre de 2017).

(2) El decalaje de estas cifras, seguramente, indica que a pesar de la disminución de asuntos, en 2016 se han resuelto más por sentencia que en el 2015 (en que quizá hubo más inadmisiones resueltas por auto).

(3) De un total de 36 cuestiones prejudiciales suscitadas ante el TJUE en 2015, 10 han versado sobre política social; y del total de 47 cuestiones prejudiciales formuladas en 2016, 9 han sido sobre política social, y una más sobre Seguridad Social de trabajadores migrantes.

el de los desencuentros y discrepancias en el seno de la Sala de lo Social, que con toda probabilidad encuentran explicación en la complejidad creciente de algunos asuntos, pero que arrojan como resultado una sobreabundancia de relevantes votos particulares –incluso concurrentes–, que en nada beneficia a la claridad y estabilidad doctrinal.

En definitiva, las frágiles mayorías, las soluciones farragosas, las sentencias «de serie» con argumentaciones parcialmente dispares, lo único que consiguen es el vaticinio sobre la pérdida de legitimidad de la doctrina de la Sala en su relevante papel conformador de la jurisprudencia, tan necesaria para fijar y dar estabilidad al sentido del complicado entramado de la normativa laboral y social.

Unas últimas indicaciones sobre la selección que contiene este balance, necesariamente incompleto, de la jurisprudencia social de estos dos últimos años. A diferencia de los datos que se recogen en las *Memorias*, que se corresponden con el año judicial, las sentencias que aquí se han manejado correspondan al período del año natural de 2016 y lo que va de 2017;⁽⁴⁾ y se refieren a materia laboral estricta, con la excepción de los pronunciamientos relativos a las prestaciones de Seguridad Social en casos de maternidad subrogada. Y ni siquiera alcanzan a toda la materia laboral, sino sólo aquella que se ha considerado más novedosa, trascendental o polémica. Han quedado fuera materias como, por ejemplo, los litigios sobre despidos colectivos, que no sólo han disminuido comparativamente con el volumen de años precedentes, sino que han alcanzado cierta estabilidad doctrinal en los aspectos que fueron más difíciles y cuentan, por lo demás, con notables estudios monográficos⁽⁵⁾. En otro momento sería interesante abordar la materia procesal, para inquirir, por poner sólo un caso, sobre el notable crecimiento de las demandas de revisión. Por último, la ordenación de las materias sigue, más o menos, el común criterio académico de un programa convencional de Derecho del Trabajo.

II. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA EN EL BIENIO 2016-2017

1. Los sujetos de la relación laboral: trabajador y empresario

1.1. *Trabajador extranjero y pérdida de la autorización para trabajar*

El trabajo de los extranjeros es siempre un asunto de enorme interés, relevancia y complejidad. En particular cuanto tiene que ver con las repercusiones de la falta de las oportunas autorizaciones para residir y trabajar en nuestro país. La STS de 16-11-2016 (RJ 2016, 5870) (Rec. 1341/15) se ocupa de declarar que no cabe entender que la pérdida de la autorización constituya una condición resolutoria implícita, sino que

(4) Teniendo en cuenta el desfase entre las fechas de las sentencias y las fechas de publicación de las mismas, y que en este momento las bases del CENDOJ están incorporando resoluciones fechadas en el mes de julio de este año.

(5) Puede verse, entre otros muchos, AA.VV. *Tratado Práctico de Despido Colectivo* (dir. M. GODINO REYES), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

la vía extintiva del contrato sería la del despido por causas objetivas; al no haberse acudido a esa vía, el despido merece la calificación de improcedente. Eso sí, no cabrá la readmisión al faltar el requisito de la autorización, por lo que procederá en todo caso la indemnización.

1.2. La edad como circunstancia personal con relevancia laboral. ¿Tiene límite de edad la práctica profesional del fútbol?

Aunque el litigio versa sobre la posibilidad de declarar al futbolista en situación de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo, la STS de 20-12-2016 (RJ 2017, 135) (Rec. 535/15) acaba en realidad pronunciándose sobre esa otra cuestión más general. El demandante, futbolista profesional al servicio del Granada 74 SAD, sufrió en el transcurso del Mundial de Fútbol de Alemania (2006) –como integrante de la selección de Togo– una importante lesión en la rodilla derecha, que precisó tratamiento quirúrgico, médico y rehabilitación funcional, siendo dado de alta a los 17 meses. A resultas de ese percance le quedaron secuelas consistentes en artropatía postraumática en la rodilla derecha con limitación funcional y gonoalgia residual, pérdida de flexibilidad, de fuerza y de potencia. En junio de 2008 se produjo su cese en el Granada, y en la temporada 2010-2011 fichó por un club francés, sin que conste que jugara algún partido. En diciembre de 2010 interesó el reconocimiento de una IPT, que le fue denegada en suplicación por haber cesado en su profesión habitual al cumplir los 30 años.

Resulta indudable que las secuelas de la lesión que sufre el recurrente encajan en la noción de IPT (art. 137 LGSS), y que tuvieron origen en un accidente de trabajo, a lo que no obsta el hecho de haberse complicado la lesión por una infección, ya que el art. 115.2 g) LGSS califica como tal las consecuencias del accidente derivadas de enfermedades intercurrentes (complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el propio accidente). La única cuestión discutible es si se opone a la declaración de dicha situación el hecho de que el actor hubiese cumplido treinta años y con ello cesado en su actividad profesional como futbolista. Pese a lo extraño que pueda resultar semejante duda, entre otras razones porque consta que había fichado por un club francés cuando solicitó la declaración de la incapacidad (estaba, pues, en activo, aunque no se haga constar expresamente si jugó o no algún partido), lo que de interés puede tener este pronunciamiento es la afirmación de que el RD 1006/1985, de 26 de junio, que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales no establece especialidad alguna en relación con la edad, por lo que no es viable esgrimir una eventual presunción del cese de su actividad por razón de edad.

1.3. Trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE). Acuerdos de Interés Profesional

La STS de 11-1-2017 (RJ 2017, 1754) (Rec. 111/16) resulta de interés pero en verdad, desde mi punto de vista, por un motivo distinto de los que integran el núcleo de la controversia, que gira en torno a un asunto casi pueril. Se trataba de interpretar

un conjunto de Acuerdos de Interés Profesional (AIP) que rigen en la empresa BIMBO para los autónomos que desarrollan la actividad de transporte, con el fin de determinar si aquellos trabajadores que se afiliaron a UGT para que les fuera de aplicación el Acuerdo sobre «canal detalle» –recuérdese que los AIP tienen eficacia contractual y, por ello, limitada a los afiliados a las organizaciones firmantes– han de tenerse en cuenta para el cómputo de la representatividad sindical para la asignación de representantes zonales. Este tipo de representante, conforme al AIP/2011 que rige esta materia, son designados por cada uno de los sindicatos firmantes en proporción al número de afiliados que acredite. Por fin, la forma de acreditar la afiliación se establece en el «Acuerdo Reglamento de Elecciones de los Trades de Bimbo» (enero 2014). El sindicato CCOO, que no firmó el Acuerdo para el «canal detalle» (sí lo hizo UGT), pretende que aquellos afiliados no computen, solución que es descartada por la sentencia que se comenta, sobre la base de que en ninguno de los Acuerdos –desde luego no en el que regula las formas de representación– se hace distinción ni establece excepción alguna al cómputo de todos los afiliados.

Como se puede comprobar, el asunto no tenía excesiva enjundia. Si bien sí hace la Sala un par de consideraciones de interés, cuando razona sobre la aplicación a los AIP de los autónomos una muy consolidada doctrina sobre los criterios de interpretación de las cláusulas de los convenios colectivos; y cuando afirma que se trata en todo caso de una cuestión de legalidad ordinaria que no concierne al derecho constitucional a la libertad sindical.

Pero, con todo, lo que realmente interesa resaltar ahora es una cuestión que no forma parte del núcleo de la cuestión litigiosa, y es que en la parte fáctica de la sentencia se desliza un interesante dato, que los TRADE de la empresa BIMBO provienen en realidad de la «reconversión» de los asalariados de la actividad de transporte y reparto que existían en la empresa en trabajadores autónomos económicamente dependientes. Una modalidad de externalización y trasvase de trabajo asalariado al trabajo autónomo cada vez más en boga en el panorama empresarial post-crisis.

1.4. Contrato de agencia y trabajo en contratas. El concepto de «propia actividad»

Junto al clásico problema consistente en delimitar qué se entiende por «propia actividad» a los efectos de aplicar el régimen de obligaciones y responsabilidades previsto en el art. 42 ET surge ahora uno más novedoso o menos frecuentemente tratado, el de la identificación del negocio jurídico en virtud del cual se produce la colaboración entre empresas característica del trabajo en contratas. A estos efectos, la relevante STS de 21-7-2016 (RJ 2016, 4510) (Rec. 2147/14), con corrección de doctrina precedente y un voto particular discrepante, llega a la solución de que el contrato de agencia entre dos entidades mercantiles para la comercialización de los productos de la empresa principal puede ser un título idóneo para constituir o encajar en el supuesto de hecho del precepto de referencia.

La trabajadora demandante prestó servicios como «gestora telefónica» para una entidad –integrante de un grupo de empresas– contratada por Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A.U. con el fin de ofrecer sus productos al

mercado; y reclama contra aquellas empresas por despido, rescisión del contrato por impago y abono de salarios adeudados. Con carácter más general lo que se discute es el alcance de la responsabilidad de las grandes empresas de telefonía respecto de salarios no abonados por las mercantiles que colaboran con ellas en la comercialización de sus productos. La Sala parte del hecho de que la norma laboral no se ocupa de tipificar o tasar el negocio jurídico a través del cual entra en juego la «contrata», por lo que no cabe entenderla únicamente referida al contrato de obra o servicio civil. Lo relevante es, en cambio, que exista un negocio que proporcione cobertura al «auxilio que para su propia actividad» consigue la comitente o empresa principal. La clave para la Sala es, pues, si lo que hacen las agentes comerciales –tareas orientadas a la comercialización de los productos de telefonía móvil digital de Telefónica– es «propia actividad» para esta empresa, no en el sentido de que forme parte de su propio ciclo productivo (postura mantenida hasta ahora) sino de si constituye un servicio «nuclear», inherente e indispensable para la realización de su actividad. Llegando a conclusión afirmativa de esto último, pues la subsistencia de la empresa en el mercado de telefonía depende de la existencia de un número suficiente de clientes que mantengan la operativa necesaria para la prestación del servicio. Esta interesante, aperturista y clarificadora doctrina se ha reiterado ya en las posteriores SSTS de 26-4-2017 (RJ 2017, 2760) (Rec. 110/16) y 6-7-2017 (RJ 2017, 3515) (Rec. 325/16).

2. Contrato de trabajo

2.1. Contratación laboral y contratación administrativa. El caso del profesor de cante flamenco

La práctica contractual en las Administraciones Públicas sigue suscitando numerosos problemas y casos cuando menos curiosos, como luego se verá con carácter más específico. Baste por ahora la mención a la STS de 18-3-2016 (RJ 2016, 1577) (Rec. 1447/14), siquiera sea para mostrar lo pertinaz en el incumplimiento de la legalidad que un organismo público puede ser. El actor fue contratado como profesor de cante flamenco por el Conservatorio de danza de la Comunidad de Madrid entre los años 2005 y 2011 en virtud de una sucesión de contratos administrativos de prestación de servicios. Extinguido el último contrato en junio de 2011 el interesado demandó por despido, que fue declarado improcedente, previa estimación de la existencia de relación laboral; volviendo a suscribirse un nuevo contrato, con el mismo régimen, en septiembre de 2011, con duración prevista hasta el 30 de diciembre de 2012. El 20 de junio de ese año el trabajador remitió burofax a la CAM indicando que si efectivamente se procedía a la extinción de su contrato consideraría que la misma sería nula o, en su defecto, improcedente. La reacción del Conservatorio no se hizo esperar y con efectos de 1 de julio procedió a darle de baja en la Seguridad Social. Interpuesta nueva demanda por despido, tanto en la instancia como en suplicación se volvió a declarar la existencia de relación laboral y la improcedencia del acto extintivo. El profesor de flamenco interpone el recurso de casación interesando la declaración de nulidad con fundamento en la vulneración de la garantía de indemnidad, pretensión que, como es fácil de adivinar, es estimada.

2.2. *Deber de no competencia desleal y pacto de no competencia post-contractual*

En realidad, y pese que se incluyan en este bloque y bajo este epígrafe, las SSTS de 4-5-2017 (RJ 2017, 2553) (Rec. 1068/15) y de 12-5-2017 (RJ 2017, 3147) (Rec. 147/16) lo que se ocupan de dilucidar es la competencia jurisdiccional para conocer de sendas demandas formuladas por la empresa frente a tres trabajadores en reclamación de la indemnización de los daños derivados de haber incurrido en una práctica de competencia desleal, teniendo uno de ellos además suscrito un pacto de no competencia post-contractual. Llegando ambas a idéntica solución favorable a la atribución de la competencia al orden jurisdiccional social.

Los hechos se resumen así: tres trabajadores de la empresa *SARDOMUS*, vigente el contrato de trabajo, constituyeron sendas sociedades de responsabilidad limitada (*EUROSALUD* y *EUROGESTIÓN*) cuyo objeto social coincidía sustancialmente con el de su empleadora y con pretensión de ofrecer en el mercado los mismos servicios; valiéndose para ello de las herramientas y conocimientos derivados de su relación laboral, si bien la actividad de las nuevas sociedades no se inició hasta que se extinguieron las relaciones laborales de los socios, por baja voluntaria de dos de ellos y despido de un tercero que había suscrito un pacto de no competencia post contractual. Interpuesta demanda por la empresa contra los tres ex trabajadores en reclamación de daños y perjuicios, la misma fue estimada en la instancia, condenando al pago de 30.000€. Recurrida en suplicación, la Sala del TSJ de Cataluña declaró la incompetencia del orden social por no ser ya los demandados trabajadores de la demandante *SARDOMUS*, y haberse demandado igualmente a las dos sociedades constituidas por aquellos. La Sala del TS esgrime, en primer lugar, el art. 2 a) LRJS que atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo; y el deber de no concurrencia con la actividad empresarial es un deber básico derivado del contrato ex art. 5.d) ET. De manera que es competente el orden social, incluso si la controversia se produce entre empresarios, como puede acontecer en los supuestos del art. 21 ET, si el incumplimiento del deber de no concurrencia se ha instrumentado mediante la constitución de una sociedad, a la que puede exigírsele la oportuna responsabilidad solidaria. Ello determina la devolución de las actuaciones al TSJ para que se pronuncie sobre el fondo.

La posterior STS de 12-5-2017 (Rec. 147/16) reitera la competencia del orden social en el procedimiento que, sobre los mismos hechos, se sigue en relación con el trabajador que tenía suscrito el pacto de no competencia post-contractual y fue despedido.

3. **Modalidades de contratación**

3.1. *Contratos para obra o servicio de duración determinada. Promotores y asesores de empleo de la junta de Andalucía*

Aunque constituye un problema que se ciñe al Sector Público –auténtico filón de casos litigiosos en materia laboral–, y pese a que se trata de una doctrina

sumamente reiterada, al confluír en el debate los elementos configuradores y la calificación como contratos para obra o servicio de duración determinada, se traen aquí las sentencias referidas a los Promotores y Asesores de Empleo de la Junta de Andalucía, la última de las cuales⁽⁶⁾, de fecha 19-7-2017 (Rec. 3428/15), menciona los numerosos pronunciamientos precedentes sobre el mismo asunto y sigue, por evidentes razones de seguridad jurídica, lo que en ellos se decidió. Los demandantes en esta serie de litigios (413 empleados) fueron contratados por la Junta de Andalucía en el marco del *Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral* aprobado por el acuerdo de Consejo de Ministros de 18/4/2008, que encomendaba su gestión al Estado y a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, y que iba destinado, según su art. 8, a incrementar la contratación laboral y a reforzar la estabilidad profesional de las personas desempleadas y de las expuestas a su exclusión del mercado laboral. Los contratos se prorrogaron anualmente con una cláusula adicional conforme a la cual quedaban condicionados a la financiación regulada en la normativa estatal (RDL 13/2010), con cargo al presupuesto de gastos del Servicio Andaluz de Empleo. En diciembre de 2012 se dieron por concluidos estos contratos por falta de prórroga de la medida de contratación y terminación del Programa, y dado que el proyecto de Ley de Presupuestos para 2013 no contemplaba su continuidad. Los afectados interpusieron demandas por despido, y lo que se discute en casación es, sobre la base de la ilicitud de los contratos y su conversión en indefinidos no fijos, si procede o no tramitar las extinciones como despidos colectivos por la vía del art. 51 ET; y si, al no haberse procedido así, los despidos merecen la calificación de nulos.

La conclusión constante de la Sala es que, en efecto, los contratos se convirtieron en indefinidos (no fijos) por incumplimiento de las exigencias de la específica modalidad contractual, por dos circunstancias concretas; la primera, la falta de suficiente identificación en el contrato de la causa específica de la contratación; y la segunda, la absoluta indiferenciación funcional de los afectados respecto de los trabajadores habituales de cualquier oficina de empleo. Sin embargo, la Sala descarta la aplicación al caso del art. 51 ET, también por dos razones: que la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos excluye expresamente de su ámbito de aplicación las extinciones que lleven a cabo las Administraciones Públicas y, en general, las que se produzcan en el Sector Público (argumento chocante, cuando otras extinciones de contratos en ese mismo sector sí se considera que han de encauzarse a través de despidos colectivos); y la segunda razón, bastante más clara, que no se trata en realidad de un cese por iniciativa del empresario, sino que se produce «por imposición de la ley» (el RDL 13/2010 y Ley 35/2010, y en última instancia la LPGE 2013). Por consiguiente, los despidos no son nulos, aunque sí improcedentes (extinción como temporales por fin de contrato de contratos indefinidos).

(6) La última que aparece en la base de datos del CENDOJ a fecha de hoy, 17 de octubre de 2017.

4. Contratación laboral en el sector público

4.1. Encadenamiento de contratos por profesores de universidad

El profesorado contratado de las universidades públicas ha suscitado numerosos y complejos problemas, de los que ahora se han empezado a abordar en sede judicial los referidos a los profesores asociados, mejor dicho, a los «falsos» profesores asociados⁽⁷⁾.

Al respecto, la STS de 1-7-2017 (Rec. 2890/15), invocando las doctrinas *Márquez Samohano* y *Pérez López* (SSTJUE de 13-3-2014, asunto C-190/13 y de 14-9-2016, asunto C-16/15), concluye que el encadenamiento entre 2003 y 2013 de contrataciones como profesor asociado, colaborador y lector constituye una práctica abusiva, en fraude de ley, ya que los contratos no se ligaban a los objetivos y finalidades propios de la fórmula contractual empleada, sino que atendían a necesidades ordinarias y permanentes de la Universidad, y el demandante no desarrollaba otra actividad profesional cuando fue contratado como asociado, ni se cumplieron las finalidades formativas cuando lo fue como lector. El contrato se considera, pues, convertido en indefinido no fijo, y la extinción unilateral del mismo invocando el término final del último contrato despido improcedente.

En términos parecidos, reconociendo el carácter de indefinido no fijo del actor y recurrente, y declarando la improcedencia del cese, la STS de 22-6-2017 (RJ 2017, 3830) (Rec. 3047/15), referida a un «falso asociado» de la *Universidad Pompeu Fabra*.

4.2. Extinción de contrato de trabajadores indefinidos no fijos por amortización de la plaza o cobertura de vacante y cuantía de la indemnización

El grado de complejidad adquirido por los pronunciamientos referidos a estos dos colectivos de trabajadores es considerable, casi inaudito. Pero trataremos de clarificar en alguna medida los diversos tipos de soluciones que se le han ido dando a los problemas relativos y derivados de la extinción de estos contratos, bien por amortización de la plaza, bien por cobertura reglamentaria de la misma.

En primer lugar, sobre la vía extintiva en caso de amortización de la plaza, la Sala reitera en SSTS de 20-12-2016 (RJ 2016, 6283) (Rec. 103/15) y 20-4-2017 (RJ 2017, 1991) (Rec. 1325/14) que tanto si se trata de interinos por vacante como de indefinidos no fijos, para la amortización de los puestos de trabajo habrá que acudir a los procedimientos de despido previstos en los arts. 51 y 52 ET, en función del número de afectados [doctrina fijada en STS de 24-6-2014 (RJ 2014, 4380) (Rec. 217/13)]. Luego sí se aplica la normativa sobre despidos colectivos en el Sector Público. La Sala aclara de seguido que la nulidad sólo desplegará efectos sobre los trabajadores recurrentes, no sobre aquellos que se aquietaron a la sentencia recaída en suplicación que confirmó la validez del cese. En el mismo sentido, la STS de 9-3-2017 (RJ 2017, 1447) (Rec.

(7) P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «El falso profesor universitario asociado. Por fin el gato tiene cascabel», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* n.º 33, 2017, pp. 70 y ss.

2636/15), respecto del cese de un indefinido no fijo de la Xunta de Galicia, pero con el argumento añadido de que al encontrarse el trabajador en situación de excedencia voluntaria por guarda legal de una menor (proveniente de una situación de reducción de jornada por la misma razón), resultaba además de aplicación la garantía automática de la nulidad objetiva del despido prevista en el art. 55.5 b) ET. Por su parte, la STS de 19-7-2017 (RJ 2017, 3995) (Rec. 4041/15) [con referencia a la de 19-7-2017 (Rec. 3255/15) y 18-3-2015, *caso Ayuntamiento de Onil*] aclara también la diferencia entre omitir el cauce en el caso de despido colectivo y en el de despido objetivo. En el primer caso el despido será nulo, mientras que en el segundo será sólo improcedente, reservándose la nulidad para los mismos supuestos que en el despido disciplinario (vulneración de derechos fundamentales o ejercicio de derechos de conciliación). Por fin, la STS de 30-3-2017 (RJ 2017, 1811) (Rec. 961/15), a propósito de un despido acordado en el Ayuntamiento de los Barrios, dedica una especial argumentación justificativa de la aplicación de este criterio a un cese previo a la entrada en vigor del RDL 3/2012.

En relación con el bloque de supuestos relativos a la extinción del contrato por cobertura de la vacante, como es de sobra conocido a partir del *caso De Diego Porras* (STJUE de 14 de septiembre de 2016), si se trata de trabajadores interinos la extinción se produce por fin del contrato temporal al desaparecer la causa de la interinidad [art. 49.1.c) ET], y no ha lugar a indemnización. Aunque conviene recordar que sobre este punto pende una nueva cuestión prejudicial esta vez formulada por el propio Tribunal Supremo. En cambio, si la extinción por cobertura de la vacante afecta a trabajadores indefinidos no fijos, la STS de 19-7-2017 (Rec. 4041/15) –referida a una Técnica de la Agencia Estatal del CSIC que prestaba servicios en la Estación Biológica de Doñana–, junto a las anteriores de 28-3-2017 (Rec. 1664/15), 9-5-2017 (Rec. 1806/15), y 12-5-2017 (Rec. 1717/15), han vuelto a modificar el criterio en relación específicamente con la cuantía de la indemnización, que pasa de los 12 días correspondiente al cese por fin de contrato, a los 20 días que corresponden a un despido [art. 53.1 b) ET]. La Sala justifica este nuevo cambio de parecer en los siguientes argumentos: el primero, el reconocimiento separado que lleva a cabo el EBEP de la existencia del contrato indefinido no fijo junto al indefinido y el temporal, y por tanto, como algo distinto a este último; el segundo, la falta de un régimen jurídico extintivo e indemnizatorio específico para este tipo de personal que permite asimilar este supuesto extintivo al despido por circunstancias objetivas; el tercero, una vez más la doctrina del TJUE [STJUE de 11 diciembre 2014 (*Asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega*, C-86/149)], que considera a los trabajadores indefinidos no fijos comprendidos en el marco de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y que obliga a adoptar alguna medida sancionadora frente a los abusos en las cadenas de contratos; medida que bien puede ser el reconocimiento de la indemnización.

Al filo del cierre de esta crónica, la STS de 20-7-2017 (RJ 2017, 4403) (Rec. 2832/15), por la singularidad del supuesto, vuelve a matizar la solución para el cese de una trabajadora indefinida no fija de la Xunta de Galicia por cobertura de la vacante. Lo peculiar del caso es que la trabajadora fue adscrita a una plaza funcional que ya había salido a oferta para su cobertura. La Sala considera no aplicable aquí la tesis de la terminación del contrato indefinido no fijo «sin despido» pero con indemnización de

20 días por año, puesto que toda la praxis de la empresa ha sido incorrecta, y el cese no encaja en ninguna de las causas legales de extinción contractual. De ahí que considere que se ha producido un despido improcedente, con la consiguiente indemnización superior.

5. Condiciones de trabajo: tiempo, salario y conciliación

5.1. Registro de la jornada diaria

La decisiva STS de 23-3-2017 (RJ 2017, 1174) (Rec. 81/16) dictada por el pleno de la Sala y acompañada de tres votos particulares –dos discrepantes y uno concurrente–, dirime en procedimiento de conflicto colectivo si la entidad demandada (*Bankia*) ha de llevar un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el cumplimiento de los horarios. Cuestión a la que la mayoría de la Sala otorga respuesta negativa, con fundamento en la inexistencia de una regla al respecto en la normativa legal, que únicamente obliga al control de las horas extras (art. 35.3 ET). Con este apego estricto a la letra del art. 34 ET se da al traste con la loable iniciativa de la Inspección de Trabajo en su *Instrucción 3/2016 sobre intensificación del control del tiempo de trabajo y las horas extraordinarias*, que fue el motor de la imposición de aquella obligación de registro que conmocionó al mundo empresarial. Lo que los votos discrepantes ponen de manifiesto, en esencia, es que si el art. 35.5 ET exige que, a efectos del cómputo de las horas extras, «la jornada de cada trabajador se registrará día a día», ello ya proporciona la oportuna cobertura a la interpretación llevada a cabo por la Inspección. ¿De qué otro modo se puede calificar una hora como extraordinaria sino contabilizando las ordinarias?

Por otra parte, hay alguna afirmación en los razonamientos de la Sala que constituyen una clara «petición de principio» o una valoración prejuiciosa cuando se alude a la inexistencia de la obligación empresarial de llevar un «complejo registro»; mientras que esgrimir como fundamento adicional de la decisión el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, sobre protección de datos y la posible intromisión en la intimidad y vida privada del trabajador –sobre todo cuando hay horarios flexibles o trabajo en la calle o en casa– resulta incluso sarcástico.

Me parece de singular interés una cita que hace el tercero de los votos, el del magistrado Jordi Agustí, donde trae a colación nada menos que una STS de 18 de mayo de 1933, que reza como sigue:

«...la jurisprudencia debe tener como propósito y finalidad directriz, no solo satisfacer la “necesidad de estabilidad y fijeza” de las relaciones sociales (que tanto o más que ella, es función propia de la ley), sino además y principalmente, asegurar la “plasticidad y movilidad” de la norma, para que el derecho sea, no cosa muerta y rígida, sino materia fluida y flexible, sujeta a renovación como la vida misma...».

A partir de la cual considera que la interpretación del TS debiera haberse acomodado al contexto social, siendo público y notorio que se realizan excesos de jornada, como ponen de manifiesto los Planes de Control de la Inspección de Trabajo y Seguridad

Social, y sus Instrucciones sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias.

Esta doctrina ha provocado la formulación de una Proposición de Ley por parte del grupo socialista para la modificación del art. 34 ET⁽⁸⁾, precisamente para que se incluya dicha obligación de registro diario de la jornada efectivamente realizada por cada trabajador.

5.2. Forma de cálculo de la retribución de las vacaciones

En contra de lo que pudiera parecer o esperarse, lo que esta tanda de sentencias clarifican no es tanto –o no sólo– cómo ha de calcularse la retribución durante el período de vacaciones anuales, cuanto el papel que en ese punto está llamado a cumplir o puede asumir el convenio colectivo, lo que el mismo puede o no incluir o dejar de incluir en el salario del período vacacional. En efecto, la jurisprudencia y doctrina judicial precedentes ya dejaban suficientemente claro que, a la luz de la normativa interna y, sobre todo, internacional en la materia (el Convenio 132 de la OIT, la Directiva 2003/88/CE y la jurisprudencia del TJUE) la remuneración de las vacaciones debía consistir en la «normal o media», esto es, el promedio de lo percibido en el período del año precedente, que es el de devengo del derecho, sobre todo cuando la retribución no consiste en una cantidad fija, sino en conceptos que pueden ser variables en su percepción y en su cuantía; o, como dice la Sala, conceptos variables que no se encuentran en la «zona de certeza» sino en el «halo» o «zona de duda», porque son de percepción más esporádica o discontinua.

El problema es que, por un lado, la variedad o diversidad que ofrece la estructura salarial que se ocupa de concretar o detallar en cada sector o empresa la negociación colectiva no siempre facilita la aplicación de esos criterios. Y, por otro, que en muchas ocasiones los propios convenios detraen o dejan de integrar en la retribución de las vacaciones algunas partidas o componentes del salario. Por eso en esta serie de sentencias el TS se ha visto en la necesidad de dirimir caso a caso cómo se ha de calcular esa retribución. Precisamente por ese casuismo sigue sin ser posible, a mi juicio, contar con criterios cerrados y seguros.

Las sentencias, hasta donde he sido capaz de recopilarlas, son las dos SSTS, de Sala General, de 8-6-2016 (Rec. 112/15 y 207/15), sector de *Contact Center* y empresa *Telefónica Móviles España, SAU (caso TME)*, esta última, con votos particulares; la STS de 9-6-2016 (RJ 2016, 3893) (Rec. 235/15), empresa *Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones (STOL)*; la de 30-6-2016 (Rec. 46/15), empresa *Swissport Spain, S.A.*; la de 15-9-2016 (Rec. 258/15), en relación con el *Convenio estatal de Empresas de Seguridad*; la de 29-8-2016 (Rec. 233/15) respecto de un convenio colectivo de empresa; la de 30-1-2017 (Rec. 44/16), *caso ADIF*; la de 14-2-2017 (Rec. 45/16), *Autopista Concesionaria Española, SAU (ACESA)* y otras entidades; la de 21-3-2017 (Rec. 80/16), de nuevo en *ADIF*; y la de 20-7-2017 (Rec. 261/16), en la

(8) BO de las Cortes Generales de 23 de junio de 2017.

empresa *RENFE*. Y en las mismas se concluye, como doctrina general que matiza la anterior, que el convenio puede regular la materia relativa a la retribución durante las vacaciones (art. 38 ET), pero que debe no obstante respetar los mínimos derivados del Cv.132 OIT y de la Directiva 2003/88/CE.

Se suscita asimismo la virtualidad que podrían tener el reconocimiento en el art. 31 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE* del derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas, así como la propia Directiva 2003/88/CE; y en relación con el derecho reconocido en la Carta se llega a la conclusión de que, aun tratándose de un principio de Derecho social de la Unión de especial importancia, no puede considerarse suficiente por sí mismo para consolidar un derecho subjetivo, sino que requiere de un desarrollo legislativo ulterior a nivel interno. Mientras que no es posible sostener que la Directiva despliegue un «efecto directo horizontal», entre particulares, aunque sí cabría la interpretación conforme.

Así que, finalmente es la propia Sala la que ha de dar respuesta y despejar esas dudas que sigue suscitando el bloque normativo regulador de la retribución de las vacaciones. Por lo general se adopta la decisión de considerar que deben computarse sus promedios anuales cuando se trate de conceptos que retribuyen circunstancias y exigencias sustanciales a la actividad de la empresa y de carácter habitual (por ejemplo, porque se perciben mensualmente), sin perjuicio de que su cuantía sea variable⁽⁹⁾. Y se excluyen, también en un balance general, conceptos extraordinarios o de percepción excepcional como los «bonus», que dependen de eventualidades o contingencias como los resultados de la empresa o los objetivos alcanzados por el trabajador (*TME*, *Swissport Spain* o *STOL*); o el «plus hora festiva», porque se percibe sólo si se renuncia al descanso compensatorio, por lo que se considera una percepción igualmente excepcional (*Swissport Spain*); o, en fin, el complemento de «toma y deje» en *ADIF*, que la normativa de *RENFE* define como una compensación por exceso de jornada de carácter ocasional (tiempo de anticipación o retraso en el horario normal), y se califica como «indemnización por recepción y entrega del servicio a Auxiliares de Depósito, Guardaguasas y Capataces de Maniobras». Y, desde luego, quedan fuera los conceptos extrasalariales como los «pluses» de transporte y el de «quebranto y conteo» (*ACESA* y otras entidades).

Más dudoso resulta que se considere excluido el concepto de «jornada partida» con el argumento de que «no aparece en la Normativa Laboral de *RENFE* entre los

(9) En *TME*, el complemento de «carrera comercial», y el plus de «disponibilidad»; en *Contact Center*, las comisiones por ventas y los incentivos a la producción; en el caso *STOL*, las «guardias de Servicio Técnico», «de localización» y de «especial dedicación»; en el caso *Swissport Spain*, los pluses de hora nocturna, hora en domingo, fraccionamiento de jornada y plus de jornada partida; en *ADIF* los pluses «Reemplazo a cargo superior», «Compensación por descanso para refrigerio trabajado», «Gratificación Conducción personal IFF», «Régimen de la gratificación por conducción personal V y O», «Gratificación por polivalencias»; y para los trabajadores procedentes de *FEVE*, los «Complementos por Guardia Infraestructura Vía y Obras», «Guardia Infraestructura Servicio Eléctrico», «Guardia Inspector Principal de Movimiento», y el «Complemento por Incidencias». Por su parte, en *RENFE*, se declaran computables los siguientes pluses: Plus sábado, plus domingo y festivo y plus festivo especial, Plus nocturnidad, Plus de cambio de turno, Plus Descanso Área de Mantenimiento, Plus de descanso, Plus Destacamento y Plus Desplazamientos, Plus Retén laborables, Plus retén accidente sábados, domingos y festivos, Plus Retén avería sábados, domingos y festivos y Plus Retén Mando. Y en *ACESA* y otras, los pluses denominados «festivo», «nocturno», «pista» y «centro operaciones-control».

conceptos que integran la retribución», pues –para ser congruente con la tesis inicial mantenida– lo decisivo ha de ser el carácter de cada concepto, su verdadera naturaleza, y no la calificación del mismo que haga el convenio o la normativa sectorial o de empresa que resulte de aplicación. Como prueban las decisiones adoptadas respecto del *Convenio colectivo estatal de empresas de Seguridad* 2015 y del convenio de empresa, que rechazan la posibilidad de que el mismo excluya en el cálculo del importe de la retribución de las vacaciones la totalidad de los complementos de puesto de trabajo.

5.3. Indemnidad retributiva en supuestos de ejercicio de derechos de conciliación

Dos aspectos del problema se abordan en sentencias del período analizado. La primera, la STS de 10-1-2017 (RJ 2017, 38) (Rec. 283/15), en relación con el abono de incentivos sin contar las ausencias derivadas de la baja maternal y por riesgo durante el embarazo. La empresa descontaba esas ausencias a efectos de computar los días productivos necesarios para devengar la retribución por incentivos, de forma que las trabajadoras no percibían incentivos tras su reincorporación hasta completar *ex novo* los períodos de trabajo efectivo exigidos. La Sala considera dicha práctica un trato discriminatorio directo, sobre la base de la singularidad de esos períodos de baja que afectan exclusivamente a las mujeres (salvo en caso de fallecimiento de la madre). Y remite a soluciones similares en las SSTs de 31-3-2015 (RJ 2015, 1838) (Rec. 1505/14) y 27-5-2015 (RJ 2015, 3148) (Rec. 103/14).

Por su parte, la STS de 24-1-2017 (RJ 2017, 1615) (Rec. 1902/15), afronta el supuesto de una trabajadora, MIR en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias, que durante los períodos en que se adaptó su puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, dejó de realizar las guardias y de percibir el complemento de atención continuada correspondiente. Se da la circunstancia de que el contrato le fue prorrogado por un período de tiempo idéntico al de duración de aquellas situaciones, con el fin de que pudiera percibir el importe de las guardias, de modo que tanto en la instancia como en suplicación se considera que esa prórroga restablece el equilibrio de los intereses de la actora. Así y todo, la Sala, con un fabuloso repaso de la normativa aplicable (el art. 8 de la LOPI, que considera discriminación directa todo trato desfavorable de las mujeres por razón del embarazo o la maternidad; la LPRL y la Directiva 92/85; el ET y la LGSS), la doctrina constitucional y la europea en la materia [pese a la doctrina TJUE de 1 julio 2010, *Asunto Parviainen* (C-471/08)], concluye estimando el recurso de la actora, apreciando la existencia de la discriminación y condenando al abono en concepto de indemnización por daños de la cantidad dejada de percibir por las guardias más otra por el daño moral cuantificada en función de los importes que fija la LISOS.

5.4. Concreción horaria regulada en convenio

La STS de 15-9-2016 (Rec. 35/15), con precedente en la STS de 18-5-2016 (RJ 2016, 3259) (Rec. 198/15) en relación con un litigio sobre la misma cuestión, dirime un conflicto colectivo promovido por varios sindicatos contra la patronal del sector de *Contact Center* sobre interpretación de lo dispuesto en el convenio de aplicación a dicho

sector en relación con la concreción horaria en casos de reducción de la jornada por guarda legal. El convenio de referencia regula esta materia sin exigir que la concreción horaria se proyecte sobre la jornada «diaria» (como sí exige el art. 37.5 y 6 ET), al referirse únicamente a la «jornada ordinaria» que corresponda al trabajador. La Sala ratifica el criterio estimatorio de la AN, recordando las reglas de interpretación de las cláusulas de los convenios conforme a los criterios gramatical, lógico, finalista e histórico, junto con la necesidad de atender a la intención de las partes; y que corresponde aplicar al tribunal de instancia, siendo excepcional la posibilidad de revisión en vía de recurso por el tribunal superior. Respecto de la intención de las partes la patronal opone que el convenio es anterior a la reforma de 2012 que introdujo el añadido «diaria» en la referencia a la jornada susceptible de reducción con fines de conciliación. Pero lo cierto es que las partes negociadoras mantuvieron dos reuniones con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma y no cambiaron el tenor literal de los arts. 32 y 33 que regulan la materia, por lo que prevalece la opción interpretativa postulada por los promotores del conflicto favorable a considerar inaplicable la exigencia de que la reducción sea de la jornada diaria.

6. Vicisitudes de la relación laboral

6.1. Sucesión de empresa

Para la aplicación de lo dispuesto en el art. 44 ET en materia de subrogación empresarial es decisivo determinar si el objeto de la transmisión constituye una «entidad económica que mantenga su identidad» de manera que permita proseguir una determinada actividad. Y esta sigue siendo una labor complicada y casuística. Lo prueban dos sentencias de la misma fecha, las SSTs de 14-4-2016 (RJ 2016, 2225) (Rec. 35/15 y 148/15), cada una de las cuales se ocupa de dirimir si el traspaso por parte de la empresa *Euskaltel SA* a otras empresas de sus departamentos de *Desarrollo y Operaciones* y *Gestión de Red* es en efecto un supuesto de transmisión de empresa, o de una parte de esta. Para ello la Sala parte de examinar cuál es el cometido de cada uno de esos dos departamentos, la actividad de mantenimiento y programación de las aplicaciones e infraestructuras relacionadas con los sistemas de información de *Euskaltel*, el diseño, creación, desarrollo e instalación de programas informáticos (aplicaciones, infraestructuras y otros productos), y su mantenimiento; y el despliegue y mantenimiento de la red, respectivamente. La primera sentencia añade que para realizar esa actividad resulta decisivo el personal especializado, y que la empresa adquirente, *GFI*, asumió el compromiso de adquirir además elementos materiales de *Euskaltel SA* (ordenadores) por importe de 69.392 €, así como la titularidad de las licencias de software; haciéndose cargo de los trabajadores que formaban parte del departamento, incluidos los mandos intermedios. A la vista de lo cual, la conclusión es claramente favorable a la aplicación del art. 44 ET. El segundo litigio quizá era menos claro, porque ni el personal ni los medios con que *Euskaltel* realizaba esa parte de su actividad se encontraban suficientemente diferenciados dentro de su organigrama, ni se hacía distinción entre la unidad para grandes clientes –que *Euskaltel* retiene para sí– y la unidad para el resto de clientes –que es la actividad que se externaliza y traspasa a la empresa *ZTE*–; así y todo, la Sala considera

que ello no es obstáculo para calificar el supuesto como sucesión de empresa, pues en efecto de traspasa una entidad económica que mantiene su identidad.

6.2. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

La STS de 17-1-2017 (RJ 2017, 921) (Rec. 2/16) examina la relevancia de un cambio de horario operado para los controladores del tráfico de *ENAIRES* (*AENA*), motivado por la necesidad de dar instrucción a ciertos operadores mediante la implantación del «briefing» (cinco minutos de instrucción antes del inicio de la jornada operativa) y del «debriefing» (diez minutos al finalizar la jornada para analizar lo ocurrido en ella). La Sala considera que no se trata de una MSCT con base en los siguientes argumentos: en primer lugar, el cambio fue meramente temporal (del 1 de abril al 31 de julio de 2015); a esa actividad formativa los que son instruidos dedican dos o tres meses en su vida laboral y en el presente caso participaron como instructores un 3'89 por 100 de los controladores operativos que dedicaron a ellos un 4'47 por 100 de sus servicios dedicando al «briefing y debriefing» un 0'17 por 100 de su jornada laboral total, sin que en ningún caso se superara el límite cuantitativo de la jornada laboral mensual.

La Sala esgrime la doctrina sobre lo que es o no sustancial, que se resume en STS de 12-9-2016 (RJ 2016, 5394) (Rec. 246/15): aquellas modificaciones de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista «ad exemplum» del art. 41.2 ET, pasando a ser otras distintas, de un modo notorio. A tal efecto ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes. En suma, es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador.

6.3. Reingreso de excedente voluntario

La posición jurídica del excedente voluntario, la situación en que queda su relación laboral y las posibles vías de reacción a la hora del reingreso han sido otra de las materias clásicas resueltas por los tribunales⁽¹⁰⁾. A todo el bagaje doctrinal precedente, la STS de 13-7-2017 (RJ 2017, 3388) (Rec. 2779/15) añade la consideración de que el rechazo a ocupar un puesto vacante que obligaría a un cambio de residencia por parte de un trabajador en situación de excedencia voluntaria no constituye despido ni dimisión voluntaria, sino que da lugar al mantenimiento del derecho expectante a la reincorporación a la empresa.

(10) Véase, por todos, A.R. ARGÜELLES BLANCO, *La excedencia laboral voluntaria*, Aranzadi, 1997.

7. Extinción del contrato de trabajo

7.1. Unidad de cómputo del umbral del despido colectivo, acomodo de nuestra regulación al Derecho de la UE

Con discutible ejecución, la STS de 17-10-2016 (RJ 2016, 4654) (Rec. 36/16), cuya doctrina reitera la de 6-4-2017 (Rec. 3566/15), concluye que es posible llevar a cabo una «interpretación conforme» al Derecho de la UE del art. 51.1 ET, según la cual donde dice que el cómputo ha de verificarse tomando en consideración la empresa, cabe entender que puede hacerse también por centro de trabajo.

El problema del acomodo del art. 51.1 ET a la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos [DOL núm.225, de 12 de agosto (LCEur 1998, 2531)], surge a raíz de la STJUE de 13 de mayo de 2015, *asunto Rabal Cañas* (C-392/13)⁽¹¹⁾, que categóricamente afirma que es contraria a la Directiva de referencia una normativa nacional que introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo (que ocupe a más de veinte trabajadores), obstaculizando con ello que se siga el preceptivo procedimiento de información y consulta.

El Alto Tribunal rectifica su propia doctrina precedente, contenida en la sentencia que se cita –la STS de 18-3-2009 (RJ 2009, 4163) (Rec. 1878/08)– y en otras muchas posteriores⁽¹²⁾, en las que había concluido que la unidad de cómputo era la empresa, tal y como literal y taxativamente preceptúa el art. 51.1 ET. La empresa –coherentemente con este marco normativo– adoptó varias medidas de ajuste de las que resultó la extinción de los contratos de trabajo de 27 empleados de un mismo centro de trabajo [12 despidos por causas objetivas de tipo organizativo y productivo; 6 despidos más reconocidos como improcedentes; y 9 traslados, habiendo optado los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos]. Referidas a toda la empresa, con un total de 3.100 trabajadores, las 27 extinciones no alcanzaban los umbrales para tramitar un despido colectivo [30 trabajadores en empresas de más de 300, según el art. 51.1 c) ET]. Pero tomando en consideración el centro de trabajo, con una plantilla de 77 trabajadores, sí se habrían superado los umbrales de un despido colectivo [10 extinciones de una plantilla de menos de 100, según el art. 51.1 a) ET]. Y esta es la solución por la que la Sala se inclina, concluyendo que el despido fue nulo.

Conviene aclarar que con este enfoque el TS sigue otra relevante doctrina del TJUE, contenida en la sentencia de 11 de noviembre de 2015, *asunto Pujante Rivera* (C-422/14) que considera que deben contabilizarse también las extinciones derivadas de medidas modificativas o de movilidad geográfica basadas en las mismas causas. Esta doctrina, por cierto, ya había sido acogida por la Sala en la STS de 18-5-2016 (RJ 2016, 2785) (Rec. 2919/14).

(11) También SSTJ de 30 de abril de 2015, *asunto USDAW y Wilson* (C-80/2014), y de 13 de mayo de 2015, *asunto Lyttle* (C-182/13).

(12) Como las SSTS de 8 de julio de 2012 (RJ 2012, 9967) (Rec. 2341/11), 25 de noviembre de 2013 (RJ 2014, 36) (Rec. 52/2013) y, referida a un traslado, la de 12 de febrero de 2014 (Rec. 64/2013).

La opinión crítica que me merece esta sentencia, y que ya he expresado con anterioridad más extensamente⁽¹³⁾, se centra en dos o tres aspectos, la forma de argumentar del Tribunal, circular, contradictoria e incongruente; la factura de la sentencia, sobrecargada de citas doctrinales y jurisprudenciales, en ocasiones literales, y con toda probabilidad innecesarias; y la solución de fondo, proclive a una supuesta «interpretación conforme» de la norma interna que resultaba imposible tratándose de un precepto categórico, cerrado y de sentido inconfundible, netamente contrario a la Directiva, tal y como pone de manifiesto el TJUE en la sentencia *Rabal Cañas* y hasta asume la propia Sala en más de un pasaje de sus sinuosos razonamientos.

7.2. Resolución del contrato por impago o retrasos en el pago del salario

La STS de 13-7-2017 (RJ 2017, 3535) (Rec. 2788/15) resulta igualmente de gran interés, al reiterar una solución que ya se contenía en la STS de 24-2-2016 (Rec. 2654/14), y que admite con carácter excepcional que la acción para la resolución indemnizada del contrato se inste cuando la trabajadora –que llevaba un año padeciendo los incumplimientos empresariales– había abandonado su puesto de trabajo para comenzar en un nuevo empleo. Posibilidad que contempla el art. 79.7 LRJS para los casos en que pueda probarse que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral del trabajador, o pueda vulnerar sus derechos fundamentales o libertades públicas o tener consecuencias de tal gravedad que permitan hacer que no sea exigible la continuidad de la prestación. Supuestos en los que se atribuye al juzgador de instancia, a solicitud del demandante, la adopción de alguna de las medidas cautelares del art. 180.4 LRJS, entre las que se incluyen la suspensión de la relación y la exoneración de la prestación de servicios, con mantenimiento de la obligación empresarial de abonar los salarios y cotizar.

7.3. Despido y videovigilancia

En torno a este siempre polémico y difícil asunto la actividad de la Sala Cuarta del TS ha sido en este período considerable, a la par que contribuye a consolidar una doctrina que se inicia con la STS de 7-7-2016 (RJ 2016, 4434) (Rec. 3233/14), que a su vez sigue la marcada por la STC 39/2016, y que modifica el criterio predominante precedente.

En todas las sentencias se suscita el mismo problema, la procedencia del despido a partir de la validez de las pruebas obtenidas mediante cámaras de videovigilancia; y, conectado con ello, las limitaciones con que puede tropezar el empresario derivadas de la necesidad de proteger los datos personales y la intimidad de sus trabajadores. En los casos sobre los que versan las SSTs de 31-1-2017 (RJ 2017, 1429) (Rec. 3331/15) y de 1-2-2017 (RJ 2017, 1105) (Rec. 3262/15) las situaciones son muy semejantes. En

(13) Véase C. MARTÍNEZ MORENO, «Solución salomónica del Tribunal Supremo a propósito de la doctrina Rabal Cañas. Comentario a la TS 17-10-16, Rec 36/16», *Actum Social, Actualidad Mementos* n.º 116 (Ed. Francis Lefebvre), Actualidad octubre 2016, pp.19 y ss.

ambos se trata de empleados (un dependiente y una dependienta) que son despedidos por manipular los tickets de caja (en el segundo caso se alude asimismo a la sustracción de cantidades), y que fueron captados por las cámaras de vigilancia instaladas en la empresa por motivos de seguridad, cuya existencia era de ambos conocida. También tienen en común que en ninguno de los dos supuestos los trabajadores habían sido específicamente informados de la posibilidad de que las imágenes fueran empleadas con fines disciplinarios, tal y como venía exigiéndose conforme a la jurisprudencia precedente [por todas, la STC 29/2013 y la STS de 13 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3307) (Rec. 1685/13)]. Como problema añadido, la segunda de las sentencias considera también la divulgación de los datos que constaban en un fichero donde se almacenaban las imágenes, y cuya utilización no había sido autorizada judicialmente (art. 90.4 LRJS).

Son dos, por tanto, los problemas que la Sala ha de dirimir, la necesidad del consentimiento del interesado para el tratamiento de los datos personales, y la obligación de información específica y pormenorizada sobre el posible uso disciplinario de las imágenes captadas por las cámaras de vigilancia. Respecto del primero de ellos, la Sala considera que el consentimiento, en una relación laboral, ha de considerarse implícito y naturalmente derivado de las exigencias del contrato y de las facultades de control del empresario (art. 20.3 ET). Y respecto del segundo, la necesidad de información se entiende igualmente cumplida por el hecho de que la instalación y la existencia de las cámaras fuesen de conocimiento general. Tratándose, por lo demás, de una medida con fines de preservar la seguridad que resulta justificada, idónea, necesaria y proporcionada. A la vista de todo lo cual la Sala concluye considerando la validez de las pruebas y bien retrotrayendo las actuaciones para que la Sala de suplicación califique el despido, bien declarando la procedencia del mismo.

Estos pronunciamientos se acompañan, no obstante, de un plural voto particular en el que se cuestiona la decisión mayoritaria en relación específicamente con la apreciación de la concurrencia del presupuesto de la contradicción entre sentencias, más en concreto de identidad entre los supuestos comparados. Y no les falta cierta razón a los autores del voto en este caso, puesto que la diferencia consistente en la distinta ubicación y finalidad de las cámaras entre el supuesto de la sentencia recurrida y el de la de contraste no le parecen irrelevantes al resto de los magistrados que conforman la posición de la Sala cuando efectivamente –y si yo no he entendido mal– admiten la posibilidad de distinguir entre las medidas de vigilancia preventiva –que normalmente captan espacios comunes y públicos y son de conocimiento general– y las que se realizan previa sospecha de un incumplimiento y se ubican directamente sobre el lugar donde desarrolla su prestación laboral la persona sobre la que recae la sospecha.

De todas formas, que la posición mayoritaria de la Sala está sólidamente asentada lo prueba la STS de 2-2-2017 (RJ 2017, 1628) (Rec. 554/16), que vuelve a estimar el recurso de la empresa en un litigio por despido de un director técnico de un gimnasio, al que se imputaron diversos incumplimientos a partir de las imágenes captadas por las cámaras, una vez más instaladas en el acceso y en los espacios públicos del gimnasio, excluidos vestuarios y aseos.

7.4. Despido y embarazo en caso de reproducción asistida

La STS de 4-4-2017 (RJ 2017, 1981) (Rec. 3466/15) presenta dos elementos de novedad, el primero, que se aporta como sentencia de contraste la STJUE de 26 de febrero de 2008, C-506/06, *asunto Sabine Mayr*. La segunda, que se considera de aplicación la garantía reforzada frente al despido que disfrutaban las trabajadoras embarazadas en un supuesto de una trabajadora, profesora de educación infantil, que se sometió a diversos tratamientos de fertilidad y reproducción asistida, y que se produce cuando aún no se le habían implantado los óvulos fecundados. La decisión extintiva se basó en causa económica por los resultados negativos de la sección infantil-guardería del centro escolar, pese a que el conjunto del colegio había tenido resultados positivos; pero se reconoció la improcedencia en la instancia, aplicando la técnica de indicios de discriminación, no la garantía reforzada de la nulidad objetiva del despido sin causa. La Sala, en cambio, estima el recurso de la trabajadora y declara la nulidad del despido.

7.5. Indemnización por despido. Conceptos computables

Sobre un asunto que viene suscitando dudas hace tiempo se ocupan dos sentencias de la misma fecha, la SSTS de 3-5-2017 (Rec. 385/25 y 3157/15), en las que se trata de determinar si los seguros de vida y médico, el plan de jubilación y los «beneficios obtenidos por la venta de las *Stock Options*» han de computarse como salario para calcular la indemnización por despido improcedente. Lamentablemente, el motivo relativo a las «*stock options*» es desestimado por falta de contradicción, pero respecto de los otros dos conceptos se llega a la solución de su calificación como salario, por las siguientes razones: en primer lugar, la presunción *iuris tantum* que opera a ese respecto sobre toda percepción que reciba el trabajador, y el propio carácter totalizador de la noción de salario; por otra parte, sobre si pudieran tener la consideración de mejora voluntaria de las prestaciones de la Seguridad Social, eso sería predicable de las cantidades obtenidas mediante tales aseguramientos, pero no a las primas; como argumento de refuerzo se invoca la normativa fiscal, que les atribuye naturaleza de salario en especie (a ella se acude en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico, invocado también en relación con los derechos de imagen de un futbolista). Y respecto de los pluses de vestuario y transporte, al tratarse de compensación por gastos, la Sala los considera no computables.

7.6. Cálculo de la indemnización por despido improcedente tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012

El problema aquí consistía en saber cómo se procede al cálculo de la indemnización en función de los años de servicio del trabajador en función de que el tiempo corresponda a períodos anteriores o posteriores al 12 de febrero de 2012, puesto que los períodos anteriores se computan a razón de 45 días por año, y los posteriores a razón de 33 días por año. Al respecto, las SSTS de 18-2-2016 (RJ 2016, 793) (Rec. 3257/14), 18-4-2016, 18-5-2016, 6-7-2016, 16-9-2016 (Rec. 1921/14, 3483/14, 313/15

y 38/15), y 1-2-2017 (Rec. 1067/15) concluyen que cuando por los servicios anteriores corresponda una indemnización superior a 720 días (los 24 meses del tope legal) ya no procederá considerar los servicios posteriores (hasta llegar el tope de 42 mensualidades que regían con anterioridad).

8. Libertad y acción sindical

8.1. El ámbito de la acción sindical en la empresa: la opción entre empresa y centro de trabajo

De nuevo el interés de esta materia viene en buena medida motivado por haberse producido un cambio en la doctrina precedente de la Sala. De ello da cuenta últimamente la STS de 11-1-2017 (RJ 2017, 819) (Rec. 11/16), a propósito de una reclamación sobre la disposición del crédito horario de 40 horas semanales de los delegados sindicales de ámbito provincial formulada por el Sindicato de Transporte y Comunicaciones de Las Palmas de la CGT. La entidad empleadora esgrimía para fundar su negativa un Acuerdo Marco de 2000 (BOC de 22 de marzo de 2000), con arreglo al cual el número mínimo de trabajadores del artículo 10 de la LOLS era de 250 por cada centro de trabajo, umbral que no alcanzaba ninguno de los centros de trabajo de la provincia de Las Palmas. La Sala recuerda la STS de 21-6-2016 (Rec. 182/16) que resume la evolución jurisprudencial experimentada en el tratamiento de esta cuestión, que se inició con una doctrina favorable a la determinación autónoma del ámbito de las secciones y delegados sindicales, para luego hacerla coincidir con el del órgano unitario existente en la empresa (que admitía de todos modos la agrupación de centros para constituir un órgano conjunto); y que finalmente, a partir de la STS de 18-7-2014 (RJ 2014, 4781) (Rec. 91/13), opta por devolver de nuevo a la esfera de la autonomía organizativa del propio sindicato la opción por el ámbito de empresa o el de centro de trabajo. La conducta impositiva por parte de la empresa vulnera, pues, la libertad sindical y es calificada como nula. También sobre la cuantificación de los daños se reitera doctrina sobre la competencia de valoración del juzgador de instancia conforme a su prudente arbitrio (en el caso, 6.000 €).

En el mismo sentido, las SSTS de 3 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1629) (Rec. 39/16), 7-3-2017 (RJ 2017, 1169) (Rec. 101/16) y 6-6-2017 (RJ 2017, 3001) (Rec. 216/16), que admiten el cómputo de la plantilla de la empresa en su totalidad para la designación por la sección sindical de los delegados sindicales. Mientras que en la STS 10-5-2017 (RJ 2017, 2752) (Rec. 88/16) se precisa, además, que si la sección y los delegados se han constituido y designado tomando en consideración todos los centros de trabajo de la empresa a nivel estatal, la plantilla que deberá tenerse en cuenta para determinar el montante del crédito horario de los delegados no es la de su respectivo centro de trabajo, sino la de toda la empresa. Y como esta tiene más de 750 trabajadores, les corresponden 40 horas mensuales a cada uno, y no 20 y 15 como venían disfrutando [art. 68 e) ET].

8.2. Uso sindical del correo electrónico corporativo

Los derechos y libertades informativos y de expresión como parte integrante de la libertad sindical siguen siendo campo abonado para la litigiosidad. Prueba de ello es la STS de 1-7-2016 (Rec. 199/15), que declara que la empresa demandada ha vulnerado el derecho de libertad sindical de la sección sindical de CGT al negarse a facilitarle una cuenta de correo electrónico y el acceso a las listas de distribución de correos masivas. La empresa cuenta con una plantilla aproximada de 692 trabajadores, distribuidos en un total de 20 centros de trabajo repartidos por el territorio de la Comunidad de Madrid; todos los trabajadores tienen una dirección de correo electrónico corporativo facilitada por la compañía y una clave personal de acceso; y la dirección de recursos humanos y el comité de empresa disponen de una cuenta de correo corporativa y tienen acceso a la lista de distribución masiva de correo electrónico, que integra a la totalidad de la plantilla. En cambio, las secciones sindicales (tres) disponen de un tablón de anuncios en los respectivos centros de trabajo, pero no tienen cuenta de correo con aquel dominio. La Sala resuelve aplicando la doctrina existente en relación con el uso sindical del correo electrónico, conforme a la cual es legítimo que el sindicato acceda al uso del correo corporativo con fines informativos, siempre que la herramienta exista y el uso sea inocuo, esto es, sin perjuicio o gravamen para la empresa.

Otra relevante vertiente de los derechos informativos de las organizaciones sindicales en la empresa tiene que ver con la garantía consistente en el secreto de las comunicaciones (STC 281/2005), que se examina en la STS de 24-7-2017 (RJ 2017, 4405) (Rec. 245/16), que decide anular la cláusula de un convenio colectivo que prevé la necesidad de previa autorización de la Dirección de personal para el uso de las listas corporativas del correo electrónico, así como que aquella conozca los textos y contenidos de las comunicaciones. En cambio, se desestima la petición relativa a la condición que establece el convenio para pasar a jornada continuada con fines de conciliación, en función de las necesidades del servicio, puesto que es la propia normativa legal la que remite a estos efectos al convenio colectivo.

También sobre la difusión telemática de las comunicaciones sindicales en el seno de la empresa versa la STS de 26-4-2016 (RJ 2016, 1628) (Rec. 113/15), que confirma la solución estimatoria de la pretensión articulada por el sindicato CCOO, que consideró contrario a derecho la práctica empresarial consistente en condicionar la publicación de los comunicados sindicales a través del correo electrónico a un previo control de contenidos. Tiene de particular el supuesto que la demandada *Liberbank* y el sindicato habían alcanzado acuerdo conciliatorio en una previa demanda de tutela sobre los mismos hechos, y que instada la ejecución de lo acordado la entidad siguió negándose a permitir la emisión de ciertos comunicados en los que se aludía a la litigiosidad y conflictividad existente en la empresa. El sindicato insta nueva demanda de tutela de la libertad sindical, solicitando que «se declare que la actuación de la empresa bloqueando, censurando y negándose a publicar las comunicaciones, supone una vulneración del derecho de la libertad sindical, condenando a la empresa a cesar en ese comportamiento y al abono de una indemnización de 6.000 Euros», demanda que fue de nuevo estimada, descartándose las objeciones de la empresa que cuestionaba la veracidad de las informaciones emitidas o esgrimía el carácter «metaempresarial» de las mismas.

Específicamente, respecto de la cuantía indemnizatoria reconocida por los daños morales se esgrime una doctrina que a raíz de la modificación de la LRJS ha flexibilizado las exigencias de acreditación de su alcance [STS 2 febrero 2015 (RJ 2015, 762) (Rec. 279/13)], y que los considera indisolublemente vinculados a la lesión del derecho fundamental y atribuye al juzgador la facultad de determinar la cuantía «prudencialmente» cuando la prueba resulte muy dificultosa o costosa, atendiendo para ello a la doble finalidad de reparación y prevención; y pudiendo aplicarse las cuantías de las infracciones contenidas en la LISOS (STC 247/2006). Todo lo cual lleva a confirmar la solución dada por la AN al condenar al pago de 6.000 €.

8.3. *La libertad de expresión y el derecho a la crítica como herramientas sindicales*

Es uno de los debates clásicos, eternos podría decirse, el del uso de las libertades informativas y de expresión como herramienta de la acción sindical, y el de sus límites, en este caso como consecuencia de la necesidad de preservar el honor de la empresa. De ahí el interés de la STS de 28-2-2017 (RJ 2017, 890) (Rec. 103/16), *caso DLH contra CNT*, que además es doble, porque corrige o matiza una muy conocida doctrina previa sobre el lenguaje político-sindical, contenida en la STS de 20-4-2005 (RJ 2005, 3532) (Rec. 6701/03), *caso El Corte Inglés*.

La sentencia que ahora se comenta –que remite a su vez a la de 15-12-2016 (Rec. 287/15) y recopila una abundante doctrina constitucional y del TEDH [SSTEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*, § 42, y de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo c. España*, § 43]– parte de la afirmación de la posición prevalente de las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor, en la medida en que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático; y recuerda que la primera de ellas, la libertad de expresión, comprende el derecho a la crítica, incluso cuando esta pueda resultar desabrida o molesta, o inquietar o disgustar a aquellos contra quienes se dirige, encontrando sus límites en el ultraje y la ofensa⁽¹⁴⁾. A partir de estos dos asertos, para dirimir una controversia es preciso valorar el contexto, sobre todo en situaciones de conflicto, donde el sentido de las palabras puede no ser el mismo que en otros momentos. Resulta en este punto curiosa la invocación del ámbito deportivo, donde –se dice–, en el fragor de la contienda o la discusión, se admite el empleo de términos objetivamente ofensivos como «ramplón», «pedestre», «miserable», «tiparraco», «mendaz», «terminal»... Y concluye la Sala considerando que no vulnera el derecho al honor de la empresa exhibir pancartas y repartir octavillas en actos públicos (empresariales y sindicales) en las que se califica el actuar de la empresa como «terrorismo empresarial», expresión que obviamente no tiene el contenido semántico estricto del término «terrorismo», habiendo adquirido cierta carta de naturaleza como crítica a prácticas irregulares, que en efecto

(14) Me ocupé de esta vertiente de la libertad de expresión en C. MARTÍNEZ MORENO, «Capítulo 14. Crítica a la empresa y límites a la libertad de expresión de los trabajadores: sentencia TC 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985, 88)», en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 471 y ss.

se achacan en este caso a la empresa, a la que se atribuye tráfico ilícito de trabajadores, tal y como el sindicato demandado denunció asimismo a través de correos electrónicos remitidos a clientes de la empresa.

8.4. Delegados de prevención y crédito horario

La STS de 16-11-16 (RJ 2016, 5971) (Rec. 3757/14) reconoce a los delegados de prevención que no formen parte del comité de empresa, y que hayan sido designados conforme al sistema establecido en convenio colectivo que prevé como fórmula alternativa el art. 35.4 LPRL, el derecho a disfrutar de las mismas garantías que el art. 68 ET (al que remite el art. 37.1 LPRL) atribuye a los representantes legales de los trabajadores, entre ellas, el crédito horario. Con ello el TS no hace sino asimilar a los delegados «convencionales» con los delegados «legales», que ya disfrutaban de esas garantías puesto que se designan de entre los miembros de los órganos de representación unitaria ya existentes.

8.5. Ventajas sindicales pactadas en convenio colectivo

Lo que de singular tiene la STS de 26-1-2017 (RJ 2017, 1614) (Rec. 54/16), sobre todo, el hecho de haberse establecido en convenio ventajas para ciertas organizaciones sindicales. Y el modo en que las mismas se desactivan. La empresa Panrico había suscrito un Acuerdo con CCOO y UGT para atribuir ciertos beneficios que facilitarían la actividad sindical de las organizaciones firmantes, entre los que se incluye una «subvención» de 30.000 euros al año. La de CCOO quedó suprimida tras haberse negado esa organización a suscribir ciertas actuaciones de ajuste promovidas por la empresa, que además incluyó en un despido colectivo a uno de los delegados «institucionales» del mismo sindicato. La Sala, tras dirimir un sinfín de cuestiones procesales (competencia del orden social, porque la empresa sostuvo en todo momento que el Acuerdo era un contrato mercantil de prestación de servicios por el sindicato; competencia funcional de la AN, al codemandar dos delegados a título individual; acumulación de acciones; falta de acción y defecto en la postulación; y carga probatoria), concluye reafirmando la existencia de violación del derecho de libertad sindical, y confirmando la condena al pago de la indemnización decidida en la instancia, cuantificada en el importe de la subvención perdida más la cantidad fijada en la LISOS en concepto de daño moral, rebajada a 6.000 euros, por la mala situación económica de la empresa. En el caso del trabajador codemandante la indemnización se cifró en una cantidad diaria por impedirle realizar su actividad representativa conforme al baremo de accidentes de circulación, y por los daños morales, también a la vista de la situación de la empresa, se fijaron 1.000 euros. Por último, sobre el derecho a permanecer ejerciendo sus funciones por el delegado despedido como medida cautelar, se confirma la solución de instancia que remitió tal cuestión al pleito de despido (acontecido un año antes de formularse la demanda de tutela de la libertad sindical).

8.6. *Un apunte sobre negociación colectiva*

La negociación colectiva es una institución que de por sí daría para un análisis jurisprudencial de una amplitud que no tiene cabida en esta sintética reseña. Pero tampoco sería adecuado dejar esta materia por completo huérfana de alguna referencia, así que he optado por seleccionar una serie de controversias sumamente llamativa, que inició la Audiencia Nacional en nada menos que 46 sentencias⁽¹⁵⁾, estimatorias de las demandas formuladas por organizaciones sindicales sobre impugnación de los convenios colectivos de empresas multiservicios⁽¹⁶⁾. La praxis empresarial fue básicamente la misma: esas empresas pretendieron que lo negociado con representaciones unitarias de sólo uno o algún centro de trabajo pasase por negociación colectiva de ámbito empresarial aplicable a todos los centros de trabajo que casi siempre se extendían por todo el territorio estatal. Ya la AN consideró que con ello se producía una quiebra del «principio de correspondencia» que rige en materia de partes negociadoras, que exige que la capacidad representativa del sujeto coincida con el ámbito al que va dirigido el convenio de conformidad con las reglas que se contienen en los arts. 87, 88 y 89 ET, y en una muy reiterada jurisprudencia⁽¹⁷⁾.

Pues bien, entre las más recientes, las SSTS de 7-3-2017 (RJ 2017, 1316) (Rec. 58/16) y 20-6-2017 (RJ 2017, 3281) (Rec. 177/16), que recogen y abundan en esa misma línea doctrinal, a propósito de la impugnación y consiguiente declaración de nulidad de sendos «falsos» convenios de empresa, el primero, el convenio de *CITIUS OUTSOURCING ENTERPRISE, S.L.*, el segundo, el de la empresa *HOTTELIA EXTERNALIZACIÓN, S.L.*, ambos negociados en solitario con la representación respectiva de tres y dos centros de trabajo, pero con vocación de resultar de aplicación a la empresa en su integridad. Incluso, en el segundo caso, a centros de trabajo de futura creación o de titularidad de un tercer empresario que subcontratase los servicios con la empresa demandada.

No deja de hacer referencia la Sala a una matizada excepción, contenida en la STS de 23-2-2017 (RJ 2017, 955) (Rec. 146/16), que en virtud del principio *favor negotii* y con base en la masiva adhesión posterior de los distintos colectivos de trabajadores afectados, mantuvo la validez limitada del convenio colectivo.

8.7. *Derecho de huelga y modalidades de esquirolaje*

La sustitución de los trabajadores huelguistas, o prácticas de análogo significado, son otro terreno abonado para la litigiosidad, quizá porque las conductas empresariales

(15) La SAN de 16-6-2016 (Proced.140/16), *empresa Alterna BPO, S.L.*, recoge todos esos pronunciamientos precedentes.

(16) Lo he tratado en C. MARTÍNEZ MORENO, Capítulo V. El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: análisis de las reglas jurídicas conectadas con este nuevo fenómeno», en *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social* (dir. J. MORENO GENÉ y L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

(17) Entre otras, en las SSTS de 26-10-2014 (Rec. 267/13), 3-2-2015 (RJ 2015, 889) (Rec. 20/14), 20-5-2015 (RJ 2015, 2889) (Rec. 6/14), 10-6-2015 (RJ 2015, 4089) (Rec. 175/14), 18-02-2016 (RJ 2016, 1054) (Rec. 93/15), 18-02-2016 (RJ 2016, 1210) (Rec. 282/14) y 23-02-2016 (RJ 2016, 794) (Rec. 39/15).

se van sofisticando, en ocasiones gracias a las nuevas tecnologías y a las crecientes posibilidades de externalización. Sea como fuere, se van incrementando las dudas en torno a si una determinada medida adoptada en el transcurso de la huelga resulta subsumible en la rudimentaria regla prohibitiva del esquirolaje externo contenida en el art. 6.5 RDLRT 1977. El primer ejemplo, en el período acotado, lo encontramos en la STS de 18-3-2016 (RJ 2016, 1828) (Rec. 78/15), *caso Liberbank*, en la que se enjuician los hechos acaecidos durante las huelgas convocadas en la empresa a lo largo del mes de mayo de 2013 como reacción a diversas medidas de ajuste adoptadas, y que consistieron básicamente en que en numerosas sucursales se produjeron sustituciones de trabajadores huelguistas mediante movilidad interna dentro de la empresa de otros trabajadores, de los mismos o de distintos centros de trabajo. Hechos que, conforme a lo dispuesto en el art. 8.10 LISOS –que los tipifica como infracción muy grave– dieron lugar a la intervención de la Inspección de Trabajo. La Sala acude a la doctrina constitucional, según la cual no es admisible concluir de una interpretación *a contrario sensu* del art. 6.5 RDLRT 1977 que no exista prohibición del esquirolaje interno, que puede constituir en efecto un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales, cuando de forma intencional u objetiva la sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio. Concluido que la empresa vulneró el derecho fundamental a la huelga, se considera que la indemnización de los daños morales sufridos cifrada en 5.000 euros para cada sindicato demandante (CCOO y UGT), fijada conforme a su prudente arbitrio por la Sala de instancia, es razonable.

Un caso similar, con motivo de una huelga en la empresa *UTE PARQUES SINGULARES*, da lugar a la STS de 20-7-2016 (RJ 2016, 4097) (Rec. 22/16). La huelga fue convocada para unos días antes de iniciarse el período de consultas de un despido colectivo, y durante el desarrollo de la misma, trabajadores que pertenecían a otros parques y centros de trabajo realizaron labores de limpieza en zonas selectivas del parque de Madrid Río, centro donde se desarrollaba la huelga. La Sala remite a lo decidido en el precedente *caso Liberbank* y en el *caso Coca-Cola* [STS de 20-4-2015 (RJ 2015, 1249) (Rec. 354/14)].

Un supuesto bastante más dudoso se aborda en la STS 16-11-2016 (RJ 2016, 6285) (Rec. 59/16), que rechaza la pretendida nulidad de una reducción salarial efectuada en la empresa demandada, *Altrad Radisola SAU*, por no haberse vulnerado el derecho de huelga convocada por CGT una vez iniciado el oportuno período de consultas. Durante la huelga que estaba teniendo lugar en el centro de trabajo de Tarragona los clientes de la empresa contrataron con otras empresas la realización del trabajo que deberían haber llevado a cabo los huelguistas. La Sala considera que no estamos en presencia de asuntos como el de *Coca-Cola*, recién mencionado, ni el de *Grupo Prisa* [STS de 11-2-2015 (RJ 2015, 1011) (Rec. 95/14)], puesto que *Altrad Radisola* no tiene vinculación alguna con esas otras dos empresas que a su vez contrataron con terceras compañías la realización de los trabajos, habiéndose limitado a comunicar a sus clientes la imposibilidad de hacerlo ella como consecuencia de la huelga.

9. Prestaciones de seguridad social: el caso de la maternidad subrogada

Pese a que, como ya se adelantaba al principio, esta selección de sentencias iba a excluir la materia relativa a la Seguridad Social, no hemos podido resistir la tentación de incluir los muy polémicos –a juzgar por el número, diversidad y complejidad de los votos particulares que los acompañan– pronunciamientos referidos al derecho del progenitor registral de niños nacidos de una madre gestante por sustitución (maternidad subrogada) a percibir las correspondientes prestaciones del sistema⁽¹⁸⁾. Se trata de dos sentencias deliberadas en el Pleno de 19 de octubre de 2016, de fechas 25-10-2016 (Rec. 3818/15) y 16-11-2016 (Rec. 3146/14), seguidas de otras tres de fecha 30-11-2016 (Rec. 1307/15, 3183/15 y 3219/15), todas ellas favorables a la percepción de la prestación por los solicitantes.

Los casos son parecidos, se trata siempre de progenitores (pareja heterosexual comitente, padre biológico monoparental o padre biológico casado con otro varón) que lograron inscribir a los hijos habidos mediante convenio con gestante por sustitución en el correspondiente registro consular, y que de vuelta a España solicitaron a la entidad gestora la prestación por maternidad (no consta, por cierto, aunque habrá que presuponerlo, que les fue reconocido el derecho al descanso y a la oportuna interrupción de la prestación laboral). El caso es que, denegada la prestación por el INSS, y por lo general reconocida por el tribunal de suplicación, interpone el recurso de casación para unificación de doctrina la entidad gestora esgrimiendo básicamente dos argumentos, la ilegalidad en nuestro país de los vulgarmente llamados «vientres de alquiler», y la omisión en la normativa de Seguridad Social de la situación derivada de la maternidad subrogada como contingencia protegida.

No es posible entrar ahora en un análisis pormenorizado de la extensa y considerablemente densa labor argumental que lleva a cabo la Sala, tanto en el cuerpo de las sentencias comentadas como en los plurales votos particulares que a las mismas se formulan (en particular a las dos primeras, pues en las siguientes tanto la Sala como los magistrados discrepantes se remiten a lo ya razonado en aquellos dos primeros pronunciamientos). Por lo que, sin perjuicio de emplazar a una lectura detenida y paciente de los mismos, si es que alguien tiene interés en ello, lo que aquí se proporciona es una visión sumamente sintética –quizá excesivamente simplificadora y posiblemente arriesgada por desenfocada– de la doctrina de la Sala sobre este delicado asunto.

La mayoría de la Sala esgrime en pro de la solución favorable al reconocimiento de la prestación una considerable batería de argumentos y razones, que pueden resumirse del siguiente modo: en primer lugar, que la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución (art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo) no supone que al menor se le haya de privar de derechos, como ocurre en otros casos como la nulidad matrimonial, la nulidad del contrato de trabajo, el empleo de extranjeros sin autorización... Lo que ocurre es que lo que aquí está en juego es un derecho prestacional de los progenitores, que además descansa sobre el derecho a la suspensión del contrato que corresponde a la madre, sin perjuicio de que una parte pueda cederla al otro progenitor, o que este en caso de muerte

(18) El asunto, como es bien lógico, ha suscitado enorme interés y debate también en la doctrina científica. Por todos, véase E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «La maternidad subrogada como generadora de derechos de conciliación laboral», *RTSS, CEF* n.º 415, octubre 2017.

pueda disfrutar de todo el período, cosa que poco tiene que ver con el supuesto fáctico que da lugar a la controversia. El siguiente argumento se busca en el Derecho internacional sobre la protección de los menores, en particular en el CEDH y en la doctrina del TEDH, y al respecto se invocan las sentencias de 26 de junio de 2014 (*Menesson y Labassee contra Francia*), de 28 de junio de 2007 (*Wagner y otro contra Luxemburgo*), y de 4 de octubre de 2012 (*Harroudj contra Francia*), en relación con la inscripción registral del menor, y en las que se apunta la necesidad de proteger los vínculos familiares «de facto». Se acude a continuación a la jurisprudencia de la Sala Primera del TS [STS de 6-2-2014 (Rec. 245/12), que esgrime el carácter informador del principio del «interés superior del menor» que ha de aplicarse a la interpretación de las normas (ahora, a las de la protección por maternidad). Se añaden seguidamente argumentos de constitucionalidad: la no discriminación por razones de nacimiento y filiación, y la conexión o relevancia constitucional con el mandato de protección a la familia (art. 30 CE) de los derechos laborales y de Seguridad Social vinculados a las situaciones de maternidad. Y la doctrina del TJUE sobre el alcance de esos derechos, que desborda la protección de la salud de la madre y alcanza la posibilidad de compaginar la relación madre (padre, progenitores)/hijo con el ejercicio simultáneo de una actividad profesional, sin que este perturbe aquella relación (STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12). Y, por fin, concluye la Sala recordando que el art. 2.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, *por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural* asimila o equipara jurídicamente a la adopción y el acogimiento aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento, y cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación.

Se comparta o no esta polémica solución, de lo que no cabe duda es de que la Sala, cuando quiere, es capaz de realizar piruetas y esfuerzos argumentales realmente sofisticados, aunque sean inconexos o forzando la lectura de su sentido (por ejemplo, algunos de los pronunciamientos internacionales invocados no imponen la total equiparación de derechos para los hijos nacidos de estas prácticas ni consideran que por ello exista discriminación; y, al contrario, admiten la posibilidad de tutela por la vía de la adopción). Los propios votos particulares subrayan algunas de esas incoherencias o interpretaciones forzadas, como el hecho de que la situación de Francia que se enjuicia por el TEDH no fuera equiparable a la española, pues allí se denegaba el reconocimiento de los hijos de madres de alquiler incluso a través de la adopción o de la filiación biológica del progenitor comitente (como postula el más extenso y razonado de los votos formulados); o que la invocación del «interés superior del menor» como criterio interpretativo impide violentar la legalidad existente en la materia (de ello hemos tenido este verano significativos y dramáticos ejemplos); o, en fin, que no cabe interpretación analógica ni extensiva de estos supuestos con los de adopción o acogimiento; ni tampoco se trata de una laguna legal, sino de pura y simple ilegalidad. Al punto de que llegue a aludirse, en otro de los votos discrepantes, a la existencia de fraude; entre otras consideraciones en las que no hay lugar aquí para un análisis pormenorizado, que ha de quedar para otro momento y lugar.



Diálogos jurídicos

**TRABAJOS FIN DE GRADO
Y TRABAJOS FIN DE MÁSTER**



EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR FRENTE AL CONTROL EMPRESARIAL A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

VICTORIA AVELINA GONZÁLEZ ÁLVAREZ SILVOSA

Universidad de Oviedo

RESUMEN

El derecho a la intimidad del trabajador frente al control empresarial a través de las nuevas tecnologías

La implantación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en la empresa constituye, a día de hoy, una realidad insoslayable en el proceso de producción, dando un giro de 180.º en la relación empresario-trabajador. Sin embargo, el actual ordenamiento jurídico laboral español no ha dado respuesta a los problemas jurídicos que plantea el control a través de los medios informáticos que fiscalizan la prestación laboral. Con ello, se despliega un importante acervo jurisprudencial no sólo dirigido a establecer los límites al poder de dirección empresarial, en aras a salvaguardar la garantía del reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos inespecíficos del trabajador sino también a considerar los criterios por los cuales, éstos últimos, admiten modulaciones a su ejercicio en el seno de la organización productiva.

Palabras clave: Nuevas tecnologías. Control empresarial.

ABSTRACT

The right to privacy of the worker against the corporate control through new technologies

Nowadays, the implantation of new technologies in the fields of information and communication in the company constitutes an unavoidable reality in the production process, changing drastically the relationship between the entrepreneur and the worker. However, the current Spanish labor legal system has not given an accurate answer to the legal problems raised by the control through which the media supervise the employment relationship. With all that it is deployed an important case law, not only directed to establish the limits of the power of business management for the sake of safeguarding the recognition of the horizontal effectiveness of those rights which are not specified of the worker, but also to consider the criteria for which this previous rights admit modulation in its exercise in the heart of productive organization.

Keywords: New technologies. Business control.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. MARCO JURÍDICO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR.
 1. *Los derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo y sus límites en caso de colisión de derechos.*
 2. *La inserción del trabajador en el círculo rector y disciplinario empresarial.*

- III. LA TUTELA DEL TRABAJADOR FRENTE AL USO EMPRESARIAL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN.
 - 1. *La adopción de instrumentos de control en la empresa. En particular, sobre las comunicaciones.*
 - 2. *La videovigilancia en la relación de trabajo.*
- IV. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL.
 - 1. *La tutela de los derechos fundamentales en el procedimiento laboral.*
 - 2. *La reparación del daño por violación de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo.*
- V. CONCLUSIONES.
- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución que ha experimentado en las últimas décadas el paradigma del Estado Social y Democrático de Derecho y el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, trasladada aquí al ámbito de la empresa, ha tenido como resultado final el llamado «ingreso de la Constitución en la fábrica», con la consiguiente negación de esta como un espacio cerrado, dentro del cual el empresario ejercía una autoridad indiscutible. Ahora bien, la aplicación de la teoría *drittwirkung* en el seno de la relación laboral, que conlleva la posibilidad de que los trabajadores puedan reclamar, ante su empleador, el respeto no sólo de aquellos derechos específicamente laborales, sino también de los derechos inespecíficos que se atribuyen al mismo en cuanto ciudadano, no resuelve todos los problemas. En efecto, la sumisión del trabajador al poder de vigilancia y control del empresario, con fundamento último en el principio de libertad de empresa, es consecuencia de su subordinación jurídica y, por ello, se hace necesaria una ponderación de los intereses en juego.

Además la implementación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral con la finalidad de vigilar la correcta ejecución de la prestación de servicios, pone en cuestión diferentes derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, en concreto, el derecho a su intimidad personal así y el derecho al secreto de las comunicaciones. El empleo de instrumentos informáticos de titularidad empresarial que, en unos casos, captan y registran la imagen del trabajador y, en otros, fiscalizan las conversaciones mantenidas por el mismo a través del correo electrónico, son actualmente dos técnicas de control empresarial que tienen especial relevancia en el ámbito de la empresa.

En este trabajo se hace especial hincapié en el estudio de estos dos derechos fundamentales que son expresión de la dignidad humana, sin perjuicio de que puedan quedar afectados otros como la protección de datos personales y la propia imagen a los que se alude sólo de manera incidental. Sin duda, tradicionalmente la salvaguarda de la esfera privada del trabajador, amenazada por intromisiones ilegítimas del poder empresarial, se analizaba desde el prisma de la superación del test de proporcionalidad a la luz del derecho a la intimidad. Sin embargo, los últimos pronunciamientos jurisprudenciales,

que reconocen la consideración de la imagen como dato de carácter personal, han traído consigo un nuevo rumbo de tutela de los derechos. En línea con estas consideraciones, no cabe perder de vista, desde una perspectiva procesal, el papel de garante de los derechos fundamentales del trabajador asignado al juez de lo social frente a determinadas conductas empresariales que, en orden normalmente a sancionar incumplimientos o a dar por extinguida la relación laboral, se basan para ello en pruebas obtenidas de modo ilícito que atentan contra los derechos estudiados.

Teniendo en cuenta la ausencia de normativa específica que regule el control tecnológico de la prestación de trabajo, el estudio se nutre fundamentalmente de estudios doctrinales relacionados con la materia, si bien se han analizado también de forma directa algunas otras fuentes primarias. Es el caso de las principales resoluciones judiciales, tanto del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo, como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre este ámbito de privacidad del trabajador. Igualmente, se ha examinado una pequeña muestra de convenios colectivos, por el papel tan relevante que desempeña en esta disciplina la negociación colectiva.

II. MARCO JURÍDICO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

1. Los derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo y sus límites en caso de colisión de derechos

En el ámbito laboral, los derechos fundamentales no sólo afectan a las relaciones de subordinación –la relación del particular frente al Estado– sino también a las relaciones de coordinación surgidas entre los particulares. De esta forma pasan a desarrollar una eficacia ante terceros o eficacia horizontal, es decir en las relaciones inter privadas (*Horizontalwirkung*)⁽¹⁾. Esta tesis trae causa en la doctrina de la República Federal de Alemania, a través de la *Drittwirkung der Grundrechte* que se basa en la necesidad de mantener la plena vigencia de los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las esferas del ordenamiento jurídico. De la lectura del art. 9.1 CE, que establece que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» se puede extraer la eficacia general de los derechos fundamentales⁽²⁾.

La aplicación de la teoría de la *Drittwirkung* o eficacia directa de los derechos fundamentales en el marco de la empresa conlleva que los trabajadores puedan reclamar ante su empleador o cualquier otro particular que no esté investido de la consideración

(1) DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998. Pág. 34.

(2) PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 321. También, SANGUINETI RAYMOND, W., «Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales», *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 21, 2012, pág. 4.

de poder público, por ejemplo sindicatos, compañeros de trabajo, clientes de la empresa etc., el respeto a los derechos fundamentales de la persona⁽³⁾.

A pesar del reconocimiento de la eficacia horizontal de esos derechos, no se ejercerían durante buena parte del siglo XX en el interior de las empresas, pero eso ya no por razones jurídicas sino histórico-culturales. La empresa siempre fue entendida como una dimensión típicamente privada, de fuerte connotación patrimonial y la relación laboral como una vinculación entre particulares, y, por tanto, sin espacio para derechos subjetivos como los fundamentales del trabajador concebidos como técnicas de control propias de lo público. Como lúcidamente se escribía hace algunos años, «el trabajador, al atravesar la puerta de la fábrica, queda sometido a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor, de tal forma que la fábrica aparecía como una zona franca y segregada de la sociedad civil»⁽⁴⁾.

Los derechos constitucionales que el trabajador tiene en tanto que ciudadano (libertad de expresión, intimidad, propia imagen, libertad ideológica...) y no como empleado (libertad sindical, derecho de huelga...) han sido denominados derechos inespecíficos⁽⁵⁾. Se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer⁽⁶⁾. Aun cuando no tengan un contenido exclusivamente laboral, presentan no obstante, importantes repercusiones en el ámbito de la empresa ya que, el trabajador además de ostentar tal condición no deja de ser un ciudadano y, por tanto, debe disfrutar de todos los derechos fundamentales que le otorga la CE, también en el seno de las relaciones laborales⁽⁷⁾.

La consecuente expansión y generalización de los derechos fundamentales en el seno de la relación de trabajo ha tenido como consecuencia, por decirlo con una expresión que alcanzó fortuna en la Italia de los años setenta del pasado siglo, el «ingreso de la Constitución en la fábrica». Consecuentemente, se niega la consideración de ésta como un espacio cerrado y autorreferencial, dentro del cual el empresario ejercía una autoridad indiscutida e indiscutible, compensada solamente, desde fuera, por la actuación normativa del legislador y la praxis de las organizaciones sindicales. De esta forma, las transformaciones impuestas por el constitucionalismo moderno han terminado por afirmar la necesidad de dar lugar a un nuevo «modo de estar» en las organizaciones productivas, coherente con la condición de titulares de los derechos fundamentales de quienes en ellas despliegan sus esfuerzos⁽⁸⁾.

(3) MARÍN ALONSO, I., «La práctica de la prueba en materia de derechos fundamentales tras la ley de la jurisdicción social», *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 21, 2012, pág. 2.

(4) APARICIO, J., y BAYLOS, A., *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pág. 95.

(5) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Ley, Convenio colectivo Contrato de trabajo y Derechos Fundamentales del trabajador» *Revista de Derecho Social*, n.º 14, 1998, pág. 32.

(6) PALOMEQUE LÓPEZ, C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Consejo Económico Social, Madrid, 1991, pág. 31.

(7) SANGUINETI RAYMOND., «Derechos fundamentales...», *loc.cit.*, pág. 17.

(8) ROMAGNOLI, U., «Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico-políticas», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, n.º 1-2, 1976, pág. 194. Igualmente, SANGUINETI RAYMOND., *loc.cit.*, pág. 3.

Ocurre que el modelo altamente jerarquizado del fordismo en la organización del trabajo es también contradictorio con el sistema actual de prestación de servicios, calificado como la «empresa liberada», basado en el autocontrol del personal y la asunción de la polivalencia y plurifuncionalidad de los trabajos, así como por la posibilidad de realizar actividades en red. El trabajador ya no es el «gorila amaestrado» que se limita a hacer unas concretas y específicas funciones muy limitadas, sino que asume progresivamente mayores competencias y atribuciones. Y ahí es donde surge la contradicción: el modelo jerarquizado del ejercicio del poder de dirección empresarial propio del fordismo tiene difícil encaje con las nuevas experiencias laborales⁽⁹⁾.

Según como establece el Tribunal Constitucional «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (...). Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 CE legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema». Las manifestaciones de «feudalismo industrial» —concluye el Tribunal— repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza⁽¹⁰⁾. El contrato de trabajo no incomunica al trabajador en una situación de soledad al exterior, sino que tiene reconocido en la empresa, como ciudadano portador de un patrimonio de derechos que no desaparecen con ocasión de la contratación laboral, un ámbito de libertad constitucionalmente consagrado⁽¹¹⁾.

No obstante, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que no existen derechos ilimitados. En efecto, todo derecho tiene los límites que establece la misma Constitución en algunas ocasiones y que, en otras, derivan de una manera indirecta o mediata de ella, en tanto que es necesario preservar otros bienes constitucionalmente protegidos⁽¹²⁾. Admitida la posibilidad de limitación de los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional ha considerado una posición restrictiva en torno a los mismos disponiendo que «La extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio sólo sean admisibles en la, medida en que resulten estrictamente indispensables⁽¹³⁾». De esta manera, se considera como postulado rector de los mismos el favor

(9) FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 19, 2016, pág. 5.

(10) STC 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985, 88)(FJ 2.º).

(11) VALDÉS DAL RÉ, F., «Poderes del empresario y derecho de la persona del trabajador», *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 8, 1990, págs. 283 y 284.

(12) STC 2/1982, de 29 de enero (RTC 1982, 2)(FJ 5.º).

(13) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *loc.cit.*, pág. 49: «se trata de lo que cabe llamar el principio de indispensabilidad o de estricta necesidad de la limitación». Lo que significa que, el derecho fundamental en la relación laboral, sólo puede estar justificada si es estrictamente necesaria e indispensable para satisfacer el interés empresarial o en otros términos, si no hay otra forma de satisfacer ese interés; pues si así fuera habría que optar por esa fórmula alternativa que no restringe en absoluto el derecho del trabajador».

libertatis lo que conlleva que en casos de duda, se debe optar por la interpretación que más favorable resulte a la protección de los mismos⁽¹⁴⁾.

Teniendo en cuenta la ya mencionada eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tales limitaciones o medidas restrictivas no adquieren tanta trascendencia en lo relativo a las relaciones de subordinación como en las relaciones de coordinación. De manera que se plantea la colisión de los derechos fundamentales del trabajador con el reconocimiento de otro bien constitucionalmente protegido como es la libertad de empresa amparada en el art. 38 CE. Es cierto que la celebración de un contrato de trabajo no exceptúa el reconocimiento de los distintos derechos fundamentales que asisten al trabajador, pero siendo ello así, también hay que admitir que, en cierta forma, modula el alcance de los mismos. Luego aunque se reconozca a los trabajadores iguales derechos que al resto de ciudadanos, la protección puede ser más limitada por restrictiva en la lógica de las relaciones laborales⁽¹⁵⁾.

Finalmente se enfocó el problema en términos de colisión de derechos. En concreto, el conflicto de base sería, de un lado, el concreto derecho fundamental que se ve restringido como consecuencia de una actuación empresarial y del otro la libertad de empresa. La solución a este conflicto vendría aportada por la aplicación del llamado principio de proporcionalidad, de acuerdo con el cual el sacrificio de un derecho fundamental sólo resultaría admisible en la medida en que pueda ser considerado imprescindible para la satisfacción de otro derecho fundamental que resulte prevalente de acuerdo con las circunstancias del caso en concreto.

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional apunta que el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 ET, intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad de los trabajadores. Precisamente, para determinar si son legítimas o no, habrá que estar al juicio de proporcionalidad, el cual permite establecer los límites impositivos a los derechos fundamentales. Sólo cuando se supere el referido test cabe imponer límites a los derechos de los trabajadores⁽¹⁶⁾, es decir, cuando se revelen necesarios para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionados para alcanzarlo, y en todo caso, respetuosos con el contenido esencial del derecho⁽¹⁷⁾.

(14) STC 1/1981 de 8 de abril y otras como la STC 159/1986 que considera que «la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos», (FJ 6.º).

(15) SEMPERE NAVARRO, A.V. y MATEOS Y DE CABO, O.: «Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales)», en AA.VV. (SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. Dir.), *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas, 2014, págs. 110-114.

(16) SEMPERE NAVARRO, y MATEOS Y DE CABO., *op.cit.*, págs. 121 y 122.

(17) En la STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000, 186), concluyó el Tribunal que «la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte de la recurrente de graves irregularidades en el puesto de trabajo, idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias oportunas), necesaria ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades y equilibrada

El juicio de ponderación o proporcionalidad⁽¹⁸⁾ comprende una triple dimensión: a) juicio de idoneidad: la medida tiene que ser adecuada y útil en orden a la consecución del fin legítimo perseguido, b) juicio de necesidad: tiene que ser necesaria en el sentido de que no haya otras alternativas más favorables o menos gravosas que permitan conseguir el mismo fin y c) juicio de proporcionalidad en sentido estricto: se analiza si existe una relación razonable o proporcionada entre los medios utilizados y el fin a alcanzar tratando de acreditar si existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional y los daños que de dicha medida se derivan. Es el verdadero núcleo de razonamiento y donde rige propiamente la ley de la ponderación⁽¹⁹⁾.

2. La inserción del trabajador en el círculo rector y disciplinario empresarial

Las posiciones jurídicas del empresario y del trabajador en la relación laboral no son simétricas, pues el trabajador presta sus servicios en una posición subordinada respecto del primero. Cabe decir que la autonomía de la voluntad se ha visto históricamente como una «máscara» o una cobertura formal de lo que no es sino la determinación unilateral empresarial, de manera que de entre los tres poderes que conviven en el ordenamiento laboral, el «tercer poder» sería directamente el empresario y no tanto la autonomía individual y bilateral empresario-trabajador⁽²⁰⁾.

El anverso de la subordinación del asalariado es el poder de dirección empresarial que atribuye al empleador una serie de potestades en el marco de la relación de trabajo. El fundamento último de dicho poder es el art 38 CE, que al reconocer la libertad de empresa brinda la oportunidad para la configuración unitaria del poder de dirección⁽²¹⁾. Éste ha sido definido por parte de la doctrina como «el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo de

pues la grabación se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada».

(18) De entre las primeras STC que recogen este juicio en el ámbito laboral, SSTC 26/1981, de 17 de julio (RTC 1981, 26): «es un juicio sobre su razonable ajuste a las circunstancias y sobre la observancia de la regla de la proporcionalidad de los sacrificios», 51/1986, de 24 de abril, 99/1994, de 11 de abril que enjuiciaba un despido de un trabajador por incumplimiento contractual al negarse a ser filmado mientras realizaba la tarea de deshuesar un jamón en la que señala el Tribunal: «no basta con que la orden sea, *prima facie*, legítima; es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial», 6/1995, de 10 de enero: «los requerimientos empresariales han de estar especialmente cualificados por razones de necesidad estricta, que han de ser acreditadas por quien las alega...».

(19) PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 202.

(20) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN., «Ley, Convenio colectivo...», *Ioc.cit.*, pág. 9: señala que, «En el ordenamiento laboral conviven básicamente tres poderes: el Estado (ley, reglamento), la autonomía colectiva (convenio colectivo); y la autonomía individual (contrato de trabajo)».

(21) APARICIO., y BAYLOS., *op.cit.*, pág. 32.

la empresa⁽²²⁾». Como apunta Martín Valverde, ha de constar de «aquellas facultades que sumadas o combinadas, permitan llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de ésta, atendiendo a los intereses constitucionalmente protegidos de quien o quienes la han puesto en marcha⁽²³⁾».

El marco normativo que justifica este poder parte del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores a cuyo tenor esta Ley se aplica a los «trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Esta misma fórmula se reproduce en el art 20.1 ET que establece que «el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario...», debiendo en consecuencia cumplir su prestación de acuerdo con «las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de las facultades de dirección», como anticipa el art. 5.c) ET. Es requisito esencial del trabajo regulado en el Estatuto la circunstancia de que los servicios se presten «dentro del ámbito de organización y dirección» de un empresario⁽²⁴⁾.

El contenido del poder de dirección es complejo, está integrado por un conjunto de derechos que confiere la ley al empresario en una relación de trabajo. La primera facultad tradicional es la directiva, la posibilidad de dictar órdenes e instrucciones sobre el desarrollo del trabajo: pueden ser generales⁽²⁵⁾ que afecten a la plantilla en su conjunto o particulares que afectasen a un individuo en concreto, en donde el número de órdenes o su intensidad depende del puesto de trabajo y del tipo de cualificación profesional del trabajador. Es evidente que el grado de injerencia técnica del empresario no puede ser el mismo respecto de cualquier tipo de trabajadores; mientras que el trabajador manual suele estar sujeto a fuertes deberes de obediencia, el intelectual goza habitualmente de un ámbito de decisión considerable⁽²⁶⁾.

Muy relacionada con la primera de las facultades está la de vigilar y controlar el cumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas, a la que se refiere el art. 20.3 ET de manera muy amplia: «El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus

(22) MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965. pág. 44.

(23) MARTÍN VALVERDE, A., «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal constitucional» *Revista de Política Social*, n.º 137, 1983, pág. 144.

(24) MONTOYA MELGAR, A., «Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales», en VV.AA. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, S., y GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., Dir.), *Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales: estudios ofrecidos al Profesor Alfredo Montoya Melgar*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 29.

(25) MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 48, 2004, pág. 135, indica que: «Al que llamamos poder directivo general pertenecen decisiones globales que tienen por objeto la organización laboral de la empresa, tales como la determinación del volumen de plantilla, la contratación del trabajo de modo directo o a través de procedimientos de externalización del trabajo, los sistemas de selección y clasificación del personal, de retribución u tiempos de trabajo, la opción en cuanto a las modalidades contractuales, la reducción del número de trabajadores etc.».

(26) VV.AA. (SÁNCHEZ TRIGUEROS y GONZÁLEZ DÍAZ, Dir.), *op.cit.*, pág. 37.

obligaciones y deberes laborales». Como se dice en términos económicos, la empresa es un sistema de supervisión⁽²⁷⁾ y el empresario está legitimado consiguientemente para realizar la valoración de la eficiencia del trabajo, a cuyo efecto puede establecer los pertinentes medios de control del rendimiento, puntualidad y asistencia, disciplina, etc.⁽²⁸⁾. Como es evidente, el poder directivo, además de instrumentarse mediante el dictado de órdenes e instrucciones imponiendo determinadas conductas, ha de velar por el cumplimiento de las obligaciones laborales y a tal efecto ha de contar con instrumentos de fiscalización⁽²⁹⁾.

En relación con la utilización de ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial por parte de los trabajadores, el Tribunal Constitucional afirma que la utilización de dichas herramientas, está generalizada en el mundo laboral, correspondiendo a cada empresario, en el ejercicio de sus facultades de auto organización, dirección y control, fijar las condiciones de uso de los medios informáticos asignados a cada trabajador. En el marco de dichas facultades no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos por parte del trabajador, así como la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales⁽³⁰⁾, pues no es sino el uso indebido de los aparatos y la modalidad de su ejercicio lo que generalmente suele violar el interés subjetivo del trabajador⁽³¹⁾.

Las consideraciones precedentes, como apunta el Tribunal Constitucional en su STC 241/2012, no impiden que se proceda a dotar de una regulación al uso de las herramientas informáticas en la empresa, y en particular, al uso profesional de las mismas, por medio de diferentes instrumentos como órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas, de manera que la empresa no quede privada de sus poderes directivos ni condenada a permitir cualesquiera usos de los instrumentos informáticos sin capacidad alguna de control sobre la utilización efectivamente realizada por el trabajador⁽³²⁾.

Esta facultad de vigilancia tiene proyecciones intensas que se enmarcan en el denominado «poder de policía⁽³³⁾» del empresario. Por un lado, el art. 18 ET prevé la posibilidad de realizar registros sobre la persona del trabajador, taquillas y enseres personales pero regula unas mínimas garantías o lo que es lo mismo, estableciendo ciertos límites al poder de control del empresario. Así, establece que sólo podrán realizarse cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores de la empresa. La doctrina, considerando la escasa delimitación del alcance de la palabra «efectos», expresó lo conveniente que hubiera sido que la ley citara expresamente los

(27) ALCHIAN, A., y DEMSETZ, A., «Producción, costes de información y organización económica», *La naturaleza económica de la empresa*, Louis Putterman (ed. lit.), 1994., pág. 154.

(28) VV.AA. (SÁNCHEZ TRIGUEROS y GONZÁLEZ DÍAZ, Dir.), *op.cit.*, pág. 39.

(29) *Ibidem*, pág. 40.

(30) STC 241/2012, de 17 de diciembre.

(31) GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 143.

(32) STC 170/2013, de 7 de octubre.

(33) GOÑI SEIN., *El respeto a la esfera...*, *op.cit.*, pág. 161.

vehículos del trabajador que hubieran sido introducidos en el recinto de la empresa⁽³⁴⁾. No obstante, ente los bienes personales susceptibles de ser introducidos en la empresa o lugares de trabajo, el ordenador, los archivos informáticos y el correo electrónico, constituyen excepciones a este sistema de control y por ende, no sería de aplicación el art. 18 ET, sino el art. 20 ET, por tratarse de medios que son propiedad de la empresa, y en consecuencia su vigilancia entra dentro de las facultades normales de control del empresario. De este modo, puede decirse que no se trata de objetos de carácter personal, sino de herramientas de trabajo cuyo destino es facilitar la labor profesional⁽³⁵⁾.

La jurisprudencia en un primer momento entendió como elemento integrante de los «efectos personales» los ordenadores utilizados por los trabajadores, equiparándolos así a las taquillas⁽³⁶⁾. Sin embargo, ese posicionamiento ha sido corregido por el Tribunal Supremo en el que se afirma que el art. 18 ET no es aplicable al control por el empresario de los medios informáticos que se facilitan a los trabajadores en la ejecución de la prestación laboral⁽³⁷⁾.

Con todo lo anterior, la discrepancia entre la doctrina aun así se hace notar cuando en palabras de Falguera Baró sostiene que la diferencia entre el artículo 18 y 20.3 ET reside, en la capacidad de vigilancia ordinaria del primero, que deriva de la situación de subordinación del trabajador; y el ámbito de privacidad de la persona asalariada, que deriva del segundo y que regula la intromisión del empleador cumpliéndose determinadas tutelas. Se considera que el ordenador pertenece al empresario, pero el acceso a Internet es un bien de dominio público, de forma que el art 20.3 ET podría dar cobijo a determinadas intromisiones menores de la privacidad del trabajador, constatando la existencia de visitas a determinadas webs. Ahora bien, no comporta el acceso universal e incondicionado a todos los ámbitos de privacidad del trabajador, lo que acontece en los supuestos de monitorización. Aquí operaría no ya el art. 20.3 ET, sino el 18 de la misma norma⁽³⁸⁾.

(34) Cfr., DURÁN LÓPEZ, F., «art. 18 ET, Inviolabilidad de la persona del trabajador», en VV.AA (BORRAJO, E., Dir.), *Comentarios a las leyes laborales, El estatuto de los Trabajadores, Tomo IV*, Edersa, Madrid, 1983, 543 y 544.

(35) TALENS VISCONTI, E., «La expectativa razonable de confidencialidad como presupuestos de vulneración de derechos fundamentales en la fiscalización informática llevada a cabo por el empresario», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 51, 2013, pág. 2.

(36) Cfr., STSJ Andalucía/Málaga rec. 389/2000, de 25 de febrero: «Por lo tanto, dicho precepto autoriza el registro en la terminal de ordenador que utiliza el trabajador, pues el ordenador a estos efectos puede asimilarse a la taquilla».

(37) STS rec. 966/2006, de 26 de septiembre señala que: «las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de los poderes enmarcado dentro del art. 20.3 ET, el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario “como propietario o por otro título” y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen».

(38) FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional», *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 21, 2016, pág. 8: Si trasladamos esa reflexión al ámbito no virtual, podemos observar como el empresario puede acceder a la taquilla o a la mesa del trabajador (que también son propiedad de aquél); pero si en ellas se encuentra una carta dirigida personalmente al asalariado o el resultado de unos análisis médicos, no es claro que su capacidad de control se extienda al contenido del mensaje.

Por último, existe un singular poder del empresario, el denominado poder disciplinario, que tiene como contrapartida un el deber de subordinación del trabajador. El empresario tiene en su mano potestades que consisten sencillamente en un cuadro de sanciones que puede imponer y a las cuales el trabajador ha de someterse⁽³⁹⁾. En el ET, el despido considerado «disciplinario» (arts. 54 y 55 ET) está directamente conectado con la potestad sancionadora empresarial, siendo el despido la sanción más grave de las posibles, derivada de una falta, con entidad suficiente, cometida por el trabajador. No obstante, hay que tener presente la relevancia de la posición que los derechos fundamentales ostentan respecto al despido disciplinario laboral, que evidencia la propia etiología del despido, determinando que quede privada de legitimidad toda decisión empresarial que de forma patente o encubierta vulnere los mismos⁽⁴⁰⁾.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, «el empresario tiene atribuido un llamado poder disciplinario que le permite adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad, con el correlativo derecho del trabajador, además de otras garantías, de instar y obtener en la vía judicial laboral la revisión de la conformidad a Derecho de tal decisión empresarial. Tiene, así, el proceso por sanciones un carácter revisor en favor del trabajador⁽⁴¹⁾».

Como ya se reconoció anteriormente, las nuevas tecnologías conllevan una mayor capacidad empresarial de control de las personas asalariadas. En este sentido, la inmensa mayoría de los pleitos que derivan del ejercicio del poder disciplinario empresarial son causa del uso extra productivo de los medios informáticos. Se ha considerado que si concurría ordenes internas de la empresa o una tipificación de la falta en el convenio colectivo de referencia, dicha conducta incurriría en una desobediencia o, como se ha abordado en algunas sentencias, como una deslealtad y/o trasgresión de la buena fe contractual⁽⁴²⁾.

III. LA TUTELA DEL TRABAJADOR FRENTE AL USO EMPRESARIAL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN

1. La adopción de instrumentos de control en la empresa. En particular, sobre las comunicaciones

Las medidas de control que el empresario puede establecer en la relación del trabajo son numerosas. Se pone en práctica toda una serie de instrumentos de fiscalización con la pretensión de verificar el cumplimiento de la prestación laboral, que podrían dejar en

(39) ALONSO OLEA, M., *El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 133.

(40) PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1992, pág. 142 y 143.

(41) SSTC 206/1987, de 21 de diciembre (RTC 1987, 206)y de 125/1995, de 24 de julio.

(42) FALGUERA BARÓ., «Nuevas tecnologías y trabajo (II)...», *loc.cit.*, pág. 10.

entredicho los derechos de la personalidad del trabajador por la estrecha relación que guardan con la posible lesión del derecho a la intimidad⁽⁴³⁾. Cabe poner de manifiesto diferentes formas de control por medios informáticos y telemáticos así como audiovisuales. Con la introducción de las nuevas tecnologías en la relación de trabajo se está produciendo un aumento del poder de control del empresario sobre la prestación de trabajo y sobre el trabajador mismo⁽⁴⁴⁾. Así mismo, el impacto de la digitalización en el ámbito laboral altera los paradigmas clásicos de lo jurídico y la propia idea de trabajo⁽⁴⁵⁾.

En la era de las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación, el instrumento informático que más está revolucionando la estructura empresarial y las relaciones laborales es el correo electrónico. Casi todas las empresas están conectadas a la red y una buena parte de sus trabajadores dispone de una o varias cuentas de correo electrónico. Siendo una herramienta indudablemente útil de trabajo que aporta numerosas ventajas desde el punto de vista organizativo y productivo, lo cierto es que también se ha convertido en un codiciado medio de control, siendo un mecanismo eficaz para determinar el rendimiento. Entre los riesgos para el empresario se encuentra su utilización con fines ajenos a la actividad productiva o incluso ilícita, o el contagio de sus redes mediante virus informáticos o de transmisión de información reservada y fuga de secretos empresariales. De manera que, cabe poner de manifiesto que existe un legítimo interés por parte del empresario de controlar el uso del correo electrónico por sus trabajadores⁽⁴⁶⁾.

Al analizar el control empresarial sobre el ordenador y el correo electrónico, hay que partir de que se trata de una herramienta de trabajo facilitada por el empresario, que en cuanto tal está sujeta al poder de dirección del mismo. Pero, al mismo tiempo, no se debe perder de vista que se trata de un instrumento de comunicación y de acceso a fuentes de información, por tanto la fiscalización ejercida sobre éste puede afectar a diversos derechos fundamentales (intimidad, secreto de las comunicaciones, protección de datos, libertad sindical...)⁽⁴⁷⁾.

Efectivamente, el correo electrónico técnicamente es un servicio de mensajería electrónica, donde dos comunicantes transmiten un mensaje digital entre dos ordenadores a

(43) DE VICENTE PACHÉS., *op.cit.*, pág. 303.

(44) Particularmente intenso en la esfera del teletrabajo, como apunta, ALIAGA CASANOVA, A.C., «El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respeto a la intimidad», *Diario la Ley*, n.º 5397, 2001, pág. 3: «Entre tales derechos fundamentales, siempre en peligro en una relación laboral, se encuentra el derecho a la intimidad, que en el caso del teletrabajo padece un mayor riesgo en la medida que el control que permite la tecnología avanzada confiere a los poderes políticos y a los económicos tal caudal de información que si no se utiliza correctamente estaría en peligro todo el sistema de derechos y libertades».

(45) MERCADER UGUINA, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 140 y ss.

(46) GOÑI SEIN, J.L., «Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos», *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 17, 2004, pág. 42.

(47) FALGUERA BARÓ, M. A., «Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual...», *loc.cit.*, 2016, pág. 2: «...Un ordenador o un teléfono son instrumentos productivos propiedad de la empresa, sin embargo cuando se conectan a la red son también otra cosa: mecanismos de comunicación e información que difuminan su uso estrictamente laboral para insertarse en otros terrenos más propios del ámbito privatista de las personas.»

través de un servidor y que se mantiene registrado electrónicamente hasta el momento en que el receptor accede a él. El Tribunal Constitucional subraya que el derecho al secreto de las comunicaciones es un bien constitucionalmente protegido según el art. 18.3 CE, que prohíbe la interceptación o el conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. Puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga una aprehensión física del soporte del mensaje o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)⁽⁴⁸⁾.

A partir de aquella doble caracterización del uso de los medios informáticos en la empresa, las líneas jurisprudenciales sobre esta materia, tradicionalmente se dividían entre: Las resoluciones que otorgaban libertad plena al empresario para acceder al contenido del ordenador en consonancia con la doctrina propietarista (el ordenador no es un efecto personal del trabajador, sino un instrumento de trabajo propiedad del empresario)⁽⁴⁹⁾; las que aplicaban analógicamente el art. 18 ET, otorgando la vía más protectora del derecho a la intimidad del trabajador, identificando al ordenador con algo tan privado como la taquilla de trabajo o la propia persona⁽⁵⁰⁾; y las que optaban por aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la restricción de los derechos fundamentales a través del juicio de proporcionalidad⁽⁵¹⁾.

El Tribunal Supremo en su STS 966/06, de 26 de septiembre⁽⁵²⁾ invocó el art. 8 del CEDH que reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, su domicilio y de su correspondencia y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, particularmente la doctrina de la destrucción de la expectativa razonable de intimidad que tuvo ocasión de aplicar en sus STEDH de 3 de abril de 2007 (Caso Copland contra Reino Unido) y 12 de enero de 2016 (Caso Barbulescu contra Rumanía).⁽⁵³⁾ Así, el Tribunal Supremo enmarca los registros informáticos dentro del poder ordinario del empresario, sometiéndolos al contenido del art. 20.3 ET, no a lo

(48) STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984, 114)(FJ 7.º).

(49) STS rec. 966/06, de 26 de septiembre: «el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario “como propietario o por otro título” y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen».

(50) Sobre las sentencias enmarcadas en esta línea jurisprudencial, *vid.* FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional»..., *loc.cit.*, pág. 4: «... a esa nueva fenomenología de situaciones le resultaban de aplicación las reglas ordinarias de control empresarial del art 18 ET, por tanto: el máximo respeto a la dignidad e intimidad del trabajador y la presencia de un representante legal de los trabajadores o, en su caso, de otra persona asalariada. Así expresamente, STSJ Andalucía/Málaga rec. 389/2000, de 25 de febrero: «Por lo tanto dicho precepto autoriza el registro en la terminal de ordenador que utiliza el trabajador, pues el ordenador a estos efectos puede asimilarse a la taquilla».

(51) FERNÁNDEZ ALLES, J. J., PIÑERO JIMÉNEZ, A., «Derechos fundamentales y uso extralaboral de internet en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 241/2012 y 170/2013», *Relaciones Laborales*, n.º 12, 2014, pág. 2. STS rec. 966/2006, de 26 de septiembre: «el control del uso del ordenador no se regula por el art. 18 ET, sino por el art. 20.3 ET (...) la cuestión clave es si existe un derecho del trabajador a que se respete su intimidad».

(52) STS rec. 966/07, de 26 de septiembre.

(53) La STEDH en el asunto Barbulescu condiciona la legitimidad del control a un requisito procedimental básico, cual es la información previa sobre la política de uso profesional o personal de Internet y en general de los instrumentos de comunicación electrónica.

previsto en el art. 18 ET (más garantista). La protección de la intimidad considera que alcanza a las comunicaciones electrónicas, al correo electrónico y a los «archivos temporales» que se guardan automáticamente en el disco duro y a los archivos personales que se encuentran en el ordenador.

Así las cosas, el Tribunal Supremo, nutriéndose de la doctrina del TEDH, considera que el empresario tiene que haber destruido previamente la expectativa de intimidad que el trabajador puede crearse debido a la utilización «personalizada» del equipo y a la generalización de una cierta tolerancia con un uso moderado, para lo que deberá de informar al trabajador de que el contenido del ordenador puede ser conocido por terceros, que realizara controles en las herramientas informáticas y el tipo del que se servirá. De acuerdo con las exigencias de la buena fe, la empresa para «quebrar» esa expectativa tiene que establecer previamente las reglas de uso de esos medios con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales en el uso personal de los medios informáticos. En definitiva concluye el Tribunal Supremo que «De esta manera, si el medio se utiliza para fines privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables no podrá entenderse que se ha vulnerado «una expectativa razonable de intimidad» en los términos del art. 8 del CEDH⁽⁵⁴⁾».

La doctrina del Tribunal Constitucional también asentó criterios sobre la utilización de ordenadores de titularidad empresarial por parte de los trabajadores. Afirmó en su reciente STC 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013, 170) que «el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal forma parte del ámbito de la intimidad, siendo el ordenador un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos (...) así el uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral queda dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad, pero serán las circunstancias de cada caso las que finalmente determinen si su fiscalización por la empresa ha generado o no la vulneración de dicho derecho fundamental⁽⁵⁵⁾».

El Tribunal Constitucional hace uso del juicio de proporcionalidad para amparar la legitimidad del acceso al correo electrónico: «puesto que la decisión empresarial se fundó en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador, la medida era idónea para la finalidad pretendida por la empresa, consistente en verificar la irregularidad sospechada y podía considerarse necesaria puesto que serviría de prueba de la citada irregularidad ante una eventual impugnación de la sanción empresarial pudiéndose finalmente entender como ponderada y equilibrada⁽⁵⁶⁾».

Por último, cabe reparar en la argumentación del Tribunal Constitucional en cuanto a la destrucción de la expectativa de intimidad. Debe advertirse que el Alto Tribunal da relevancia

(54) En línea con esta tesis jurisprudencial el Tribunal Supremo, n.º de recurso STS rec. 4053/2010, de 6 de octubre, previa prohibición expresa de la empresa de la utilización de sus recursos tecnológicos para actividades ajenas a la laboral, la trabajadora incumplió la prohibición y fue despedida, control que no se consideró por el TS ilícito ya que no se había violado el derecho fundamental a la intimidad. También n.º de recurso STS rec. 2129/2012 de 27 de marzo reafirma la doctrina aludida.

(55) STC 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013, 170)(FJ 5.º).

(56) FALGUERA BARÓ., «Nuevas tecnologías y trabajo (II)...», *loc.cit.*, pág. 6: «El contenido de los correos reflejaba que, a través de la dirección electrónica facilitada por la entidad empresarial, el trabajador había mantenido contacto con terceros ajenos a ella a los que había remitido información detallada sobre el objeto empresarial».

singular al hecho de que el convenio colectivo del sector, aplicable al caso, tipificase como falta «la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral». Dicha tipificación parte de un principio general según el cual «el correo electrónico es de exclusivo uso profesional». De manera que, en tales circunstancias, en las que existía una prohibición expresa de uso extralaboral, no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo electrónico» y por tanto debe descartarse la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones. La habilitación por la empresa de esta herramienta informática para un uso profesional y el hecho de que su uso para fines distintos de los laborales estuviera tipificado en el Convenio colectivo aplicable como infracción sancionable «impiden considerar que su utilización quedara al margen de control empresarial⁽⁵⁷⁾».

2. La videovigilancia en la relación de trabajo

La vigilancia empresarial se puede llevar a cabo también a través de un control visual, dónde los aparatos más frecuentemente utilizados son las cámaras de televisión a control remoto o las cámaras videograbadoras (videovigilancia). Tienen por finalidad la captación y registro de la imagen y, una vez en movimiento, la actividad de las cámaras va a registrar indistintamente tanto la posible comisión de un delito o el incumplimiento laboral de un trabajador, como algunas manifestaciones inherentes a su intimidad, aunque, como bien se examinará a continuación, pueden ser otros fines empresariales los que justifiquen la instalación de estos instrumentos audiovisuales⁽⁵⁸⁾. Como medida de observación también se utilizan las ventanas polarizadas o vidrios transparentes de un solo sentido, de manera que se puede observar lo que sucede al otro lado del cristal sin que los trabajadores que se encuentran allí se den cuenta de ello⁽⁵⁹⁾.

En ese sentido, se puede considerar legítimo la instalación de cámaras para el control técnico de la producción (por peligrosidad con el material que se trabaja o la maquinaria que se utiliza) y de la seguridad en el trabajo (atracos en entidades de crédito o prevención de hurtos en grandes superficies o establecimientos comerciales)⁽⁶⁰⁾. Pero, aunque las cámaras se instalen para satisfacer exigencias de seguridad o técnico-organizativas resulta imposible desagregar lo que entra y lo que cae fuera del objetivo declarado, pues todo aparece en-

(57) STC 170/2013, FJ 3.º.

(58) AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *Privacidad del trabajador versus deberes de prevención del delito en la empresa*, Edisofer. S.L., Madrid, 2009, pág. 45.

(59) DE VICENTE PACHÉS., *op.cit.*, pág. 319-327.

(60) Como medidas de seguridad específicas de los bancos, cajas de ahorro y demás entidades de crédito, el Reglamento de Seguridad Privada 2364/1994 de 9 de diciembre en su art. 120 señala: 1. En los establecimientos u oficinas de las entidades de crédito donde se custodien fondos o valores, deberán ser instalados... a) Equipos o sistemas de captación y registro, con capacidad para obtener las imágenes de los autores de delitos contra las personas y contra la propiedad, cometidos en los establecimientos y oficinas, que permitan la posterior identificación de aquéllos, y que habrán de funcionar durante el horario de atención al público, sin que requieran la intervención inmediata de los empleados de la entidad.

tremezclado⁽⁶¹⁾. El ojo mecánico contribuye de esta manera a la gobernabilidad, al control social de los trabajadores, ampliando la esfera de poder del empresario⁽⁶²⁾.

En la doctrina previa del Tribunal Constitucional⁽⁶³⁾ el conflicto se planteaba exclusivamente desde la perspectiva del derecho a la intimidad, quedando al margen del debate, el derecho a la autodeterminación informativa que se integra en el derecho a la protección de datos personales. Así, la modulación de los derechos fundamentales sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva de la empresa, pero tales modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer el interés empresarial de manera que si existen otras menos agresivas, habrá de emplearse estas últimas, en razonable aplicación del principio de proporcionalidad⁽⁶⁴⁾.

Se destaca también en estas primeras líneas jurisprudenciales si la medida restrictiva obedece al propósito de vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben, concluyendo que el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, incluidos comentarios privados, constituye una actuación que rebase ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 ET⁽⁶⁵⁾. La vigilancia no puede tornarse en una exasperante e incómoda presión para los trabajadores, ni convertir a éstos en una suerte de encarcelados⁽⁶⁶⁾.

La evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional sienta condiciones adicionales para la validez de la utilización de las cámaras de vigilancia, exigiendo con rigor el cumplimiento del deber de información previa a los trabajadores y atendiendo a las exigencias derivadas del respeto al contenido esencial del derecho en materia de protección de datos de

(61) GOÑI SEIN, J.L., *La Videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Thomson-civitas, Pamplona, 2007, pág. 19.

(62) VILLAVERDE MENÉNDEZ, I, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho Fundamental a la protección de datos personales», en VV.AA (FARRIOLS, A., y SOLA., Dir.): *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, CLI-CINCA, Madrid, 2006, pág. 88. También concluye VILLALBA SÁNCHEZ, A., «Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos del control empresarial», *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 6, 2016, pág. 19: la expansión del poder de dirección del empresario se ha llevado a cabo no solo a costa del contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador, sino también de la confianza inter partes que dicta la buena fe contractual.

(63) Como es el caso de las SSTC 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000, 98) y 186/2000, de 10 de julio.

(64) La STC 98/2000, de 10 de abril resuelve el supuesto de la utilización en un casino de micrófonos en determinadas dependencias del centro de trabajo donde eran grabadas conversaciones de los trabajadores reconociendo la vulneración del derecho a la intimidad personal dado que la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más su instalación, habida cuenta de que ya disponía de otros sistemas de seguridad y de que no quedaba acreditado que la instalación fuese indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino.

(65) Así en la STC 186/2000, de 10 de julio se concluyó que la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde la demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (existían razonables sospechas de la comisión de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida (verificar la comisión de las irregularidades sospechadas); necesaria (ya que la grabación serviría como medio de prueba) y equilibrada (pues se limitó a la zona de caja y a una duración temporal limitada).

(66) GOÑI SEIN., *El respeto a la esfera...op.cit.*, pág. 145.

carácter personal⁽⁶⁷⁾. A partir de la consideración de las grabaciones como datos de carácter personal con arreglo a la definición recogida por el art. 3 de la LOPD que entiende por tal «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables⁽⁶⁸⁾», cobra una especial relevancia la observancia de los principios de protección de datos en la utilización de las videocámaras con fines disciplinarios.

En todo caso y como sucedía en el supuesto del correo electrónico, la legalidad del control empresarial no queda supeditada ya únicamente a la superación de dicho test, pues debe atenderse a sí mismo a la exigencia de información a los trabajadores sobre la fiscalización de la actividad laboral a través de los medios audiovisuales⁽⁶⁹⁾. De manera que constituye un requisito imprescindible en la determinación de la validez de dicha fiscalización, el previo conocimiento de la instalación de cámaras de videovigilancia y su finalidad de control empresarial. Según declaró recientemente el Tribunal Constitucional en su STC 29/2013, de 11 de febrero (RTC 2013, 29), es necesaria una información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que la captación va dirigida, información que debe concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo⁽⁷⁰⁾.

De modo que sólo cabe el uso empresarial de la información obtenida por estos medios para los fines que se hubieran comunicado al trabajador de forma expresa, de forma que la instalación de cámaras con el fin de prevenir delitos así comunicada al trabajador no podría servir para invocar a posteriori la justificación de un despido disciplinario a raíz de las imágenes obtenidas⁽⁷¹⁾. Sobre la base del art. 18. 4 CE que recoge el derecho a la autotutela informativa y no sobre la del art. 18.1 CE referente al derecho a la intimidad, se determinó finalmente la ilegalidad de unas grabaciones empleadas para fines distintos a los previstos con su implantación, incumpléndose así el deber de información del Art. 5.1 LOPD⁽⁷²⁾. El incumplimiento de dicho deber de información previa al trabajador acerca de la instalación de sistemas audiovisuales de control y su finalidad fue estimado suficiente para declarar la

(67) GONZÁLEZ, GONZÁLEZ, C., «Control empresarial de la actividad laboral, videovigilancia y deber informativo. A propósito de la STC de 3 de marzo de 2016», *Revista de Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2016, pág. 12.

(68) STC 29/2013, de 11 de febrero (RTC 2013, 29) en la que se señala que: «la captación de imágenes de las personas constituye un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada».

(69) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 70 y 71.

(70) La STC 29/2013, de 11 de febrero, supuso el primer pronunciamiento en valorar la controversia a la luz de los principios de la protección de datos.

(71) La tesis mantenida por la STC 29/2013, de 11 de febrero, fue recogida por la STS rec. 1685/2013 de 13 de mayo en la cual el TS confirmó la nulidad del despido alegando que no se dio información a la trabajadora sobre la posibilidad de que con dichas cámaras se adoptaran medidas de índole laboral y que la ilegalidad de dicha conducta no desaparecería por el hecho de que las mismas fuesen apreciables a simple vista.

(72) VILLALBA SÁNCHEZ., *Ioc. cit.*, pág. 9: procede partir de la consideración de las grabaciones o instantáneas en las cuales se refleje la imagen del trabajador como datos de carácter personal con arreglo a la definición aportada por el art. 3 de la LOPD que entiende por tal «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables».

existencia de una lesión del art. 18.4 CE sin que el Tribunal Constitucional entrase a valorar si el órgano judicial había ponderado previa y adecuadamente si el uso que se le había dado a las imágenes captadas por las cámaras de seguridad había respetado el derecho a la intimidad de los trabajadores con arreglo al test de proporcionalidad⁽⁷³⁾.

No obstante, el Tribunal Constitucional, en su STC 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016, 39), consideró que la decisión por parte de la empresa de instalar un dispositivo de grabación en el espacio en el que se ubicaba la caja registradora, pese a haberse realizado sin previa comunicación a los trabajadores, era legítima por cuanto se había colocado un distintivo informativo en el escaparate de la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo y por tanto podía conocer la existencia de las cámaras y de la finalidad para la que habían sido instaladas⁽⁷⁴⁾. Entiende el Tribunal Constitucional en su reciente jurisprudencia que se había cumplido en ese caso con la obligación de información previa pues bastaba a esos efectos el conocimiento por parte del trabajador de la instalación de un sistema de control por video-vigilancia sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control⁽⁷⁵⁾.

Dicha tesis se sostiene también en la Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos, de 8 de noviembre⁽⁷⁶⁾, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. En la cual se afirma que dicha obligación de información prevista en el art. 5 LOPD queda garantizada cuando: a) se coloque un distintivo informativo en un lugar suficientemente visible; b) se tenga a disposición de los interesados en los que se detalle el contenido del art. 5 LOPD. Dicho juicio de constitucionalidad se considera criticable con fundamento en el principio de jerarquía normativa instaurada por la propia CE, toda vez que es la ley, y solo la ley, quien puede fijar los límites a un derecho fundamental, y en este caso, el cumplimiento de lo dispuesto en una instrucción no puede servir como argumento determinante para delimitar el contenido esencial del derecho a la protección de datos del trabajador⁽⁷⁷⁾.

(73) Recuérdese que el art. 4.2 LOPD establece que los datos de carácter personal objeto de tratamiento no pueden usarse para finalidades incompatibles con aquellas para que los datos hubieran sido recogidos.

(74) STC 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016, 39)(FJ 5.º).

(75) Se señala por parte de los magistrados que formulan votos particulares una evidente contradicción en tanto que difícilmente puede llegarse a la conclusión de que el art. 20.3 ET, en el que se enmarca el poder de dirección empresarial, tiene rango de ley suficiente a efectos de limitar el derecho a la información del art. 5 LOPD.

(76) Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. (BOE-A-2006-21648).

(77) XIOL RÍOS, C., «Derechos fundamentales. La utilización de cámaras de video vigilancia para fines de control de cumplimiento de las obligaciones laborales. Necesidad de informar previamente a los trabajadores», *La Administración práctica*, n.º 5, 2013, pág. 121 y ss.

IV. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

1. La tutela de los derechos fundamentales en el procedimiento laboral

Casi al mismo tiempo que la promulgación del Texto Constitucional se aprueba la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que estableció específicas vías de garantía para los órdenes penal, contencioso-administrativo y civil. Pero esta omitió cualquier referencia al orden social. De esta forma, cuando la lesión del derecho o la libertad tenían lugar en el marco de las relaciones jurídicas de carácter laboral, se reconocía la competencia residual de los tribunales civiles para la resolución de la controversia. Así las cosas, no sería hasta la aprobación del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril por el que se aprueba la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 cuando por fin se da cumplimiento al mandato del art. 53.2 CE⁽⁷⁸⁾. El art. 2. k) de la Ley atribuía expresamente a los órganos jurisdiccionales del orden social, competencia para conocer de las cuestiones que se planteen sobre tutela de los derechos de libertad sindical, previendo una modalidad procesal específica de tutela en los arts. 175 y ss.⁽⁷⁹⁾. La rúbrica de este proceso, titulado «tutela de los derechos de libertad sindical», era manifiestamente errónea en la medida en que su ámbito material se extendía más allá de la tutela del mencionado derecho produciéndose, en consecuencia, una posterior ampliación del procedimiento al resto de los derechos fundamentales *ex art.* 181 de la anterior Ley⁽⁸⁰⁾. Esta especial tutela de los derechos fundamentales generales del trabajador tenía sentido para todo derecho fundamental puesto que no existía razón alguna que justificase una exclusión⁽⁸¹⁾.

La nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS), responde mejor que su predecesora al mandato constitucional que exige la existencia de un procedimiento preferente y sumario a través del que cualquier ciudadano pueda recabar la tutela de las libertades y derechos fundamentales reconocidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución⁽⁸²⁾. La nueva Ley prevé un proceso

(78) FOLGUERA CRESPO, J.A., «Una reforma integral que respeta lo esencial de proceso laboral», *Diario La Ley*, n.º 7744, 2012, pág. 10.

(79) ALBIOL MONTESINOS, I., y BLASCO PELLICER, A., *Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 12.

(80) Vid, CABAÑAS GARCÍA J.C., «La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el orden social», *Documentación Laboral*, n.º 42, 1994, pág. 72: «La denominación de este proceso puede inducir a confusión pues no coincide exactamente con su «verdadera extensión material», porque en dicha modalidad no son, únicamente subsumibles pretensiones referentes a este derecho sino que la misma está abierta a las cuestiones que se susciten sobre los demás derechos fundamentales y libertades públicas en virtud del art. 181 LPL».

(81) Así, así BLASCO PELLICER, A., «La tutela cautelar laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Aranzadi Social*, Tomo V, 2001, pág. 131.

(82) Esta es la valoración de MARÍN ALONSO., y GUTIÉRREZ PÉREZ., «La práctica de la prueba...», *loc. cit.*, pág. 7: De conformidad con el art. 53.2 CE. También afirma BAZ TEJEDOR, J.A., *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*, Lex nova, Valladolid, 2006, págs. 266-268 que «ante el estricto tenor literal del precepto, cabría sostener la entrada en juego de la aplicación supletoria de la LEC, en aras a obtener la tutela para el resto de los derechos fundamentales laborales, aunque ello no resulte plenamente satisfactorio, porque la LEC presenta diferencias con el art. 178 LPL, por lo que se requiere una reforma legislativa de aquel precepto que satisfaga plenamente el amparo de los restantes derechos».

autónomo para proteger la vulneración de los derechos fundamentales, dejando atrás el necesario recurso de extender a los derechos fundamentales en general la doctrina sobre el derecho a la libertad sindical, disponiendo ahora de un proceso general y específico para todos ellos (arts. 177-183 LJS)⁽⁸³⁾. Este planteamiento ha supuesto una reestructuración de la modalidad de tutela, que ahora se extiende a cualquier derecho fundamental, sea o no específicamente laboral, en su proyección en las relaciones de trabajo y no como antes, a partir de su extensión, ya puramente formal, de la garantía de la libertad sindical y de otros posibles derechos fundamentales⁽⁸⁴⁾.

En efecto, el cauce natural de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en lo laboral es el procedimiento laboral⁽⁸⁵⁾. La unificación de la materia laboral en el orden social convierte también a éste en el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito de la relación de trabajo;⁽⁸⁶⁾ de esta manera se unifica el conocimiento de cualquier otra vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas conectada a la relación laboral⁽⁸⁷⁾.

En el tema que nos ocupa, la inmensa mayoría de los pleitos que han abordado el derecho a la privacidad de los trabajadores y su confrontación con las nuevas tecnologías se tratan, en general, de demandas por despido en las que la acreditación de los hechos imputados se basa en medios de prueba que el trabajador considera que han sido obtenidos con vulneración del conglomerado de derechos del art. 18 CE⁽⁸⁸⁾. En nuestro modelo de despido, la nulidad se pretende no tanto del propio acto de despido sino respecto a la conducta del empleador reactiva al ejercicio de derechos fundamentales o de carácter discriminatorio.

Sin embargo la posible vulneración del art. 18 CE se sitúa en este ámbito en otro nivel: la obtención de la prueba. En los procesos de despido concurre una relación causal entre la validez de la prueba por intromisión empresarial en la esfera de la privacidad del trabajador y los propios hechos imputados⁽⁸⁹⁾. Los efectos de la prueba ilícita ya fueron introducidos por el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio (en adelante LOPJ), conforme al cual «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, vio-

(83) LOUSADA AROCHENA, J.F., «La Ley de la Jurisdicción social: una primera aproximación», *Actualidad Laboral*, N.º 21, Tomo II, 2011, pág. 27.

(84) FOLGUERA CRESPO., *loc.cit.*, pág. 12.

(85) STC 55/1983, de 22 de junio.

(86) A este respecto la Exposición de motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social señala lo siguiente: «la presente Ley concentra en el orden social, por su mayor especialización, el conocimiento de todas aquellas materias, que de forma directa o por especial conexión, puedan calificarse como sociales. La mayor nitidez del contorno competencial de la jurisdicción requería de una expansión para unificar el conocimiento de los conflictos y pretensiones que se produzcan en el ámbito laboral...».

(87) MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Art. 2» en VV.AA (MONEREO PÉREZ, J.L., Dir): *Ley de la jurisdicción social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011*, de 10 de octubre., Comares, 2013, pág. 39.

(88) FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 22, 2016, pág. 1.

(89) DOLZ LAGO, M.J., «Presente y futuro del Ministerio Fiscal en la jurisdicción social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 22, 1996, pág. 7.

lentando los derechos o libertades fundamentales⁽⁹⁰⁾. Por tanto si única prueba que sirvió de base al acto extintivo fue obtenida violando el derecho fundamental a la intimidad del demandante y el conocimiento de los hechos motivadores de su cese se debió en exclusiva a una prueba obtenida ilícitamente, la consecuencia que de ello se deriva es la nulidad del despido⁽⁹¹⁾.

Así lo reconoció el Tribunal Constitucional al declarar que «al haberse invadido la esfera privada de la recurrente sin contar con habilitación legal para ello y sin consentimiento eficaz del titular del derecho, se actuó sin autorización sobre ámbitos que exigían una información previa y expresa al consentimiento, con vulneración por tanto del art. 18.1 CE, de manera que será procedente el amparo, debiendo recordarse que, la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo, lo que implica la anulación de la Sentencia impugnada⁽⁹²⁾». Más recientemente en la doctrina del Alto Tribunal apuntó, en la misma línea que «las sanciones impuestas con base en esa única prueba, lesiva de aquel derecho fundamental, deben declararse nulas. Y es que privada la persona de aquellas facultades de disposición y control sobre sus datos personales, lo fue también de su derecho fundamental a la protección de datos⁽⁹³⁾». A la conclusión a la que cabría llegar es que existe un nexo de causalidad entre el despido y la vulneración del derecho a la intimidad. Esto es: la causa de extinción reside en ésta⁽⁹⁴⁾.

2. La reparación del daño por violación de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo

Cuando el acto empresarial que se dice vulnerador de un derecho fundamental haya sido el despido disciplinario del trabajador, en los arts. 108 y 113 LJS se prevé la calificación del despido como nulo por vulnerar los derechos fundamentales del trabajador y su consecuencia jurídica que es la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir, lo que se ha traducido en una suerte de nulidad radical, esto es, la reincorporación con exclusión de la indemnización sustitutoria⁽⁹⁵⁾.

(90) FALGUERA BARÓ., «Nuevas tecnologías y trabajo (y III)...», *loc.cit.*, pág. 7: «dicha previsión fue posteriormente desarrollada por el art. 287 LEC en el que se prevé tanto la manifestación de parte respecto a la licitud de la prueba, como la posibilidad de actuación de oficio por el juez o tribunal ya en la vista oral, contemplándose el incidente procesal con audiencia a las partes y, en su caso, recurso de reposición. El referido precepto hace especial referencia a los juicios verbales que, «mutatis mutandis», resultan de aplicación al proceso social».

(91) ALBIOL MONTESINOS., y BLASCO PELLICER., *Proceso de tutela...op.cit.*, pág. 51. CAVAS MARTÍNEZ., *El proceso laboral de tutela... op.cit.*, pág. 262.

(92) STC 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004, 196): se analizaba en ella una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador en la extinción del contrato a lo largo del periodo de prueba, a raíz de que se le practicó un reconocimiento médico en el que se constató consumo de drogas.

(93) STC 29/2013, de 11 de febrero.

(94) FALGUERA BARÓ., «Nuevas tecnologías y trabajo (y III)...», *loc.cit.*, pág. 7.

(95) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Los procesos especiales en la jurisdicción social*, Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 33 y ss. Por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre (RTC 1981, 38), 114/1989, de 22 de junio (RTC 1989, 114), 186/1996, de 25 de noviembre (RTC 1996, 186), 1/1998, de 12 de enero (RTC 1998, 1),

La nulidad radical tiene por finalidad dejar sin efectos, también retroactivamente la conducta lesiva del derecho fundamental, obligando al empresario a restituir a la situación anterior a la misma, impidiendo que su cumplimiento sea sustituido por un equivalente pecuniario, para evitar así la llamada monetarización de la condena y garantizándose en suma, la *restitutio in integrum* plena de los derechos del afectado⁽⁹⁶⁾. El fallo de la sentencia no admite más que su ejecución específica o *in natura*, teniendo en cuenta que en la actualidad toda nulidad del despido comporta este efecto, de ahí que parte de la doctrina califique dicha expresión de incorrecta o puro efecto pedagógico⁽⁹⁷⁾.

Una vez declarada la vulneración del derecho fundamental el juez deberá de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, corresponda (art. 183.1 LJS). No obstante, no es automática, no se genera por la simple estimación de la demanda y la consecuente declaración de la lesión, sino que se precisa su expresa solicitud, así como la determinación y acreditación de los daños y su valoración económica, aun indiciaria o indirecta⁽⁹⁸⁾.

Son indemnizables todos los daños o perjuicios ocasionados por el acto impugnado, siempre y cuando se trate de daños concretos y sean valorables económicamente⁽⁹⁹⁾. Así se incluyen tanto los daños patrimoniales o materiales como los extras patrimoniales, entre los que se incluyen los daños corporales y los daños morales⁽¹⁰⁰⁾. Respecto a la cuantificación, no se establecen topes máximos, sino que el art. 183.2 LJS establece que el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa (...). El órgano jurisdiccional posee una gran discrecionalidad si bien se le somete a un criterio de prudencia, aun cuando cabe mencionar la posibilidad de revisar en vía de recurso la cuantía de la indemnización siempre que ésta sea desproporcionada⁽¹⁰¹⁾. En concordancia con este margen discrecional, resulta interesante el recurso a sistemas de cálculo objetivados, de entre los cuales destaca con carácter orientativo el baremo establecido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en

57/1999, 20/2002, de 28 de enero (RTC 2002, 20), o 49/2003, de 17 de marzo (RTC 2003, 49), que señalan que: «la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo, lo que implica la anulación de la Sentencia impugnada».

(96) CAVAS MARTÍNEZ, F., «Principios rectores del proceso social», en VV.AA (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J. Coord.), *Diccionario procesal social*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 541: en los años ochenta la jurisprudencia empleaba la expresión «nulidad radical» con relación al despido, para diferenciarlo del simplemente nulo, en el que cabía la sustitución de la obligación de readmitir por el pago de una indemnización.

(97) ALBIOL MONTESINOS., y BLASCO PELLICER., *Proceso de tutela...op.cit.*, pág. 94

(98) STS n.º de recurso 7880/1995, de 22 de julio: «La obligación de indemnizar no es automática una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental, será necesario que queden acreditados cuanto menos indicios o puntos de apoyo suficiente en los que se pueda asentar una condena de tal clase».

(99) GUTIÉRREZ PÉREZ, M., «El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011, de la jurisdicción social: garantías del procedimiento y contenido de la sentencia», *Relaciones Laborales*, n.º 8, 2012, pág. 15.

(100) CAVAS MARTÍNEZ., *El proceso laboral de tutela... op.cit.*, pág. 380.

(101) GUTIÉRREZ PÉREZ., «El procedimiento de tutela de los derechos...», *loc.cit.*, pág. 16.

accidentes de circulación⁽¹⁰²⁾. Como es evidente, esta norma resulta especialmente pertinente para los accidentes de trabajo y para la valoración de los daños personales a la salud, a la integridad física y psíquica así como los daños morales.

También, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse al respecto considerando que es válido y razonable tomar como referencia, para cuantificar la indemnización debida, el montante de la sanción establecida para la infracción del derecho fundamental en cuestión por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). Ello nos lleva a considerar, en caso de intromisión ilegítima del contenido de las comunicaciones o de la captación de imágenes, lo dispuesto en el art. 40, 1, c) de la LISOS donde se establecen los importes económicos de la sanción por la infracción muy grave tipificada en el artículo 8.11 de la misma (actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores) y que, ante la falta de acreditación de otras circunstancias, tomaremos en su grado mínimo que va de 6.251 a 25.000 euros⁽¹⁰³⁾.

V. CONCLUSIONES

A modo de reflexión, la inexistencia de una regulación específica del modo de utilización de los medios tecnológicos para fiscalizar la prestación de trabajo reviste una cuestión para nada pacífica en nuestro ordenamiento jurídico. La tantas veces denunciada ausencia de voluntad legislativa obliga a jueces y tribunales a suplir de manera clara el papel del legislador, definiendo en último término los límites del poder de dirección del empresario en garantía de los derechos fundamentales del trabajador. Pero, dados los rumbos y giros en la doctrina jurisprudencial en los últimos tiempos, nos hallamos ante un panorama que genera evidentes dudas que, a la postre, afectan al principio de seguridad jurídica.

Queda por tanto abierta una línea de reflexión acerca de las modificaciones que sería necesario introducir en la normativa laboral, *de lege ferenda*, para habilitar la legítima posibilidad de instalación de dispositivos audiovisuales de videovigilancia o de herramientas que regulen el uso del correo electrónico en la empresa. A mi juicio, sólo sería admisible la implantación de las videocámaras que atendiese a exigencias técnicas de producción o por motivos de seguridad de la empresa, debiendo garantizarse, en todo caso, la impersonalidad de la medida, es decir, su aplicación con carácter general durante la jornada laboral y en lugares públicos del centro de trabajo. Como garantías específicas para los trabajadores sería necesaria, a posteriori, la previa advertencia a los trabajadores sobre su existencia y la

(102) FERNÁNDEZ LÓPEZ., *Los procesos especiales...*, *op.cit.*, pág. 234. Así, La STSJ de Madrid rec. 340/2013, de 29 de julio establece en relación a un despido nulo que el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social no es el adecuado, pues esas cantidades tienen una finalidad sancionadora no indemnizatoria, por lo que se entiende que se debe aplicar analógicamente el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor que establece el sistema para la valoración de los daños para fijar las indemnizaciones como consecuencia de los daños morales y sufridos (...) se estima que la indemnización que corresponde al trabajador en concepto de daños y perjuicios debe ascender a 9.350,2 euros.

(103) STS rec. 67/2011, de 15 de febrero.

finalidad de la medida de control. Por su parte, en lo que atañe a la regulación del uso de los medios informáticos puestos a disposición del trabajador, una propuesta sería aquella que, no gira tanto en torno a la prohibición de uso con fines extralaborales del correo electrónico en la empresa, sino que atiende, más bien, a un juicio finalista. Así es, el incumplimiento contractual objeto de sanción se debería condicionar a la existencia de un perjuicio para la empresa que se tradujese en el tiempo de trabajo perdido, consecuencia de la falta de rendimiento o en un daño económico como resultado del uso irregular y/o abusivo de los medios. Igualmente, sería necesario informar a los trabajadores acerca de la existencia y uso de los métodos de supervisión aplicables.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., *Privacidad del trabajador versus deberes de prevención del delito en la empresa*, Edisofer.S. L, Madrid, 2009.
- ALBIOL MONTESINOS, I., y BLASCO PELLICER, A., *Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- ALCHIAN, A., y DEMSETZ, A., «Producción, costes de información y organización económica», *La naturaleza económica de la empresa*, Louis Putterman (ed. lit.), 1994.
- ALIAGA CASANOVA, A. C., «El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respeto a la intimidad», *Diario la Ley*, n.º 5397, 2001.
- ALONSO OLEA, M., *El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- APARICIO, J., y BAYLOS, A., *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.
- BAZ TEJEDOR, J. A., *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*, Lex nova, Valladolid, 2006.
- BLASCO PELLICER, A., «La tutela cautelar laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Aranzadi Social*, Tomo V, 2001.
- CABAÑAS GARCÍA J. C., «La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el orden social», *Documentación Laboral*, n.º 42, 1994.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., «Principios rectores del proceso social», en VV.AA (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J. Coord.), *Diccionario procesal social*, Civitas, Madrid, 1996.
- DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.
- DOLZ LAGO, M. J., «Presente y futuro del Ministerio Fiscal en la jurisdicción social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 22, 1996.
- DURÁN LÓPEZ, F., «art. 18 ET, Inviolabilidad de la persona del trabajador», en VV.AA (BORRAJO, E., Dir.), *Comentarios a las leyes laborales, El estatuto de los Trabajadores, Tomo IV*, Edersa, Madrid, 1983.
- FALGUERA BARÓ, M. A., «Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 19, 2016.

- «Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional», *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 21, 2016.
- «Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 22, 2016.
- FERNÁNDEZ ALLES, J. J., PIÑERO JIMÉNEZ, A., «Derechos fundamentales y uso extralaboral de internet en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 241/2012 y 170/2013», *Relaciones Laborales*, n.º 12, 2014.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Los procesos especiales en la jurisdicción social*, Bomarzo, Albacete, 2012.
- FOLGUERA CRESPO, J. A., «Una reforma integral que respeta lo esencial de proceso laboral», *Diario La Ley*, n.º 7744, 2012.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Ley, Convenio colectivo Contrato de trabajo y Derechos Fundamentales del trabajador» *Revista de Derecho Social*, n.º 14, 1998.
- GOÑI SEIN, J. L., «Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos», *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 17, 2004.
- *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988.
- *La Videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Thomson-civitas, Pamplona, 2007.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M., «El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011, de la jurisdicción social: garantías del procedimiento y contenido de la sentencia», *Relaciones Laborales*, n.º 8, 2012.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., «La Ley de la Jurisdicción social: una primera aproximación», *Actualidad Laboral*, N.º 21, Tomo II, 2011.
- MARÍN ALONSO, I., «La práctica de la prueba en materia de derechos fundamentales tras la ley de la jurisdicción social», *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 21, 2012.
- MARTÍN VALVERDE, A., «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal constitucional» *Revista de Política Social*, n.º 137, 1983.
- MERCADER UGUINA, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «Art. 2» en VV.AA (MONEREO PÉREZ, J. L., Dir): *Ley de la jurisdicción social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre.*, Comares, 2013.
- MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 48, 2004.
- «Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales», en VV.AA. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, S., y GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., Dir.), *Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales: estudios ofrecidos al Profesor Alfredo Montoya Melgar*, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

- PALOMEQUE LÓPEZ, C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Consejo Económico Social, Madrid, 1991.
- PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1992.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ROMAGNOLI, U., «Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico- políticas», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, n.º 1-2, 1976.
- SANGUINETI RAYMOND, W., «Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales», *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 21, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y MATEOS Y DE CABO, O.: «Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales)», en AA.VV. (SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. Dir.), *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas, 2014.
- TALENS VISCONTI, E., «La expectativa razonable de confidencialidad como presupuestos de vulneración de derechos fundamentales en la fiscalización informática llevada a cabo por el empresario», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 51, 2013.
- VALDÉS DAL RÉ, F., «Poderes del empresario y derecho de la persona del trabajador», *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 8, 1990.
- VILLALBA SÁNCHEZ, A., «Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos del control empresarial», *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 6, 2016.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho Fundamental a la protección de datos personales», en VV.AA (FARRIOLS, A., y SOLA., Dir.): *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, CLI-CINCA, Madrid, 2006.
- XIOL RÍOS, C., «Derechos fundamentales. La utilización de cámaras de video vigilancia para fines de control de cumplimiento de las obligaciones laborales. Necesidad de informar previamente a los trabajadores», *La Administración práctica*, n.º 5, 2013.

EN TORNO AL REALISMO JURÍDICO*

ALBA DÍAZ BARBER

Universidad de Oviedo

RESUMEN

En torno al realismo jurídico

En este trabajo se indaga analítica, crítica y constructivamente en el realismo jurídico, a través de a su desarrollo interno, positivo e histórico, y también de las potentes proyecciones teóricas, críticas y prácticas que impulsa tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Lo que al lector se le propone es una es una ilusionante vía crítica de la justicia social que, posiblemente, nos convierte a todos en realistas, aunque precisemos de mejores instrumentos operativos y académicos al respecto.

Palabras clave: Realismo jurídico, formalismo, pragmatismo, argumentación, justicia social.

ABSTRACT

About legal realism

In this work, it is analyzed analytically, critically and constructively in legal realism, through its internal, positive and historical development, as well as the powerful theoretical, critical and practical projections that it promotes both in doctrine and jurisprudence. What the reader is offered is one that is an illusionary critical path of social justice that, possibly, makes us all realistic, even though we need better operational and academic instruments in this regard.

Keywords: Legal realism, formalism, pragmatism, argumentation, social justice.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. APROXIMACIÓN AL COMMON LAW.
- III. PANORAMA JURÍDICO ESTADOUNIDENSE A FINALES DEL SIGLO XIX.
- IV. LA REVUELTA CONTRA EL FORMALISMO.
- V. EL PRAGMATISMO FILOSÓFICO: LA APORTACIÓN DE JOHN DEWEY.
 1. *La aportación de John Dewey.*
- VI. APROXIMACIÓN AL JUEZ HOLMES.
- VII. LA SENDA DEL DERECHO (THE PATH OF THE LAW).
- VIII. LA JURISPRUDENCIA SOCIOLÓGICA.
 1. *La aportación de Benjamin Cordozo.*
 2. *La aportación de Roscoe Pound.*
- IX. LA LLEGADA DEL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO.

* Este texto es una versión abreviada del Trabajo de Fin de Grado, presentado en Julio de 2017, el cual llevaba por Título «En Torno al Realismo Jurídico».

1. *Karl Llewellyn.*

2. *Jerome Frank.*

- X. EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO.
- XI. EL MOVIMIENTO DEL CRITICAL LEGAL STUDIES.
- XII. CONCLUSIONES: WE ARE ALL REALIST NOW.
- XIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, en cuanto a la elección del tema, esta no fue ni mucho menos premeditada. Tal vez, para comprender esto, deberíamos retroceder tres años en el tiempo, cuando me encontraba cursando la asignatura de Argumentación jurídica; en cuyas páginas de apuntes se abordó el tema del realismo, si bien de forma muy sucinta. Lo cierto es que los realistas despertaron en mí un alto grado de simpatía, pero tampoco fue de mi preocupación indagar más en su postura, por lo que la afinidad despertada por tal movimiento quedó en el olvido hasta que, años después, me disponía a cursar esta asignatura.

Cuando finalmente llegó el momento en que debía conversar con mi tutor acerca de la elección del tema, el realismo todavía no me rondaba el pensamiento. De entre varios temas puestos sobre la mesa, me decantaría por el Realismo jurídico norteamericano que, al ser pronunciado por mi tutor, volvió a despertar en mí aquella sensación de proximidad que había sentido hacía unos cursos. Fue, por tanto, una especie de intuición o *gestalt* (término del cual se hablará en las próximas páginas) la que me llevó, por tanto, a decantarme por esta opción.

Fue más tarde, a lo largo del desarrollo del trabajo, cuando descubrí el porqué. Es decir, el estudio más hondo del movimiento realista me permitió nutrirme de los argumentos necesarios para definirme como realista cuando, en realidad, tal vez lo fuera desde mucho antes. Ergo podríamos concluir que la elección del tema constituye un ejemplo personal de lo que –satíricamente– he acuñado como «realismo académico», en tanto comparte con el realismo jurídico una forma de pensamiento inversa en la que la conclusión precede a la premisa.

No obstante, el primer paso abordado para la elaboración del trabajo fue el estudio del sistema jurídico que la filosofía realista tiene como escenario: el Common Law. Seguidamente, se procedió al estudio de las filosofías imperantes en el momento en que surge esta nueva tendencia, ya que no debe olvidarse que es un movimiento de reacción cuya comprensión se torna más fácil previo conocimiento del contexto en que se desenvuelve.

II. APROXIMACIÓN AL COMMON LAW

Para abordar el realismo jurídico es necesario hacer primero una importante presentación al sistema jurídico en el que se desarrolla: el Common Law; y es que el sistema

jurídico anglosajón presenta una serie de diferencias, no tanto respecto del contenido de las normas, pero sí en cuanto al enfoque, estructura, procedimiento y metodología respecto del Ordenamiento jurídico continental –o Civil Law– en el cual nos desenvolvemos y a cuyas categorías jurídicas estamos acostumbrados.

Los Ordenamientos jurídicos continentales pueden calificarse como sistemas jurídicos legislativos y codificados; sin perjuicio de que reconozcan la costumbre como fuente de Derecho, la Ley es la expresión más genuina de lo jurídico en esta clase de Ordenamientos. De esta forma, además de regular determinada situación ofrece el conjunto de criterios y principios necesarios para resolver casos similares; conque nos movemos bajo la concepción del «juez vinculado».

En cambio, en el sistema del Common Law, la ley únicamente sirve para resolver los problemas jurídicas que recaen estrictamente en su campo de aplicación, entendiéndose por tanto que no es legítimo extraer de la norma los principios necesarios para llevar a cabo un razonamiento inductivo o analítico; y es que el grueso de los principios y categorías jurídicas que forman el Common Law se encuentran en la costumbre y en las sentencias judiciales, excepto en aquellos casos en que exista una norma legislativa, supuestos singulares en que el legislador entiende que una materia o sector concreto debe quedar fuera de la influencia del Common Law y regirse por las previsiones de la norma. En estos casos en los que exista una regulación legislativa, los jueces deben interpretar restrictivamente su campo de aplicación.

Según la tradicional concepción del Common Law, este se concibe como un cuerpo omnicompreensivo, recipiente de todas las reglas necesarias para la resolución de cualesquiera casos planteados. De esta forma, el papel de los jueces consistiría en descubrir tales reglas y aplicarlas, no siendo por tanto del todo cierto que los jueces creen Derecho; puesto que los jueces no tendrían en absoluto atribuida delegación para modificar el Derecho.

Sin embargo, esta visión ortodoxa del Common Law, entendido como un cuerpo omnicompreensivo, y del juez, como un *law-finder* (descubridor del Derecho), se ha ido superando paulatinamente hasta que, en nuestros días, se acepta unánimemente que el Common Law es un auténtico Derecho de creación judicial, ya que es a los jueces a quienes corresponde la adaptación a la realidad del escaso Derecho legislado –aunque cada vez mayor a consecuencia de la globalización– propio del sistema anglosajón. Esta ruptura con el viejo Common Law, entendido como un cuerpo omnicompreensivo, inmutable y perfecto, la emprendieron Austin en Inglaterra y el juez Holmes en Estados Unidos, quienes sustituyeron el viejo esquema racionalista por una visión más pragmática del Derecho, destacando su aspecto funcional.

III. PANORAMA JURÍDICO ESTADOUNIDENSE A FINALES DEL SIGLO XIX

Se torna necesario precisar el escenario en el cual el juez Holmes, precursor del realismo jurídico norteamericano, desarrolló su filosofía.

A lo largo de este siglo se sitúa el punto más álgido de las corrientes formalistas, que entendían el Derecho como un todo coherente, cerrado, inmóvil y completo, capaz

de dar respuesta a cualquier problema posible. Sostenían que el Derecho se presentaría como un objeto autónomo, separado de todo tipo de realidades, especialmente separado de la política y de la ética.

Esta no fue solo la aspiración del *Classical Legal Thought*, sino también lo fue de la Escuela Iusnaturalista. Defendían un funcionamiento del Derecho de tipo deductivo, partiendo de unos principios presuntamente presentes en la naturaleza humana, cuyo conocimiento se desvelaba por medio de la razón y que en la práctica estarían marcados por un fuerte «carácter individualista y económico, [que encajaría con las exigencias iusfilosóficas] del laissez faire» (*Solar Cayón, 2012, p. 13*) o sistema de libre mercado burgués.

También la jurisprudencia analítica, dentro de los movimientos positivistas, compartía el ferviente deseo de hacer del Derecho un ente inmutable, cierto, coherente y perfecto del cual se pudiera extraer cualquier solución, a la par que se pretendía su tajante separación y autonomía de la moral. Esta filosofía aplicaba, no el método racionalista o historicista, sino «el método propio de las ciencias naturales» (*Solar Cayón, 2012, p. 15*): de la misma forma que un científico aglutina datos empíricos, el jurista clasifica conceptos normativos de los cuales extrae los principios generales que rigen toda experiencia jurídica y que constituyen, en último término, el auténtico Derecho.

Así pues, bajo una óptica u otra, el Common Law del siglo XIX se presentaba, sin duda, como un cuerpo de axiomas inamovibles –como producto del Legislador o la naturaleza humana– capaces de aportar cualquier solución jurídica que pudiera plantearse, solución a la cual se llegaría mediante la aplicación lógico-deductiva al caso concreto de los principios generales.

En resumen, el papel del juez se limitaba, por tanto, a encajar el supuesto de hecho en una categoría jurídica por medio de la técnica de la analogía, por lo cual la principal labor del juez es deductiva con un marcado carácter mecánico, y es que del Derecho se predica «un grado de certeza y coherencia parangonable al de la matemática o las ciencias naturales» (*García Amado, 1999, p. 131*). En consecuencia, la labor del juez no es aplicar justicia, en el sentido de entrar a valorar aspectos subjetivos del caso ni sus consecuencias jurídicas, sino que su principal tarea es preservar la estructura lógica del sistema. Por tanto, «los movimientos formalistas se oponen [rigurosamente] al razonamiento teleologicista» (*Solar Cayón, 2012, p. 18*).

IV. LA REVUELTA CONTRA EL FORMALISMO

A finales del siglo XIX el movimiento formalista entró en decadencia, en gran parte a consecuencia del envejecimiento de las normas (hechas para una sociedad agraria y en parte esclavista que no encajaban en la sociedad estadounidense tras la Revolución Industrial), lo cual supuso «un auténtico cambio de paradigma en la teoría y metodología jurídicas, [pasando] a ser lugar común afirmaciones que hoy en día se tienen por indiscutibles, pero que en su origen suponen una verdadera ruptura con el pensamiento anterior: el ordenamiento jurídico positivo posee antinomias y, sobre todo, está lleno de

lagunas» (*García Amado, 1999, p. 133*), provocando así el surgimiento de movimientos antiformalistas que denunciaron sus excesos.

Esta época, denominada «revuelta contra el formalismo» (*Pérez Lledó, 2012, p. 62*), vio autores en Francia como Gény –quien acusó a la escuela de la Exegesis en incurrir en fetichismo de la ley» (*Pérez Lledó, 2012, p. 62*) –, y resaltó la necesidad de proceder al estudio del Derecho no tanto desde las ciencias formales, sino más bien desde ciencias sociales, especialmente la sociología, que permitiría averiguar las demandas de la sociedad y los efectos de la aplicación del Derecho.

Por otro lado, el *segundo* Ihering en Alemania se convierte en el principal representante de la revuelta contra el formalismo conceptual: «Aunque en mi juventud –escribe Ihering– fui entusiasta partidario de la tendencia formalista, poco a poco me he convencido de su falsedad y, al fin, no he dejado un momento en combatirla». Ihering terminaría afirmando que la lógica matemática que se pretende del Derecho es un error que descansa únicamente en el desconocimiento del mismo. Probablemente podamos destacar como la obra que mejor representa esta segunda línea de su pensamiento «El Fin del Derecho» (*Pérez Lledó, 2012, p. 63*), cuyo título evidencia este cambio de dirección.

V. EL PRAGMATISMO FILOSÓFICO: LA APORTACIÓN DE JOHN DEWEY

No obstante, el telón de fondo del antiformalismo jurídico –el cual comparten los movimientos anteriores– lo constituyó el pragmatismo filosófico: corriente surgida en los Estados Unidos a finales del siglo XIX, cuyos principales exponentes fueron John Dewey y William James; y cuyo postulado básico sería afirmar que únicamente es verdadero aquello que es útil, que funciona. Este movimiento conectó especialmente con determinados sectores jurídicos, ya que abogaba por la necesidad de conectar el Derecho a la sociedad, y resolver así los problemas a los que la sociedad estadounidense recientemente industrializada se enfrentaba.

Según los pragmatistas, el acto de conocer debe estar en estrecha relación con la realidad y no con conceptos abstractos. Además, sostienen que la realidad está sujeta a interpretación, desde el momento en que el sujeto participa en la formación mental del objeto que percibe por medio de los sentidos: «lo subjetivo se funde inextricablemente con lo objetivo en el proceso cognitivo» (*Solar Cayón, 2012, p. 21*).

Por otro lado, el acto de pensar no consiste ya descubrir los principios o las leyes ocultas de la realidad por medio de una actitud contemplativa, sino en descubrir las formas de manipular esa realidad para la consecución de los fines propuestos. Y es que, según los pragmáticos, los postulados del Derecho no son fines en sí mismos, sino medios para alcanzar los auténticos fines. Según esta concepción finalista del Derecho, este estaría sometido a su operatividad y eficacia, lo cual se traduce en un nuevo matiz al método jurídico, que consiste en interpretar las ideas –jurídicas– desde distintas ópticas, señalando las consecuencias de cada interpretación. Según los pragmatistas, si se deducen las mismas consecuencias, la distinción entre una interpretación u otra es absolutamente estéril.

En este punto es relevante la teoría de William James sobre la verdad (la verdad como correspondencia» (*Pérez Lledó, 2012, p. 70*)), que afirma que las ideas verdaderas son aquellas que conducen a resultados satisfactorios; de forma que el proceso de verificación es constante. «En suma, desde la perspectiva pragmatista se llegó a un concepto relativista de verdad» (*Gascón Abellán, 199, p. 60*) que choca frontalmente con el postulado formalista que sostiene la verdad absoluta de las premisas jurídicas, de forma que la correcta aplicación del método lógico-deductivo llevaría necesariamente a la solución correcta –o conclusión verdadera–. Según W. James, «lo verdadero es únicamente aquello que es conveniente a nuestro modo de pensar, de la misma manera que lo justo es lo conveniente a nuestro modo de comportarnos» (*L. L. Hierro, 1981, p. 80*).

1. La aportación de John Dewey

Una de las aportaciones de Dewey, que gran calado tuvo entre los pragmatistas, fue su peculiar percepción de la lógica: según Dewey, de todos los tipos de lógica existentes, la que mayor calado ha tenido históricamente entre los juristas es la silogística. Sin embargo, la lógica tradicional presenta dos problemas: la veracidad –pretendidamente universal– de las premisas de las que arranca, y esa anhelada seguridad y certeza jurídicas que pretenden alcanzarse por medio del silogismo, las cuales se ven profundamente mermadas cuando la realidad social excede las previsiones legislativas y las reglas generales hasta entonces aplicadas, generando así una mayor incertidumbre práctica que la que se trataba de evitar. Por entre, «la lógica del Derecho ha de ser, por tanto, una lógica de consecuencias y no de antecedentes, de predicción de probabilidades más que de deducción de certidumbres» (*L. L. Hierro, 1981, p. 85*).

Por último, Dewey resalta el papel sociopolítico que el formalismo ha jugado en el mundo jurídico. Sostiene que a diferencia de lo que sucede en las ciencias físicas –donde queda excluido todo papel del juzgador–, en las ciencias sociales está inevitablemente presente el elemento personal; de ahí la necesidad de que los argumentos esgrimidos en la decisión judicial aparezcan tan impersonales como sea posible, haciendo parecer la solución como jurídicamente inevitable. Esta postura, como veremos más adelante, tuvo una importancia decisiva en el pensamiento de Holmes.

VI. APROXIMACIÓN AL JUEZ HOLMES

La importancia de estudiar las ideas de este Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que no desarrolló una teoría filosófica como tal, pero sentó las bases para que otros más tarde llevaran a cabo a labor, radica en el propio sistema anglosajón.

La figura del Juez Oliver Wendell Holmes Jr. se sitúa en un momento de crítico del desarrollo del Derecho Norteamericano en su camino hacia la modernidad, de ahí la importancia del estudio de sus ideas y la forma en que influyeron en el pensamiento jurídico norteamericano. Podemos afirmar que sus ideas filosófico-jurídicas representan un punto de inflexión en una época en la que resultaba necesario un análisis crítico del Derecho Común.

Este análisis del Common Law tenía el propósito de identificar y dejar en el pasado el lastre acumulado a través de siglos por dicho sistema de Derecho, y ponerlo al servicio de una sociedad que entraba a pasos agigantados en la era industrial: las concepciones jurídicas del siglo XVIII que regían la sociedad norteamericana durante el período post-guerra civil, no eran capaces de ofrecer soluciones adecuadas a los problemas jurídicos y económicos que representaban las grandes concentraciones de capital, los reclamos de derechos realizados por la naciente clase obrera, las mujeres o la población afroamericana. En esta tarea de adaptación y hasta cierto punto de recreación del derecho común norteamericano, la función de los jueces del Tribunal Supremo en general, y la del Juez Oliver Wendell Holmes en particular, resultó ser de esencial importancia.

Su inquietud filosófica le llevaría a impartir doce sesiones en el Lowell Institute, que al fin y a la postre se convertirían en su obra más famosa *The Common Law*. Publicada en 1881, aborda «la concepción del Derecho como un producto histórico, fruto de la experiencia antes que, de la lógica, y opuesta al formalismo imperante» (*Solar Cayón, 2012, p. 50*). Finalmente, en 1902 sería nombrado Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, donde ejerció durante exactamente treinta años, hasta su renuncia en 1932, convirtiéndose en el hasta entonces juez que más tiempo ha ocupado una silla en el Alto Tribunal de este país.

VII. LA SENDA DEL DERECHO (THE PATH OF THE LAW)

El último de sus escritos antes de ocupar tal cargo fue *La Senda del Derecho*. Esta obra, si bien una de las más conocidas de Holmes, no es un trabajo académico stricto sensu: se trata tan solo de una conferencia que pronunció como orador invitado a la inauguración de un edificio en la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston, el 8 de enero de 1897. Aunque todavía le esperaba por delante una larga y prestigiosa carrera judicial, esta conferencia supone su último esfuerzo de aunar en un único texto y de forma ordenada sus ideas acerca del Common Law; ideas que, con el paso de tiempo, habrán de asentarse en la sociedad jurídica norteamericana.

Para que los futuros abogados a los que se dirige esta Conferencia puedan llevar a cabo predicciones fructíferas han de atender a una serie de cuestiones que son de la preocupación de Holmes y sobre las que habla esta obra: 1) la naturaleza del Derecho como predicción, 2) la distinción entre Derecho y moral, 3) la falacia de que el Derecho es un sistema lógico, 4) el papel de los jueces y 5) la forma adecuada de estudiar el Derecho. Veamos de cerca la manera en que el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. trabaja los temas señalados.

1. El Derecho son las predicciones de lo que los jueces harán.

El enfoque de Holmes acerca del Derecho es un enfoque instrumentalista, es decir, el Derecho es concebido como un diseño humano que pretende la satisfacción de demandas sociales y la resolución de conflictos.

En relación con este enfoque instrumentalista, que más tarde caracterizará a los realistas, Holmes sostiene que la labor por tanto de los abogados no es conocer lo que el Derecho «es», entendido este como aquel conjunto de principios generales (recogidos

en las leyes, la jurisprudencia y la costumbre) sino en procurar predecir las decisiones judiciales. En opinión de Holmes, los derechos y deberes que se enumeran en estos materiales no son sino predicciones de lo que dirán los jueces, puesto que tales derechos y deberes no tienen existencia real o independiente de tales decisiones (sentencias, resoluciones, autos, etc.).

2. La distinción entre Derecho y moral.

La cuestión anterior de la equivalencia entre Derecho y profecía está en estrecha relación con la otra que preocupa a Holmes; y es que afirmar que los derechos y deberes tienen existencia real, separada y autónoma, de las consecuencias jurídicas de los mismos, supone estar incurriendo en un error harto común: la confusión entre Derecho y moral. La distinción entre estos dos mundos, el de lo jurídico y lo ético, tiene especial relevancia desde el punto de vista del científico del Derecho pues, si quiere proceder a una correcta investigación jurídica, «la observación, la descripción, y el establecimiento de las relaciones entre las cosas descritas deben permanecer, en la mayor medida de lo posible, incontaminadas por los deseos o creencias del observador» (*Solar Cayón, 2012, p. 33*).

Para facilitar a los estudiantes un método con el cual no incurrir en este error, Holmes hace una de sus más originales aportaciones: el Bad Man. No pudo el Juez Holmes expresarse de mejor manera para hacer entender lo que esto significaba: « si quieres conocer lo que es el Derecho, y nada más que el Derecho, debes mirarlo como lo haría un hombre malo, a quien solo le importan las consecuencias materiales que tal conocimiento le pretende predecir» (*Solar Cayón, 2012, p. 58*) y a quien, por supuesto, nada le importan los axiomas ni las deducciones llevabas a cabo con la más impoluta lógica. Mirar hacia el Derecho como la haría el Bad Man nos permite «lavar con un «ácido cínico» los conceptos jurídicos, eliminando cualquier adherencia extrajurídica» (*Solar Cayón, 2012, p. 33*).

3. La falacia de la –excesiva– presencia de la lógica en el Derecho.

El Derecho, como otra manifestación más del mundo, está sujeto a la Ley causa-efecto. Pero el riesgo no se encuentra en afirmar la presencia de la lógica en el Derecho, sino llegar al límite de creer que la lógica puede ser llevada hasta el extremo en el mundo jurídico, impregnándolo, como ocurre con las matemáticas. Holmes señala que esta forma de pensar, si bien errónea para él, es comprensible y natural desde el momento en que satisface «ese anhelo de certeza y reposo. Sin embargo, la certeza es una ilusión y el reposo no es el destino del hombre» (*Solar Cayón, 2012, p. 69*).

4. El papel de los jueces.

Una vez realizada la aproximación a la desmitificación del Derecho como un sistema exclusivamente lógico-deductivo, cabe hablar de la función judicial ya que, tal y como se ha adelantado, la apariencia lógica de las decisiones judiciales que satisface a la sociedad no es más que una mera apariencia, bajo la cual se esconden los auténticos elementos que conducen a la decisión adoptada. Para Holmes, en muchas ocasiones estos elementos permanecen inconscientes, en todo caso para terceros, a veces incluso para el propio juez; pero son, sin ninguna duda, el auténtico fundamento de las decisiones.

En el momento en que Holmes se desenvuelve como Juez, el Common Law estadounidense no se hallaba suficientemente adaptado a los nuevos tiempos industrializados, y se hizo patente –al menos para Holmes– cómo los pronunciamientos judiciales estaban enmascarando los intereses económicos de las clases conservadoras, y desatendiendo la función social que las mismas han de cumplir, incluso frenando la –necesario– innovación jurídica⁽¹⁾.

5. El Derecho como objeto de estudio.

Como instrumentalista, que entiende que el valor de las normas jurídicas ha de buscarse en los fines que estas persiguen, Holmes se proclama como defensor del estudio de la historia en correlación al estudio del Derecho, ya que solo así es posible conocer sus verdaderos propósitos. Pero también Holmes señala que es fundamental en el abogado o jurista la formación en disciplinas como la economía y la estadística; todas ellas son las disciplinas que permiten al estudioso del Derecho hacer predicciones sobre el futuro.

VIII. LA JURISPRUDENCIA SOCIOLÓGICA

El Juez Holmes, tal y como se ha mencionado en los apartados anteriores, sentó las bases de lo que habría de ser el realismo jurídico norteamericano; pero también cabe recordar que sentó las bases de otra dirección de pensamiento, conocido bajo el nombre de Jurisprudencia Sociológica, de la cual fueron principales exponentes O.W. Holmes, Benjamin Cordozo y Roscoe Pound.

Así, centrándose en esta idea del Derecho como instrumento para la vida social, abandonando por tanto la óptica del jurista y filósofo teórico, quienes emprenden este nuevo movimiento entienden que para el estudio del Derecho no deben emplearse únicamente procesos lógicos, sino que se requiere un adecuado estudio sociológico de la realidad en la cual este se aplica.

1. La aportación de Benjamin Cordozo

En primer lugar, Cordozo resalta la distinción entre los procesos mentales que tienen lugar de forma consciente a inconsciente, resaltando que en aquellos casos con una sensibilidad especial son propicios para que estos segundos proliferen. Sin embargo, en aquellos otros casos en los que la aplicación de la norma se muestra evidente, el espacio que queda para los prejuicios y las valoraciones, donde pueden proliferar elementos inconscientes, es mucho menor. No obstante, ni siquiera en estos litigios la labor del juez es estrictamente lógica o mecánica, puesto que la primera cuestión a la que se enfrenta el juez es determinar la norma aplicable, lo cual ya es en sí parte de la decisión.

(1) Por citar un ejemplo de decisión judicial lógica en la que ocurre lo denunciado por Holmes, el caso *Lochner v. New York* (1905). Aquí tuvo lugar uno de los votos particulares más reseñables de Holmes, en que señaló que «la sentencia es el resultado de una teoría económica que la mayor parte de la población no comparte» (Solar Cayon, 2012, p. 44).

En cuanto a los casos dudosos, donde los conceptos normativos son demasiado abstractos o indefinidos o, incluso, aquellos casos para los cuales aún no existe regulación, «Cordozo expone cuatro métodos» (*Recaséns, 1963, p. 607*) de los cuales se sirve para resolver en su práctica diaria ante tales supuestos.

Tal vez es más reseñable sea el último de los cuatro, el cual consiste en la ponderación de los intereses sociales en conflicto, para decidir la vía que más acorde sea con la justicia y el bienestar social. Debido a que Cordozo tiene una visión utilitarista del Derecho, como los pragmatistas, entiende que la justicia social es el auténtico fin del Derecho por lo que la búsqueda del mismo no solo es un método de aplicación del mismo, sino que también es el método que habrá de aplicarse en caso de conflicto entre las metodologías antes expuestas: es decir, habrá de aplicarse el método que más acorde sea a la justicia y bienestar social que se persigue.

2. La aportación de Roscoe Pound

Si Holmes puede considerarse como el precursor del realismo, Roscoe Pound constituye su antecedente inmediato; aunque cuando el realismo apareció, este fue duramente criticado por Pound «por su radicalismo» (*Pérez Lledó, 2012, p. 76*).

Este Decano de la Universidad de Harvard era buen conocedor de la Filosofía jurídica continental y estaba familiarizado con el pragmatismo, por lo que sintió la necesidad –junto con quienes le acompañan en el movimiento; siendo su visión instrumentalista del Derecho, pero, además, de carácter finalista y no conflictualista (como sería la Jurisprudencia de Intereses), puesto que Pound reconoce la existencia de intereses en conflicto presentes en la sociedad (individuales, públicos y sociales). Pero a diferencia de aquella filosofía, Pound cree en la capacidad del Derecho para armonizar tales intereses; por tanto, el fin del Derecho «es el logro del máximo de satisfacción armónica de los intereses humanos» (*Recaséns, 1963, p. 613*).

Pound probablemente adoptó el concepto de interés influido por el Ihering de la segunda etapa, definiendo el interés como «la demanda de un individuo o grupo de personas que ha de ser tenida en cuenta por quien trate de ordenar la conducta y armonizar las relaciones humanas. Es un deseo de tal intensidad y legitimidad, que el derecho ha de tenerlo(s) en cuenta al desempeñar su función de control social» (*Félix Francisco, 2002, p. 22*).

Los jueces, entendidos como ingenieros sociales, llevan a cabo el referido control social por medio de sus pronunciamientos, amparándose en el Derecho –motivación– y también siguiendo el procedimiento legalmente establecido, además de tener la obligación de resolver de forma que su pronunciamiento pueda «servir de punto de partida para la resolución de casos análogos para los cuales no existe precedente» (*Félix Francisco, 2002, p. 25*). De esta forma, los jueces bajo esta concepción se separan totalmente del modelo judicial propio del formalismo.

IX. LA LLEGADA DEL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

Los realistas aparecen en los años 30 no por casualidad, sino ante las deficiencias que la forma tradicional de concebir el Derecho suponía en la cambiante sociedad norteamericana, algo a lo que ya hizo referencia Holmes en *La Senda del Derecho* (1897).

Aunque el realismo fue definido por sus dos máximos representantes, Llewellyn y Frank como un « método o actitud, más que una teoría filosófica » y « una desmitificación de la ideología del formalismo jurídico » (Moreso, 1994, p. 236) o por el Ihering de la segunda etapa como un « método teleológico sobre el Derecho » (L. L. Hierro, 1981, p. 53); lo cierto es que el término *realista* es la etiqueta con la que se denomina a un conjunto amplio y heterogéneo de juristas. En uno de los artículos de Karl Llewellyn, en respuesta al irritante llamamiento de Pound a que los realistas elaboraran un programa –común– que permitiera agruparlos y dar autonomía al movimiento, este formula los siguientes puntos de partida de toda filosofía realista:

1. «Concepción del Derecho como [fenómeno dinámico en constante renovación], y como creación judicial». (Moreso, 1994, p. 238)
2. «Concepción [instrumental] del Derecho, como un medio para alcanzar fines sociales y no como un fin en sí mismo» (Moreso, 1994, p. 238), de manera que cada parte del mismo debe examinarse a la luz de sus propósitos y sus efectos sociales.
3. «Concepción de la sociedad en-cuanto-que-fluye» (L.L. Hierro, 1981, p. 95), normalmente más rápido que el del Derecho, lo que hace que éste deba ser constantemente revisado para adaptarlo a los cambios sociales.
4. «Divorcio temporal entre el «ser» y el «deber ser» del Derecho a efectos de su estudio». (Moreso, 1994, p. 238)
5. «Desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales en la medida en que pretendan describir lo que los tribunales o la gente hacen en realidad. De ahí el énfasis en las reglas como «predicciones generalizadas sobre lo que harán los tribunales» (L.L. Hierro, 1981, p. 95)
6. «Desconfianza también hacia la creencia de que las tradicionales formulaciones de las reglas, en cuanto que prescripciones, son el factor [decisivo] en las decisiones judiciales.» (Moreso, 1994, p. 238)
7. Desconfianza hacia reglas verbalmente simples que tan a menudo engloban situaciones diversas y complejas, y por tanto la «creencia en la utilidad de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías y conceptos jurídicos más [estrechos o específicos]» (L.L. Hierro, 1981, p. 96) que los tradicionalmente empleados por los juristas (menor abstracción).
8. «Insistencia en evaluar [cualquier parte] del Derecho en términos de sus efectos» (L.L. Hierro, 1981, p. 96), que deben ser investigados.
9. «Insistencia en un ataque constante y programático sobre los problemas del Derecho siguiendo líneas mencionadas.» (L.L. Hierro, 1981, p. 96)

Resaltar que el realismo se divide en dos sectores: los escépticos sobre las normas y los escépticos sobre los hechos; encabezados, respectivamente, por los dos máximos exponentes del realismo: Karl Llewellyn y Jerome Frank.

1. Karl Llewellyn

Tal y como se ha indicado en distintos apartados de este trabajo, el realismo jurídico –y Llewellyn con él– entra en escena en una etapa en la cual el Common Law adolecía de una profunda inadecuación a la realidad social estadounidense. Dicho más abruptamente, la regla del *stare decisis* (o precedente judicial) había quedado vacía de todo significado al convertirse en un impedimento a la renovación jurídica y en un instrumento al servicio de la perpetuación del Derecho; lo cual entra en colisión frontal con una concepción jurídica que entiende el Derecho como un instrumento de control social –según Pound– o como «la actividad humana organizada en torno a determinados fines o metas –según Llewellyn–» (*Sánchez Díaz, 2002, p. 253*).

Para efectuar una aproximación a la teoría judicial de Llewellyn cabe destacar la distinción que él hace entre «Derecho-en-los-libros y Derecho-en-acción» (*K. N. Llewellyn, 1962, p. 18*). Esta distinción encuentra su causa primera en la presencia total del factor humano en la filosofía de Llewellyn, lo cual se remonta hasta Holmes, quien se mostraba tremendamente escéptico sobre la capacidad de las reglas jurídicas para regir el comportamiento de los funcionarios –entre ellos los jueces– encargados de la aplicación del Derecho; lo cual Llewellyn no haría más que ratificar.

La preparación sociológica de Llewellyn y el incipiente progreso de la psicología en el siglo XIX le ayudarían en su tarea de descubrir la forma en la cual efectivamente deciden los jueces, llegando a la conclusión de que siguen pautas nada lógicas, sino más bien intuitivas, en las cuales la fundamentación jurídica de las sentencias no opera como «justificación *ex post facto*, sino como técnica de racionalización» (*Sánchez días, 2002, p. 262*); es decir, como disfraz lógico-formal bajo el cual se ocultan los verdaderos motivos de la decisión que, en ocasiones, son extrajurídicos. «suponemos –dice K. Llewellyn– que la práctica de los jueces se conforma a los deberes aceptados en los códigos; suponemos que las formulaciones verbales [en ellos contenidas] describen de manera precisa el quehacer judicial. Algo paradójico, en Derecho o en cualquier otro ámbito de la vida: ¿desde cuándo la ideología de los hombres sobre su propia actividad, sobre lo que es buena o mala praxis, es o ha sido alguna vez una descripción de su práctica real?» (*K. N. Llewellyn, 1962, p. 17*)

De este modo, las normas o precedentes se transforman en simples reglas sobre el papel cuando los tribunales desatienden su contenido, el cual se presenta ante el juez como materialmente derogado, simple letra muerta; y también en aquella situación en la cual los jueces hacen alusión a normas jurídicas vigentes para fundamentar su decisión de forma lógica, coherente y congruente cuando, sin embargo, los motivos que llevaron al juez a la conclusión jurídica no se encuentran, de hecho, en tales normas o precedentes citados en la sentencia como justificación del fallo. Consiguientemente, «tanto las reglas como los derechos sustantivos deberían ser alejados de su posición actual de enfoque de la discusión jurídica, en beneficio del área de contacto entre la

conducta judicial y la conducta del hombre de la calle; y que las reglas y los derechos no deberían ser estudiados como existentes por sí mismos, sino en referencia permanente a esta área de interacciones» (K. N. Llewellyn, 1962, p. 16)

Pero tal escepticismo sobre el protagonismo de las reglas en la decisión judicial no se tradujo necesariamente en negar la posibilidad de efectuar predicciones sobre el fallo. En este sentido, «Llewellyn resaltó la casi increíble regularidad y determinación de la conducta humana frente a la ilusión predominante de que el hombre posee una voluntad libre» (Sánchez Díaz, 2002, p. 265).

Sobre tal posibilidad de predicción, Llewellyn destacó su valor relativo que, en ningún caso, puede equipararse a la certeza de las ciencias naturales, aspirando meramente a una «calculabilidad equivalente al riesgo aceptable en los negocios» (Sánchez Díaz, 2002, p. 266). Dicha predictibilidad sobre el pronunciamiento judicial es el resultado de la acción conjunta de lo que este autor denominó «factores estabilizadores» (Sánchez Díaz, 2002, p. 264), llegando a enumerar un total de catorce (la formación de los jueces, el estilo general del periodo, la jerarquía del tribunal o su carácter colegiado –entre otros–). En conclusión, la predicción del fallo judicial es posible en la medida en que consista en una combinación de tales factores estabilizadores y el factor personal del juez al que el abogado pueda tener acceso (educación, ideología política, religión, etnia, etc.), siempre sin olvidar el carácter limitado de las predicciones que en lo judicial pueden hacerse.

Acercas de cómo deciden los jueces, Llewellyn efectúa un análisis del proceso de la decisión judicial en instancia apelativa –lo cual sería criticada por Frank–, resaltando que los tribunales no siempre se sujetan a procesos mentales de índole inductiva. De ser así, en aquel supuesto en que existe acuerdo en el seno de un órgano jurisdiccional colegiado acerca de la calificación de los hechos, sería del todo imposible llegar a una calificación jurídica distinta, o que divergieran en el fallo o conclusión. Además, la propia existencia de la vía del recurso es una prueba palpable de la posibilidad de soluciones diferentes para un mismo caso.

Así pues, según Llewellyn, el proceso decisorio de los jueces tiene lugar de forma intuitiva. En dicho proceso, Llewellyn sostiene que intervienen el «sentido de la situación y la razón» (Sánchez Díaz, 2002, p. 278), es decir, la sensibilidad hacia los nuevos problemas que comparten los jueces en base a su preparación común y profesión, lo que a su vez les proporciona la virtud de la prudencia para alcanzar una «decisión correcta, gravemente sopesada con y para el futuro» (Sánchez Díaz, 2002, p. 280). Haciendo un uso adecuado del sentido de la situación y la prudencia de Llewellyn, los jueces podrán descubrir el derecho natural o derecho correcto; punto en el cual es conveniente citar a Goldschmidt: «detrás de cada pauta fáctica de la vida cotidiana, en la medida en que tal pauta está incorporada al ordenamiento jurídico, lleva aparejada consigo sus apropiadas reglas naturales, su derecho correcto. Este derecho no es una criatura de la mera razón, sino que es real; descansando sobre el sólido fundamento de lo que la razón puede reconocer en la naturaleza del hombre, y de las condiciones vitales del tiempo y lugar, por lo que no es un Derecho eterno ni inmutable. [...] la tarea más

Lo que el modelo judicial llewelliano significa es que la situación que se plantea ante el juez no tiene por qué ser resuelta conforme a la regla usual (recordemos lo defendido por nuestro autor hasta ahora: las reglas jurídicas orientan, pero no determinan

la solución), sino que debe adoptarse una solución adecuada a la justicia y a las políticas vigentes. Sin embargo, como consecuencia del influjo pragmatista en Llewellyn, este admite que la corrección de la solución únicamente puede valorarse una vez se aplique la sentencia, valorando su impacto en la práctica, lo que constituye una traslación exacta del método empirista ensayo-error.

2. Jerome Frank

Según los estudiosos del movimiento realista, Frank se enmarcaría dentro de la segunda clase de estos, los de posición más radical: los realistas sobre los hechos. En concreto, a Frank se le sitúa en lo que ha convenido en denominarse «realismo psicológico» (*J. Frank, 1993, p. 7*). Consiguientemente, podemos anticipar que el Derecho para Frank, como para todo realista, es fundamentalmente comportamiento judicial. Sin embargo, Frank no se centra tanto en predecir cómo interpretarán los jueces las normas o como declararán el Derecho vigente; sino que trata de predecir la actitud de estos ante la prueba y su mérito y, en su virtud, cuál será la decisión del juez respecto de los hechos. (*J. Frank, 1993, p. 13*).

En su obra *Derecho e Incertidumbre* (1951), Frank deja claro su punto de vista girando en casi todo momento en torno a la teoría jurídica de Félix S. Cohen, al que situamos dentro del realismo sociológico al que pertenece también Llewellyn, quien presenta un alto grado de preocupación por los efectos prácticos de las sentencias y resalta ciertas pautas de índole socio-económica que influyen a los jueces, entendidos como grupo, y que por tanto permiten cierto grado de predictibilidad de su labor.

Sin embargo, Frank descarga su más dura crítica contra la tesis de Cohen y también contra la de todos aquellos que lograron un gran grado de desmitificación del realismo: se olvidan de la cuestión de la determinación de los hechos en primera instancia. Así, Frank los acusa de centrarse en los tribunales de apelación dada la «facilidad» que esto les aporta para elaborar su teoría predictiva, ya que una vez los hechos le vienen determinados al Tribunal de apelación, resulta relativamente asequible la profetización. Sin embargo, con esto lo único que se está haciendo «es enterrar bajo la alfombra» (*J. Frank, 1993, p. 48*) aquellos aspectos de los jueces que Cohen y los demás no llegan a comprender del todo ni a dominar. (*J. Frank, 1993, p. 28*). Para Frank, «la predicción de las sentencias judiciales requiere la predicción de las creencias de los tribunales de primera instancia sobre los hechos» (*J. Frank, 1993, p. 39*), siendo esta la pieza angular de toda su crítica y construcción teórica.

En relación con esto, cabe abordar la definición que Frank hace de lo subjetivo y de lo objetivo: no emplea uno u otro para referirse, respectivamente, a lo no-real y lo real, puesto que «lo subjetivo también es real, [aunque se trata de una visión sobre la misma] parcial o restringida.» (*J. Frank, 1993, p. 65*). De esta manera, lo objetivo sería aquello que se expresa como una suma de percepciones parciales sin que, por tanto, en el contexto social podamos hablar de hechos objetivos en su totalidad.

Esta concepción de la subjetividad tiene relevancia en otro concepto abordado por Frank y central en su postura: el hecho. Destaca también la problemática que ronda esta noción, resaltando que en el ámbito científico se entiende por tal aquel aspecto de

la experiencia que es resistente, que «es independiente, a las respuestas humanas que suscita» (*J. Frank, 1993, p. 69*). Sin embargo, se resiste a aceptar que los seres humanos acepten de forma automática los datos que percibe sensiblemente: «de acuerdo con los variables propósitos y necesidades, trabajamos con ellos [–los hechos o datos–], seleccionándolos e interpretándolos.» (*J. Frank, 1993, p. 69*)

Cabe hablar en este punto, una vez abordada la perspectiva de Frank sobre lo que son los hechos, de que para nuestro autor –casi– todo proceso judicial es un litigio sobre los hechos; ya que la mayor parte de las veces el pleito arranca del desacuerdo de las partes sobre si los hechos acaecieron realmente o no, y de la conclusión alcanzada al respecto se deduce la norma jurídica a aplicar al caso concreto. Por tanto, Frank también critica a Cohen, y a los realistas en general, haber descuidado este aspecto centrándose en los tribunales de apelación –relativos a cuestiones «de Derecho»–.

Debido a la importancia que Frank da a la fijación de los hechos, se detiene en la cuestión del testimonio. Le resulta no poco llamativo que nadie haya reparado en la cuestión ya que, si los realistas dudan de la credibilidad de los jueces: ¿cómo no dudar de la credibilidad de un testigo o de los miembros del jurado, solo por hallarse bajo juramento de decir la verdad? En la narración de los hechos, los testigos los cuentan no como realmente acontecieron –y ello no es sinónimo de mentir–, simplemente cuentan la realidad tal y como la percibieron, lo cual supone una «combinación del grado de percepción sensible del testigo [(grado de visibilidad o acústica del entorno, por ejemplo)] y de su percepción mental [(destaca Frank la diferente interpretación de los hechos a la que se puede llegar según el nivel intelectual y cultural del testigo, por no hablar de las aptitudes de cada individuo en atención y memoria)], lo cual produce una diferencia nada insignificante en cada individuo» (*J. Frank, 1993, p. 51*). En el mejor de los casos los testigos están dando, por tanto, una visión restringida de la realidad «fruto de su individualidad, [ergo] los testigos no son fungibles.» (*J. Frank, 1993, p. 52*)

A su vez, el juez es testigo de los testigos, lo que distorsiona todavía más la realidad de los hechos ya que intervine también lo dicho acerca de la percepción humana. Sin embargo, mientras que por medio de las agresivas interpelaciones de los abogados a los testigos puede dilucidarse la deficiencia de su testimonio, el juez nunca declarará en su sentencia que no estuvo atento a cierto testigo, que no recuerda bien lo acontecido en la sala o que no se fiaba de una declaración concreta porque –cita Frank como ejemplo– «en base a su experiencia, todo aquel que tiene orejas grandes, miente» (*J. Frank, 1993, p. 58*), ya que todo esto sería motivo de recurso posterior y desprestigio profesional del tal juez.

Dado que los jueces no revelan los aspectos de su percepción que inciden en la valoración de las pruebas, es lógico que los tribunales de apelación nada tengan –o puedan– que decir al respecto, limitándose a ratificar los fundamentos de hecho en la abrumadora mayoría de los casos. Por tanto, ¿de qué sirven los empeños de Cohen de predecir la labor de los tribunales de apelación cuando, de facto, el problema se encuentra en la primera instancia?

Y de veras que el problema se encuentra en la primera instancia, porque la fijación de los hechos es la primera fase del fallo judicial: la calificación de un hecho como A o B es lo que determina la aplicación de la norma Alfa o Beta (*J. Frank, 1993, p. 75*). En

este sentido, Frank habla del fenómeno de interrelación entre los hechos y las normas. Según él, los jueces deciden de forma inversa a como hasta entonces (hasta el realismo) se ha creído –y querido creer–. Es decir, el juez actúa movido por lo que el autor denomina «gestalt», una especie de convicción acerca de lo justo en el caso particular, lo que le conduce directamente –y esto es importante– a la elección de la norma. Una vez elegida –consciente o inconscientemente– la norma que supone la aplicación de la solución querida por el juez, es cuando tiene lugar la frase probatoria; por tanto, no puede negarse el trascendental papel que juega el gestalt en el proceso ya que influirá en el grado de apreciación del juez de los hechos, haciendo que preste mayor atención a los testigos o las pruebas que son acordes a su convicción preestablecida, desdeñando todo aquello que juega en su contra. (*J. Frank, 1993, p. 91-94*)

Teniendo todo esto en cuenta, para Frank todos los litigios son litigios sobre los hechos. ¿Por qué? Porque la sentencia que será irrecorrible y que regirá la vida del individuo para siempre será la de segunda instancia, de acuerdo; pero para predecir con éxito la sentencia apelativa, hay que predecir en primer lugar la primera, y ello no puede llevarse a cabo desatendiendo los gestalt simplemente porque resultan incómodos, ni tampoco dando un valor excesivo a la prueba, especialmente la testifical. (*J. Frank, 1993, p. 84-85*)

Con ello Frank no está negando cierto grado de seguridad o predictibilidad jurídica, solo resalta que perseguir está por encima de sus posibilidades no tiene sus raíces en la realidad, sino que se trata de perseguir algo mítico. Para empezar, critica a Cohen y láteres por centrarse en la segunda instancia, precisamente por las facilidades que esto supone en cuanto a predicción. Y es que estos adictos a la predicción –como los tilda– afirman que mediante el estudio de los factores sociales y de la selección de los precedentes, entre otras cosas, el grado de vaticinio del Derecho es alto; limitado, sin embargo, en aquellos casos «insólitos, conflictivos, nuevos o ante lagunas jurídicas» (*J. Frank, 1993, p. 82*), o en los que el «contorno de la norma no está claro» (*J. Frank, 1993, p. 87*). Por tanto, aprecian la discrecionalidad judicial como algo excepcional restringido no solo a los llamados casos insólitos, sino además aquellos que tienen lugar en segunda instancia.

Frank tumba esa idea sobre lo excepcional o infrecuente de la discreción judicial con un audaz ejemplo de la vida jurídica cotidiana: el grado de «predicción del abogado» (*J. Frank, 1993, p. 85*): este, a medida que transcurre el pleito, irá estrechando el círculo de la decisión judicial: antes de plantear la demanda, son muy vagos los adelantos que puede facilitar a su cliente, ya que nada se sabe acerca de la contestación de la demanda, de la composición del jurado, de la calidad de los testimonios ni tampoco de la identidad del juez.

Por último, la crítica de Frank hacia Cohen pone de manifiesto el escaso valor que este da a los estudios psicológicos sobre las características personales de los hombres que intervienen en el proceso judicial, especialmente de quienes tienen encomendado el fallo. Cohen desdeña el valor de la psicología aplicada a la predicción judicial por la sencilla razón de que no se ocupa de la fase de determinación de los hechos; de haberlo hecho, «se vería obligado a admitir que los factores psicológicos que intervienen en los testigos, jurados y jueces de primera instancia frustran sus esperanzas.» (*J. Frank, 1993,*

p. 107). Conque Frank aboga por que las normas pasen a ser francamente reconocidas «como lo que en muchos casos ya son: guías generales que deber ser ajustadas a las circunstancias particulares del caso. Mejoraría la moralidad de nuestra administración de justicia, que actualmente tiene un sabor parecido al de la hipocresía» (*J. Frank, 1993, p. 107*); consistiendo en prácticas que dicen hacer, cuando en realidad hacen lo opuesto.

Al compás de esta defensa de la discrecionalidad judicial, Frank se valió de los estudios recientes sobre psicología de las diferencias. En consecuencia, Frank sostiene que, dado el elevado valor que él otorga a la determinación de los hechos, no es desdeñable el apoyo de la ciencia psicológica en aras de comprender más profundamente a los seres humanos –sin dejar de reconocer que tal conocimiento nunca será perfecto o exacto– y así poder adecuar las reglas procesales a nuestra naturaleza, permitiendo dejar al descubierto los hasta ahora factores ocultos de la decisión judicial, mejorando así la administración de justicia y facilitando a los jueces la individualización de las normas.

X. EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

Cabe hacer mención en este punto al realismo jurídico escandinavo, en tanto comparte denominación con el objeto de estudio de este trabajo. Esta corriente filosófica surge en los países escandinavos en torno a Suecia, ya que esta filosofía se gesta en la Universidad de Uppsala y surge como oposición y crítica a la filosofía imperante hasta entonces en este país: el bostromianismo. Es acogido en esta región también por las características del Derecho de estos Estados que, si bien se considera Civil Law, presenta una serie de características cercanas al Derecho anglosajón tales como una escasa codificación y cierto equilibrio entre la creación legislativa y judicial, lo cual es consecuencia de la escasa influencia tanto romana como napoleónica.

El máximo exponente del realismo escandinavo sería Hägerström, que afirmaría que el Derecho es tal cosa gracias a la conciencia popular de su obligatoriedad, la cual es sostenida por autoridades como los jueces; de forma que las normas jurídicas rechazadas por la población, especialmente aquellas rechazadas por los jueces, no serían auténticas normas.

XI. EL MOVIMIENTO DEL CRITICAL LEGAL STUDIES

Peyorativamente definido por sus opositores como «potpurri» (*Pérez Lledó, 1996, p. 4*), lo cierto es que el CLS constituye un ataque desde la izquierda que surge en Estados Unidos entre los años sesenta y setenta, ataque que tiene su soporte en disciplinas tradicionalmente consideradas independientes del Derecho, tales como la psicología, la antropología, la política, la economía y la filosofía; y apoyándose en pensamientos anteriores tan divergentes entre sí como el realismo jurídico, el marxismo, la teoría feminista o el psicoanálisis.

Una de las importantes preocupaciones, que ocupa el trabajo de todo el que se enmarca bajo el paraguas de este movimiento, es la educación jurídica. Entre su batería

de críticas se encuentra la acusación a las Escuelas de Derecho de fabricar abogados al servicio de las grandes compañías, menospreciando salidas alternativas de índole altruista o políticamente de izquierda (abogados de barrio, de asociaciones de consumidores, etc.); y que, por ende, las Escuelas se hallan el servicio de la estructura fuertemente jerarquizada de la profesión jurídica. Además, destacan las deficiencias del modelo académico, en el que se menosprecian constantemente asignaturas teóricas y críticas, —como la filosofía— en favor de asignaturas que perpetúan el modelo existente; no dotando a los estudiantes, por tanto, de una correcta formación en la que esté presente en todo momento el objetivo de su pleno desarrollo crítico.

Para concluir, podría decirse que el trabajo de los miembros de este ecléctico movimiento puede entenderse más como la defensa de «una filosofía en el derecho que una filosofía del Derecho, que no pretende más que servir a su objetivo político: el auditorio al que ellos quieren llegar, criticar y persuadir es sobre todo el de los dogmáticos y los profesionales del Derecho, quienes de forma más directa contribuyen a configurar la conciencia jurídica dominante y las mentes de cada nueva promoción de licenciados que pasarán a protagonizar el funcionamiento del Derecho en el mundo real» (*Pérez Lledó, 1996, p. 729-730*)

XII. CONCLUSIONES: WE ARE ALL REALIST NOW

En cuanto al momento en que el realismo decae, resulta bastante difuso. Podría decirse que al realismo murió de éxito, y es que hoy en día quedan pocos formalistas en el sentido tradicional del término, ya que nadie niega la indeterminación de las normas, la discrecionalidad judicial, la existencia de vacíos normativos y contradicciones y, en definitiva, la imposibilidad de aplicación puramente silogística del Derecho. Esta postura suele expresarse con el eslogan «We Are All Realist Now» (*Pérez Lledó, 1996, p. 256*).

Sin embargo, cabría precisar que ese eslogan pone de manifiesto que hoy en día el pensamiento jurídico predominante es realista en el sentido meramente antiformalista del término. Sin embargo, en muchas ocasiones ese aparente realismo no pasa de ser eso, una apariencia o simple toma de conciencia. Pero en la práctica profesional, ese realismo queda entrecomillado al incurrirse constantemente en errores propios del formalismo: todavía se conserva esa idea de certeza y pureza del razonamiento jurídico, se continua predicando la total separación entre la moral y la política con el Derecho, y la enseñanza jurídica continua fuertemente apoyada en la práctica silogística, desdeñando dotar a los estudiantes de herramientas necesarias para convertirse en operadores jurídicos adultos, capaces de sopesar los distintos intereses sociales en conflicto con equidad e impartiendo justicia social siendo, además, conscientes de los múltiples puntos flacos de su psique y de cómo esto puede influir en la calidad de su labor.

Además, para garantizar —en la medida de lo posible— la correcta determinación de los hechos y, solo así, proceder a una correcta selección de la norma y ulterior decisión, es necesario efectuar reformas de índole procesal como: la eliminación de las normas relativas al rechazo de las pruebas; que el juez tenga un papel más activo en el interrogatorio de los testigos y, a su vez, que este interrogatorio sea menos incisivo y

más sagaz; el empleo de «detectores de mentiras», tanto humanos (psicólogos expertos en testimonios) como técnicos (polígrafo); dotar a los jueces de primera instancia de la debida formación psicológica, requerida para la correcta determinación de los hechos; eliminar la institución del jurado y, en tanto se mantenga, mejorarla utilizando jurados especializados y no personas de a pie designados por sorteo a tal fin.

Por último, no puedo sino despedirme declarando lo siguiente: que tal vez el realismo, al arrojar luz sobre este aspecto tan humano del Derecho –y tan psicológico– no nos está haciendo más que un favor. Tal vez cierto grado de ideología o arbitrariedad en la aplicación del Derecho pueda ser vista como un defecto –no siempre–, pero de ser así, desde luego, cuán mejor saberlo para poder trabajar correctamente con él. El hecho de que la información es poder es puesto de manifiesto ya por Holmes en su famoso discurso de La Senda del Derecho que, con mucho mas estilo que el que yo poseo, realiza la siguiente metáfora: «cuando se consigue sacar al Dragón desde su cueva al claro, pudiendo contar sus garras y dientes y observar dónde se halla su fortaleza. Pero sacarle a la luz es el primer paso. El siguiente es matarle o domarle para hacer de él un animal provechoso» (Solar Cayón, 2012, p. 75).

XIII. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (2006). El Derecho como argumentación. Ed. Ariel.
- BLOG DE TRADUCCIÓN JURÍDICA. <http://traduccionjuridica.es/el-precedente-judicial-en-el-common-law/> (Última visita: 16 de abril de 2017).
- FRANK, Jerome (1993). *Derecho e Incertidumbre*. Tlahuapan (México): Ed. Fontamara.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (1999). Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba. Ed. Marcial Pons
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1999). Retórica, argumentación y Derecho. Revista Isegoría. Disponible en web: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/80/80>
- GARCÍA VEGA, Luis (1989). *Historia de la Psicología*. Ed Eudema.
- HIERRO, Liborio L. (1981). *El Realismo Jurídico Escandinavo: una teoría empirista del Derecho*. Ed. Fernando Torres SA.
- LLEWELLYN, Karl N. (1962). *Jurisprudence: Realism in theory and practice*. Ed. University of Chicago Press.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Jerónimo (1980). Ciencia y dogmatismo: el problema de la objetividad en Karl Popper. Ed Cátedra.
- MORESO, Juan José y CASANOVAS Pompeu (1994). *El ámbito de lo jurídico: Lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*. Ed. Tirant Lo Blanch.
- OVEJERO BERNAL, Anastasio (2007). *Las Relaciones Humanas: psicología social teórica y aplicada*. Ed. Biblioteca Nueva.
- PÉREZ LLEDÓ, José Antonio (1996). *El movimiento Critical Legal Studies*. Ed. Tecnos.

- PÉREZ LLEDÓ, José Antonio (2007). *Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho*. Ed. Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires. Disponible en web: https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/6/6900232-195_268.pdf
- PÉREZ LLEDÓ, José Antonio y GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2012). *Apuntes sobre la filosofía del derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la exégesis a Ronald Dworkin*. Disponible en web: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20557/1/APUNTES_DE_FILOSOFIA_DEL_DERECHO.pdf (última consulta el 30 de mayo de 2017).
- PORTELA VALENTÍN, Orlando G. (2015). *Tesis Doctoral sobre Oliver Wendell Holmes Jr. y su obra: una fusión sistemático-existencial*. Disponible en web: <file:///C:/Users/Alba/Desktop/TFG/TESIS%20sobre%20holmes.pdf>
- RECASÉNS SICHES, Luis (1963). *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX, Volumen II*. Ed. Porrúa.
- SÁNCHEZ DÍAZ, Félix Francisco (2002). *Decisión judicial y ciencia jurídica: la propuesta de Karl Llewellyn*. Ed. Comares.
- SOLAR CAYÓN, José Ignacio (2012). *La Senda del Derecho: traducción y estudio preliminar*. Ed. Marcial Pons.
- URÍA MENÉNDEZ. <http://www.uria.com/es/seleccion/estudiantes/seccion-del-estudiante/grandes-juristas/wendell> (Última consulta: 24 de marzo de 2017).

JUSTICIA UNIVERSAL EN ESPAÑA: LA LIMITACIÓN DE UN PRINCIPIO DE DERECHO INTERNACIONAL

CRISTINA FERNÁNDEZ-RIERA FERNÁNDEZ

Universidad de Oviedo

RESUMEN

Justicia universal en España: la limitación de un principio de derecho internacional

La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 13 de marzo del 2014, marcó un antes y un después en la concepción del Principio de Justicia Universal en España. Lo que en un primer momento se había configurado como un Principio de Derecho Internacional Público absoluto, pleno e ilimitado, en la actualidad se ha transformado en un mecanismo restringido supeditado a la existencia de un nexo de interés directo con España.

Palabras clave: Justicia universal, jurisprudencia, víctimas.

ABSTRACT

Universal justice in Spain: the limitation of an international law principle

The reform of the judiciary organic law of 13 March 2014 marked a before and after on the Principle of Universal Justice in Spain. Which at first had been formed as a principle of absolute Public International Law, full and unlimited, nowadays it has now become a restricted mechanism subject to the existence of a link of direct interest with Spain.

Keywords: Universal justice, jurisprudence, victims.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA JUSTICIA UNIVERSAL. CONCEPTO Y CARACTERES.
 1. *Internacionalidad.*
 2. *Independencia respecto a la nacionalidad de víctimas y victimarios.*
 3. *Crimen internacional.*
- III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA SOBRE LA JUSTICIA UNIVERSAL EN ESPAÑA.
 1. *Ley Orgánica del Poder Judicial 2009.*
 2. *Ley Orgánica del Poder Judicial 2014.*
 - 2.1. *Modificación artículo 23, apartado 4, LOPJ.*
 - 2.2. *Modificación artículo 23, apartado 5, LOPJ.*
 - 2.3. *Nuevo apartado 6 del artículo 23 LOPJ.*
 3. *Ley Orgánica del Poder Judicial 2015.*
- IV. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LA JUSTICIA UNIVERSAL TRAS LA REFORMA DE LA LOPJ DE 2014.
 1. *Caso Tibet.*

2. *Caso José Couso.*
3. *Asunto de la Flotilla de la Libertad.*
4. *Caso Carmelo Soria.*
5. *Asunto del Sáhara.*
6. *Boko Haram.*

V. CONCLUSIONES.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS / KEYWORDS

AEDIDH: La Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

AFAPREDESA: Asociación de Familiares de Presos y Desaparecidos Saharauis

APDHE: Asociación Pro Derechos Humanos de España

ENMOD: Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles

APDHE: Asociación Pro Derechos Humanos de España

FIDH: Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH)

I. INTRODUCCIÓN

La intención última de este trabajo es estudiar, más allá del punto de vista de la evolución legislativa, qué consecuencias ha tenido en la práctica las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2014 sobre el Principio de Justicia Universal en España.

En él se comienza analizando los diferentes enfoques que, desde la literatura sobre la materia, han surgido a la hora de tratar de explicar en qué consiste el Principio de Justicia Universal, para después desgranar los cambios legislativos habidos, desde su aparición en España en 1985 hasta la actualidad, haciendo un especial hincapié en las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2009 y Ley Orgánica 1/2014.

Seguidamente, y con la intención de ejemplificar el efecto real de la reforma del Principio de Justicia Universal, se analizan seis casos que han sido o están siendo investigados por los Tribunales españoles y que, de una u otra forma, se han visto afectados por los cambios introducidos en este Principio. Para en último lugar, y a modo de resumen, exponer las conclusiones finales extraídas del análisis de la evolución y efectos de la Justicia Universal en España.

II. LA JUSTICIA UNIVERSAL. CONCEPTO Y CARACTERES

Constituye el Principio de Justicia Universal, en palabras de Ollé Sesé «un principio derivado del Derecho Internacional, que posibilita a los tribunales internos ejercer, en

representación de la Comunidad Internacional, la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de determinados crímenes internacionales cometidos en cualquier lugar, con independencia de la nacionalidad de las víctimas y victimarios, mediante la aplicación del Derecho Penal interno y/o Derecho Internacional Público⁽¹⁾».

Es decir, se trata de un mecanismo internacional que permite a los Tribunales de cualquier Estado conocer, con independencia de la existencia o no de una relación entre el Estado juzgador y los hechos, de determinados delitos que dada su gravedad no pueden quedar impunes.

De esta definición cabe desarrollar tres conceptos: el elemento internacional, la independencia respecto a la nacionalidad de víctimas y victimarios y el concepto de crimen internacional.

1. Internacionalidad

El elemento internacional se pone de manifiesto cuando el Estado juzgador no se corresponde con el Estado del lugar donde se cometió el hecho punible.

Al respecto, se pronuncia García Sánchez afirmando que «se prefiere en el ámbito internacional la aplicación de la ley del lugar de comisión, pues allí es más fácil recoger las pruebas y se cumpliría mejor la función de prevención general. Pero en ocasiones resulta imposible la extradición al Estado donde se ha cometido el delito o su enjuiciamiento en dicho país y los delitos que caen bajo la esfera de este principio no pueden quedar impunes por su gravedad, de ahí que cualquier Estado pueda enjuiciar al sujeto al que se le imputa un delito de tal carácter⁽²⁾». En este sentido se entiende la justicia universal como un criterio de aplicación independiente respecto al principio de territorialidad, donde prima la defensa de los derechos y libertades reconocidos abiertamente por la Comunidad Internacional.

Sin embargo, el «Principio de Justicia Universal más que ningún otro principio requiere una legitimación universal⁽³⁾». En este sentido se pronuncia López Barja de Quiroga señalando que «la legitimación del Principio Universal ha de encontrarse en el Derecho de los Tratados. Se trata de sostener una atribución jurisdiccional en razón a que la propia Comunidad internacional así lo ha considerado preciso, necesario y adecuado⁽⁴⁾».

De ahí, que cuando un caso de estas características se presente ante un Estado, en principio, las actuaciones de los tribunales no deban centrarse en demostrar la existencia de una relación entre ese país y los hechos, sino que lo que se debe demostrar es que en el caso existe la necesidad de defender libertades y derechos fundamentales reconocidos

(1) OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia Universal para crímenes internacionales*. Madrid, La ley, 2008, págs. 200 y ss.

(2) GARCÍA SÁNCHEZ B.: *El principio de justicia universal en el ordenamiento interno e internacional. Límites a la ley penal en el Espacio*. Madrid, 1.ª ed, Atelier, 2004, Pág. 4.

(3) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J. *El principio de Justicia Universal*. Grandes Tratados: Tratado de Derecho Procesal. Pamplona. 6.ª ed. Aranzadi, 2014, Pág. 35.

(4) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J. *El principio de Justicia Universal*. Grandes Tratados: Tratado de Derecho Procesal. Pamplona. 6.ª ed. Aranzadi, 2014, Pág. 36.

por la Comunidad Internacional y, por tanto, procede el enjuiciamiento de la causa para evitar correr el riesgo de que los hechos queden impunes.

2. Independencia respecto a la nacionalidad de víctimas y victimarios

Ollé Sesé entiende el concepto de Justicia Universal en términos absolutos, señalando como elemento único relevante la comisión de unos delitos concretos que por su gravedad se entienden dañan a la humanidad. Este daño, es el que justifica que no se exija la existencia de nexos de unión entre las nacionalidades de las partes involucradas y el Estado juzgador.

En la misma línea Bonet Esteva concibe este Principio de Derecho Internacional Público «como un complemento estatal para compensar las dificultades de persecución y castigo de ciertas conductas que son para la comunidad internacional los ataques más graves contra los derechos humanos⁽⁵⁾», siendo por tanto el elemento diferenciador la gravedad del daño que los hechos enjuiciados causan a la humanidad, con independencia de la existencia o no de vínculos de nacionalidad. Idea que reafirma Pérez Cepeda al señalar que «sólo desde esta perspectiva, de defensa de derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Comunidad Internacional, se entiende que cada uno de los Estados en su actuación extraterritorial pase a representar a toda la Comunidad Internacional⁽⁶⁾».

Sin embargo, como ya he señalado y más adelante desarrollaré, esta concepción de independencia respecto a la nacionalidad de víctimas y victimarios es solo en principio ya que tras las numerosas reformas de la Ley Orgánica del Poder se someterá al Principio Universal, entre otros requisitos a la existencia de vínculos en relación con la nacionalidad española tanto de las víctimas como de la persona o personas a las que se imputa la comisión del delito.

3. Crimen internacional

En cuanto a la tercera característica de esta definición, la doctrina no es unánime a la hora de determinar que situaciones pueden encuadrarse dentro del concepto de crimen internacional. Al respecto se pronuncia Acosta Estévez, señalando varias de las posturas que han sido desarrolladas por diferentes autores como Jescheck o Quintano Ripolles:

Jescheck defiende que deben enmarcarse dentro de los crímenes internacionales de manera exclusiva «auténticos tipos penales que afectaran a la persona individualmente, directamente y sin la mediación del Derecho estatal, de manera que constatan la punibilidad de la infracción sin necesidad de que interviniera el legislador estatal⁽⁷⁾». Es

(5) BONET ESTEVA M. «Principio de justicia universal: de Modelo absoluto a modelo» Instituto Español de Estudios Estratégicos. Documento de Opinión, N.º 123/2015, 2015. Pág. 4.

(6) PÉREZ CEPEDA A.I. Principio de Justicia Universal versus Principio de jurisdicción penal internacional. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. Pág. 63

(7) ACOSTA ESTÉVEZ J.B. «La tipificación del delito internacional en El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Cit. Jescheck, H., «Tratado de Derecho penal» (1993), Contares, Granada, p. 109.)», A.E.D.I., vol. XXV, 2009, Pág. 184.

decir, exige la existencia de un daño individual de tal magnitud que de forma general afecta no solo a la víctima sino también a la sociedad internacional, no siendo por tanto necesario la regulación del tipo concreto en un Estado, si no, que, dada su gravedad, es reconocido por la Comunidad Internacional en general, con la intención final de que tales hechos no queden sin enjuiciar.

Por su parte, Quintano Ripolles habla de la existencia de delitos internacionales de dos tipos: «Aquellos que pertenecen en sentido estricto al derecho internacional, por derivar de éste. Frente a los que versan sobre bienes jurídicos protegidos por la regulación interna de los Estados, pero que, dada su importancia, la comunidad internacional busca dotarlos de una doble protección mediante la aprobación de tratados internacionales. La idea última es que su lesión no solo provoque un “castigo” interno, sino que pueda derivar en consecuencias internacionales⁽⁸⁾».

En este sentido, recoge García Sánchez, se pronuncian autores como «Jiménez de Asúa, L. en su libro Tratado de Derecho Penal o Maurach en su Tratado de Derecho Penal⁽⁹⁾».

III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA SOBRE LA JUSTICIA UNIVERSAL EN ESPAÑA

Es importante conocer la evolución legislativa del Principio de Justicia Universal en España para poder entender por qué algunos asuntos sí y otros no han sido objeto de investigación por los tribunales españoles.

Si bien la idea de Justicia Universal surge en España el 3 de julio de 1985 de mano del Texto original de la Ley Organiza del Poder Judicial 6/1985, no son pocas las modificaciones que se han hecho de este concepto hasta llegar a hoy en día.

Por primera vez en 1985 a través del artículo 23.4 de la LOPJ se reconoce este Principio Universal en España, otorgando competencia «a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como: Genocidio, Terrorismo, Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, Falsificación de moneda extranjera, Los relativos a la prostitución, Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España⁽¹⁰⁾».

Esta primera redacción es una enumeración abierta, que se ajusta a la idea defendida por Ollé Sesé de principio global, absoluto y pleno, en el que se admite la posibilidad de que más allá de las conductas en él recogidas, se puedan perseguir en España otros

(8) ACOSTA ESTÉVEZ J.B. «La tipificación del delito internacional en El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Cit. Quintano Ripolles, A., *Tratado...*, pp. 392 y 393.)», *A.E.D.I.*, vol. XXV, 2009, Pág. 187.

(9) GARCÍA SÁNCHEZ B.: *El principio de justicia universal en el ordenamiento interno e internacional. Límites a la ley penal en el Espacio*. Madrid, 1.ª ed, Atelier, 2004. Pág. 6

(10) Ley Orgánica del Poder Judicial Texto original, publicado el 02/07/1985, en vigor a partir del 03/07/1985. Art. 23.4.

tipos delictivos derivados de acuerdos internacionales con el único límite de «que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena⁽¹¹⁾».

Sin embargo, la concepción inicial del principio no duraría muchos años intacta. El 30 de abril de 1999 se aprobó la Ley Orgánica 11/1999, que modificó el Artículo 23 apartado 4.e de la LOPJ del 85. Tras esta reforma, se añadió a los delitos que quedaban englobados dentro del Principio de Justicia Universal en España los de corrupción de menores o incapaces.

Seis años después, a través de la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, se añadió un nuevo apartado g a ese artículo 23.4 de la LOPJ. Este cambio supuso incluir un nuevo ámbito de protección dentro de la esfera de tipos delictivos englobados en el Principio de Justicia Universal. En concreto, la nueva redacción incluye los delitos relativos a la mutilación genital femenina, pero con el límite, respecto a la competencia de los Tribunales españoles de «que los responsables se encuentren en España⁽¹²⁾».

En este punto, es importante destacar el cambio que llevo a cabo el legislador al implantar el límite de la localización del causante dentro del territorio español. Por primera vez, desde que el Principio de Justicia Universal apareciera en el ordenamiento jurídico español en 1985, se rompía con el concepto absoluto e ilimitado de Ollé Sesé.

Con esta reforma del 2005 el legislador español empezó a esbozar un nuevo concepto de Justicia Universal; un concepto supeditado a reglas territoriales, y que con las reformas posteriores iría tomando forma.

1. Ley Orgánica del Poder Judicial 2009

Tras estas tres reformas menores, el 3 de noviembre del 2009 se aprobó la Ley Orgánica 1/2009, en cuyo artículo 1.1 se recogió una modificación sustancial del concepto absoluto de Principio de Justicia Universal que hasta el momento se había plasmado dentro del ordenamiento jurídico español.

Varios son los cambios introducidos a través de esta Ley Orgánica del Poder Judicial en lo referente a la Justicia Universal, entre los que destacan por su importancia:

La mención a lo dispuesto en «los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos⁽¹³⁾».

La introducción de un párrafo final en el artículo 23.4 de la LOPJ POR el que se introdujeron dos grandes novedades: la ruptura respecto a la independencia de nexo

(11) Ley Orgánica del Poder Judicial Texto original, publicado el 02/07/1985, en vigor a partir del 03/07/1985. Art. 23.4.

(12) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 3/2005, de 8 de Julio). Artículo 23 apartado 4.

(13) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre). Artículo 23 apartado 4 letra h.

territorial y la subsidiariedad de las actuaciones españolas en caso de que otro Estado este investigando los mismos hechos.

La incorporación de requisitos que supeditan la competencia española a la existencia de un nexo directo con España, exigiendo o bien la localización del responsable en España, o que las víctimas tengan nacionalidad española o que exista un vínculo de conexión «relevante» con España.

La ampliación de los límites al Principio de Justicia Universal en España al señalar como nuevo requisito necesario, «que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de los mismos hechos punibles⁽¹⁴⁾», imponiendo con ello la obligación de sobreseer provisionalmente la causa iniciada en España.

Las reacciones a esta reforma no se hicieron esperar, muestra de ello fue el «Manifiesto sobre la reforma legislativa que introducirá modificaciones al ejercicio de la justicia universal del 2 de junio de 2009», promovido por la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE), y firmado por 98 organizaciones y 329 particulares y en el que se señala que «resulta ciertamente preocupante que nuestros responsables políticos hayan acordado la introducción de limitaciones en la legislación vigente al socaire de asuntos que afectan a potencias mundiales. Bien parece que la necesidad de limitar la protección de los Derechos Humanos surja solamente ante los poderosos⁽¹⁵⁾».

2. Ley Orgánica del Poder Judicial 2014

Tras la reforma del 2009, y siguiendo con la idea limitadora de este Principio de Derecho Internacional Público, el 13 de marzo de 2014 se aprobó la Ley Orgánica 1/2014, en cuyo artículo 1.1 se recogen cambios muy significativos en lo relativo al Principio de Justicia Universal entre los que cabe destacar especialmente: las modificaciones del artículo 23 apartados 4, 5 y la introducción de un nuevo apartado 6.

2.1. Modificación artículo 23, apartado 4, LOPJ

Respecto del apartado 4.º, se añade el requisito de que para que los tribunales españoles puedan conocer de los diferentes delitos enumerados a lo largo de sus letras se debe cumplir «que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas⁽¹⁶⁾».

(14) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre). Artículo 23 apartado 4.

(15) APDHE, «Manifiesto on the law reform introducing limitations to the exercise of universal justice», *Movimiento Mundial de los Derechos Humanos*, 2009

(16) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo). Artículo 23 apartado 4 letra a.

Con ello, el legislador siguiendo con la línea que parecía mostrar la reforma del 2009, rompe con el carácter de independencia que hasta el momento se otorgaba al Principio de Justicia Universal, provocando en consecuencia el archivo de numerosos procedimientos sobre crímenes internacionales que estaban siendo conocidos por los tribunales españoles.

Pero el análisis en profundidad de la nueva redacción de este apartado obliga a mencionar otras modificaciones:

Se añade en el apartado 23.4. los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incorporando el requisito de que el victimario tenga nacionalidad española, o resida habitualmente o se encuentre en España. Lo que provoca que no pocos casos de los que estaban conociendo los Tribunales se hayan archivados, entre los que destacan el Caso del Tíbet o el de José Couso.

Se añade, en la letra b, en relación a la competencia para conocer de los Tribunales Españoles respecto a los delitos de tortura y contra la integridad moral los requisitos de que la víctima sea española y que el presunto autor del delito se encuentre en territorio español, matizando que si el nacional es la persona a la que se le imputa la comisión del delito no se exigirá más requisito.

En la letra e de este Art 23.4 de la LOPJ, y respecto a los delitos de terrorismo cometidos fuera del territorio español, el legislador reconoce la competencia de los Tribunales españoles ante estos los delitos cuando:

«El procedimiento se dirija contra un español, el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España, el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España, la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos, el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española, el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España, el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español o el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados».⁽¹⁷⁾

Es necesario detenerse en esta letra e, porque si se compara con los requisitos que se recogen en los apartados anteriores puede observarse que éstos son menos restrictivos que en los casos anteriores, siendo precisamente este argumento, de existencia de víctima española por delito de terrorismo, el que permitió en la práctica a los Tribunales españoles conocer de los Casos Boko Haram o Carmelo Soria.

Pero, además, siguiendo con el estudio del apartado 4 del Artículo 23 de la LOPJ el legislador menciona en la última letra p a todos aquellos «delitos cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros

(17) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo). Artículo 23 apartado 4 letra e.

JUSTICIA UNIVERSAL EN ESPAÑA: LA LIMITACIÓN DE UN PRINCIPIO DE DERECHO...

actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro⁽¹⁸⁾». Deja por tanto la puerta abierta a que se incluyan dentro de la esfera de aplicación del Principio de Justicia Universal, otros delitos distintos a los mencionados expresamente, que teniendo en cuenta la posición de Estado democrático y global de España, deben de ser enjuiciados por los Tribunales españoles.

2.2. Modificación artículo 23, apartado 5, LOPJ

Ahora bien, como ya hemos visto la finalidad de la reforma del 2014 fue instaurar un nuevo concepto de Principio de Justicia Universal, más limitado y con fundamentos diferentes a los que le caracterizaban en su concepción primitiva. En esta línea no solo se modifica el apartado 4 de este artículo 23 si no que el legislador introduce un nuevo apartado 5, cuya redacción difiere totalmente de la recogida en él hasta la fecha.

En concreto recoge, que «los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.
- b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:
 - i. la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,
 - ii. se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada⁽¹⁹⁾».

Con ello el legislador recalca la prevalencia del Principio de subsidiariedad territorial sobre el de Principio de Justicia Universal en España, al no solo someter la competencia de los Tribunales españoles a los supuestos en los que se den los requisitos de nexo de unión entre los hechos y España, sino además a los casos en los que tales hechos no estén siendo conocidos por los tribunales de otro Estado.

Sobre este precepto se pronunció el Tribunal Supremo señalando, como regla general la subsidiariedad de la competencia española frente a la de otro Estado, salvo cuando se pudiera demostrar «que la investigación o actuaciones judiciales, en el otro país, tenga por finalidad sustraer a la persona de su responsabilidad penal, o que haya exis-

(18) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo). Artículo 23 apartado 4 letra p.

(19) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo). Artículo 23 apartado 5.

tido una demora injustificada con la misma finalidad o que el juicio y en consecuencia la sentencia, no haya sido imparcial ni independiente, buscando la consecuencia de la exoneración del culpable⁽²⁰⁾».

2.3. Nuevo apartado 6 del artículo 23 LOPJ

El último cambio significativo que el legislador lleva a cabo con la reforma de la LOPJ del 2014, es incluir un nuevo apartado 6 en el que se exige que se produzca la «previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal⁽²¹⁾», impidiendo por tanto la denuncia por parte de organizaciones humanitarias o del defensor del pueblo.

3. Ley Orgánica del Poder Judicial 2015

El 30 de marzo de 2015, a través de la disposición final primera de la Ley Orgánica 2/2015, se modifica por última vez hasta la fecha el contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto al Principio de Justicia Universal. En concreto se modifica los nexos territoriales que respecto al delito de terrorismo han de darse para que los Tribunales españoles puedan perseguir los casos.

Dentro del apartado 4 de este Artículo 23, en la letra e se añade la posibilidad de que «el procedimiento se dirija contra un extranjero que se encuentre en España o, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo⁽²²⁾».

Esta incorporación abre la posibilidad de perseguir este tipo de delitos ante nuevas situaciones, permitiendo que desde la justicia española se haga un mejor seguimiento y protección de los derechos y libertades fundamentales que con los actos de terrorismo se ven atacados.

IV. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LA JUSTICIA UNIVERSAL TRAS LA REFORMA DE LA LOPJ DE 2014

Una vez desarrollada la evolución legislativa del Principio de Justicia Universal en España, analizaré ahora como la reforma del 2014 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha afectado en la práctica a la actividad judicial española.

(20) ESTEVE MOLTÓ J.E, PIERNAS LÓPEZ J.J., VÁZQUEZ SERRANO I: «Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de derecho internacional público». *Anuario español de derecho internacional*. Vol. 31, 2015. Pág. 383.

(21) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo). Artículo 23 apartado 4 letra e.

(22) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo). Artículo 23 apartado 6.

En este sentido, hay que recordar que esta reforma supuso en rasgos generales la exigencia de un nexo de unión entre los hechos investigados en cada caso y España, poniendo de relevancia la prevalencia del principio de territorialidad frente a la defensa de los intereses de la comunidad internacional. Y, en consecuencia, provocando el archivo de un numeroso grupo de casos de crímenes internacionales de los que estaban conociendo los Tribunales españoles.

Para el estudio de esta nueva realidad analizaré seis casos que, de una u otra manera, se han visto afectados por la reforma del 2014.

1. Caso Tíbet

El primer caso a analizar dentro de la jurisprudencia española en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, genocidio, lesa humanidad y tortura es el Caso Tíbet.

La resolución final de este asunto, además de decretar el archivo de las actuaciones por falta de cumplimiento de los requisitos del art. 23.4 de la LOPJ, marca un antes y un después en la concepción del nuevo principio de Justicia Universal al analizar en profundidad cual debe ser la posición de este precepto dentro del ordenamiento español.

El 28 de mayo del 2005, Thubten Wangchen Sherpa, el Comité de apoyo al Tíbet y la Fundación Casa del Tíbet presentaron una querrela ante los tribunales españoles denunciando hechos cometidos por el Gobierno de la República Popular de China en el Tíbet, entre 1950 y 1979, contra el pueblo tibetano y contra los budistas.

El 10 de enero del 2006, fue admitida a trámite conviniéndose que se tomara declaración al expresidente de la República de China Jiang Zemin y a los ex altos cargos del gobierno chino: Li Peng, Ren Rong, Yin Fatang, Qiao Shi, Chen Kuiyan, Peng Pelyun y Hu Jintao, por presuntos delitos de genocidio, tortura y lesa humanidad contra la comunidad internacional, recogidos en el Art. 23.4 de la LOPJ.

El 18 de noviembre del 2013, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante auto, decide procesar a los querrelados alegando «que, de las investigaciones llevadas a cabo, se deduce la existencia de indicios de participación de estas personas, habida cuenta de su responsabilidad política y militar, en los hechos objeto de querrela, ordenando el libramiento de órdenes internacionales de detención contra ellos⁽²³⁾». En consecuencia, el 10 de febrero del 2014 el Juzgado Central de Instrucción de Madrid n.º 2, decreta librar dicha orden de detención internacional para proceder a la «prisión provisional, comunicada, incondicional y sin fianza contra Jiang Zemin, Li Peng, Ren Rong, Yin Fatang, Qiao Shi, Chen Kuiyan, Peng Pelyun y Hu Jintao⁽²⁴⁾».

En este momento, y tras la reforma de la LOPJ, el 25 de marzo del 2014, el Juzgado Central de Instrucción, decidió concluir el sumario, para que la Audiencia Nacional, esclareciera como afectaba la reforma del Principio de Justicia Universal al caso. Ésta,

(23) Sala de lo Penal. Audiencia Nacional. Auto de 18 de noviembre de 2013. Fundamento de Derecho Único.

(24) Juzgado Central de Instrucción n.º 2 Madrid. Auto de 10 de febrero del 2014. Parte Dispositiva.

en pleno, el 2 de Julio del 2015, decidió sobreseer y archivar la causa. Decisión contra la que se interpuso recurso de casación que fue desestimado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el 6 de mayo del 2015, en la Sentencia 265/2015.

Hay que hacer un especial hincapié en esta decisión del Tribunal Supremo, porque en ella al ratificar el Auto por el que la Audiencia Nacional desestimaba y archivaba la Causa del Tíbet, el Supremo estaba estableciendo una «doctrina legal», que serviría de base para el sobreseimiento de otras causas sobre crímenes internacionales, tales como el Caso José Couso, y el Caso de la Flotilla de la Libertad.

En la STS 265/2015 se define el Principio de Justicia Universal como «el ejercicio de jurisdicción penal por los Tribunales de un determinado país en crímenes internacionales de especial gravedad, sobre la base de la naturaleza del delito sin tomar en consideración ni el lugar donde fue cometido, ni la nacionalidad de su autor⁽²⁵⁾» pero con el límite de que «esto no significa que estén obligados a extender dicha jurisdicción a personas que se encuentren fuera de su territorio⁽²⁶⁾».

En este sentido, el Tribunal Supremo, se postula a favor de la nueva interpretación del Art. 23.4 de la LOPJ. Al limitar la obligatoriedad de la persecución internacional por España de estos delitos, está reforzando los requisitos recogidos en dicho artículo respecto de los casos de genocidio, lesa humanidad o de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, en los que ahora se exige para poder otorgar la competencia a los Tribunales Españoles que «el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas⁽²⁷⁾».

En cuanto al tercer delito que se imputa los dirigentes chinos, la tortura, la concepción limitadora de la obligatoriedad que el TS hace sobre el concepto de Justicia Universal, también parece defender los nuevos requisitos introducidos en el 2014 respecto a este tipo delictivo, es decir, «que la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español⁽²⁸⁾». Requisito que al no cumplirse en el Caso del Tíbet excluiría directamente la competencia española.

Además, destaca igualmente, la afirmación que el Tribunal hace en su cuadragésimo fundamento, al señalar «que no cabe apreciar que la normativa legal aplicada por la *L.O. 1/2014* incurra en inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad, y tampoco por incurrir en arbitrariedad, o en normas de “ius cogens” de

(25) Sala 2.^a de lo Penal. Tribunal Supremo. Sentencia n.º 296/2015 de 6 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2300). Fundamento de Derecho Sexto.

(26) Sala 2.^a de lo Penal. Tribunal Supremo. Sentencia n.º 296/2015 de 6 de mayo de 2015. Fundamento de Derecho Trigésimo.

(27) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo). Artículo 23 apartado 4 letra a

(28) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo). Artículo 23 apartado 4 letra b.

Derecho Internacional⁽²⁹⁾». Lleva a cabo en este punto el Supremo una evaluación de la constitucionalidad del nuevo Art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, si bien correspondería propiamente al Tribunal Constitucional, en los pronunciamientos posteriores sobre asuntos que versan sobre dicho artículo se ha tenido por afirmación irrefutable, no volviéndose a plantear.

De esta manera, el Supremo a través de esta sentencia crea un precedente legal de aplicación directa en lo relativo a los futuros casos sobre la Justicia Universal en España.

2. Caso José Couso

Como segundo caso de Justicia Universal en España, voy a analizar el Caso de José Couso y como éste se vio directamente afectado por la STS 265/2015 del Caso Tíbet

En la actualidad, a pesar de que la jurisdicción reconoce en el caso la existencia de hechos considerables como crímenes contra la humanidad que afectaron a un nacional español, este asunto se encuentra archivado por no cumplir con los nuevos requisitos que el art. 23.4 de la LOPJ recoge para los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

En el 2003, se presentó ante la Audiencia Nacional una querrela en la que se denunciaba el disparo, por parte del ejército estadounidense, de un proyectil contra el Hotel Palestina en Bagdad, el 8 de abril de 2003. Disparo que acabó con la vida de varios corresponsales de medios de comunicación internacionales, entre los que se encontraba el español José Couso.

A raíz de esta querrela la Audiencia Nacional, mediante Auto de Procesamiento decidió procesar el 27 de abril del 2007 a tres altos cargos del ejército estadounidense: «el sargento Thomas Gibson, el capitán Philip Wolford, y el teniente coronel Philip de Camp por un delito contra la comunidad internacional y un delito de asesinato⁽³⁰⁾».

El Ministerio Fiscal recurrió en apelación la decisión, y como consecuencia se sobreseyó la causa dejando sin efecto los procesamientos de los tres estadounidenses. En el Auto por el que sobreseyó la causa, la Audiencia Nacional argumenta que, en lo relativo al delito contra la comunidad internacional, «la descripción del Auto de procesamiento es insuficiente a los efectos de procesar por el indicado delito del art. 611.1º Código Penal a los tres estadounidenses, ya que a partir de ella no se puede demostrar que el disparo efectuado por el carro de combate constituyera un ataque, represalia o acto o amenaza de violencia con la finalidad de aterrorizar a los periodistas⁽³¹⁾».

Al año siguiente, el 21 de mayo del 2009, el Juez de la Audiencia Nacional Santiago Pedraz reabrió la causa contra estos tres militares, alegando que, habían aparecido nuevas pruebas relevantes indicadoras de la comisión de un delito contra la comunidad

(29) Sala 2.ª de lo Penal. Tribunal Supremo. Sentencia n.º 296/2015 de 6 de mayo de 2015. Fundamento cuadragésimo.

(30) Juzgado Central de Instrucción n.º 1. Audiencia Nacional. Auto de Procesamiento 27/2007.

(31) Sala de lo Penal Sección 2.ª. Audiencia Nacional. Auto de 13 de mayo 2008.

internacional de los recogidos en el art. 23.4 de la LOPJ. Esta decisión, fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal. Recurso que fue estimado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 14 de julio del 2009, provocando que el Juzgado Central de Instrucción n.º 1, el 16 de julio del 2009 dictara Auto de conclusión del sumario.

Este Auto, fue recurrido, y se dejó sin efecto el 13 de julio de 2010, por sentencia de la Sala de lo Penal Sección 1.ª del Tribunal Supremo, al defenderse que «en el proceso se habían producido quebrantamientos de forma, e infracción de ley y de precepto constitucional⁽³²⁾». Lo que provocó, que, por tercera vez, el 4 de octubre del 2011, se dictara Auto de procesamiento contra estos tres cargos del ejército estadounidense. Esta vez por un delito contra la comunidad internacional, en concreto contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y otro de homicidio. Tipos delictivos recogidos tanto en el Código Penal como en los artículos 146 y 147 del IV Convenio de Ginebra, del que España es parte.

En este punto, por un lado, cabe señalar que como ya he mencionado al comienzo del trabajo, en el 2014 se modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo referente al Principio de Justicia Universal, en concreto en lo relativo a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado se añade el requisito de que «el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas⁽³³⁾», es decir independientemente de la nacionalidad de las víctimas.

Sin embargo, por otro lado, el IV Convenio de Ginebra, recoge en su art. 146 el derecho de cada Estado parte a «buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquiera de las infracciones graves, y hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad⁽³⁴⁾».

Nos encontramos aquí ante un choque de regulaciones que, en un principio, se solucionaba aplicando el principio de prevalencia de los Tratados Internacionales, en función del cual, una norma de derecho interno no tiene capacidad para modificar el contenido de una norma internacional. Así pues, y tal y como recogió el Juzgado Central de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional en el Auto de 17 de marzo del 2014, en aplicación del IV Convenio de Ginebra los Tribunales españoles si son competentes para conocer del Caso Couso.

Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 6 de mayo de 2015, en el caso Tíbet, analizó la relación existente entre el precepto de la LOPJ y el IV Convenio de Ginebra, y cómo dicha relación debía de entenderse tras la reforma del 2014 señalando:

En primer lugar, que cuando el art. 146 del Convenio de Ginebra menciona la existencia de una obligación de perseguir al autor de los hechos delictivos y de hacerlo

(32) Sala de lo Penal Sección 1.ª. Tribunal Supremo. Sentencia 13 de julio 2010.

(33) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo). Artículo 23 apartado 4 letra a

(34) IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949). Artículo 146

comparecer ante los tribunales nacionales, está recogiendo una obligación de todos los Estados en los que el autor se encuentre, no solo la de España.

En segundo lugar, que la propia Convención en su disposición final 27, señala que no existe un choque entre el art. 23.4 de la LOPJ y su texto, ya que cuando ésta regula el Principio de Justicia Universal solo lo hace «referido a los supuestos en que los responsables se encuentren en el territorio del Estado firmante, pues su contenido y finalidad es evitar que ninguno de estos responsables pueda encontrar refugio en un país firmante de la Convención⁽³⁵⁾»

Y, en tercer lugar, que indudablemente, en los casos en los que se investigan delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, es de aplicación el Art. 23.4 de la LOPJ, y por tanto los Tribunales españoles «carecen de jurisdicción, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas⁽³⁶⁾».

Este tercer pronunciamiento del TS provocó que el Ministerio Fiscal solicitara en el Caso Couso la interrupción de las actuaciones. Ante lo que el Juzgado de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional respondió, el 9 de julio del 2015, decretando concluso el sumario y alegando que, si bien en España la jurisprudencia no tiene fuerza de norma legal, el hecho de que la sentencia del Caso Tíbet se hubiera aprobado por el pleno del Supremo y en ella se recogiera que la misma es de aplicación a todos los casos similares, la dota de cierta relevancia convirtiéndola en casi «norma legal» de obligado cumplimiento.

En resumen, y como consecuencia de la reforma de la LOPJ en el 2014, el Caso Couso, a pesar de versar sobre la muerte de un nacional español y del gran número de recursos interpuestos, ha quedado sobreesido a la espera de que aparezcan nuevos elementos que otorguen la competencia a los tribunales españoles.

3. Asunto de la Flotilla de la Libertad

Dentro de los asuntos que se han visto afectados por la reforma de la LOPJ del 2014, destaca el Caso de la Flotilla de la Libertad. De forma similar a lo que ocurre en los dos anteriores, la nueva reforma del Principio de Justicia Universal afecta directamente en este proceso a la competencia de los tribunales españoles.

El 23 de julio del 2010, se presentó querrela contra miembros del ejército israelí por hechos que podría considerarse como crímenes de guerra y contra la humanidad, de

(35) IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949). Disposición Final 27.

(36) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo). Artículo 23 apartado 4 letra a

los recogidos en el Art. 23.4 de la LOPJ, abriéndose diligencias previas por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional.

En esta investigación, se constata que los hechos querellados efectivamente podrían calificarse como crímenes de guerra susceptibles de conocimiento por los tribunales españoles, no por el art 23.4. a y b de la LOPJ donde se exige como nexo de unión con España el enjuiciamiento de un nacional, de un extranjero residente en España o de un extranjero localizado en España, pero sí por lo contenido en su letra p, donde se abre la posibilidad de perseguir delitos internacionales en función de un Tratado o Convenio del que España sea parte.

Sin embargo, el Juzgado Central de Instrucción también constató que existía en Turquía una investigación abierta sobre los mismos hechos, cuestionándose así su competencia para conocer y decidiendo remitir las actuaciones al Tribunal Supremo para que «valorara la existencia de un procedimiento de investigación de los hechos por parte de las Autoridades de Turquía –como país con jurisdicción sobre parte del lugar de comisión de los hechos– o de Israel –como país de nacionalidad de los querellados–⁽³⁷⁾».

Por su parte, el Ministerio Fiscal señaló la incompetencia de los Tribunales españoles en el asunto al no darse en el Caso de la Flotilla de la Libertad «ninguno de los presupuestos establecidos en el actual art. 23.4 LOPJ, conforme a la jurisprudencia existente⁽³⁸⁾», añadiendo además que la existencia de investigaciones sobre los mismo hechos por parte de otro Estado, impedían, en cumplimiento del principio de litispendencia, el conocimiento por parte del Estado español.

El Auto del Supremo, de conformidad con el Ministerio Fiscal, desestima la competencia española alegando, que para que los Tribunales españoles puedan conocer de una causa que está siendo investigada por otro Estado, debe razonada y fundadamente, demostrarse:

- «Que la investigación o actuaciones judiciales, en el otro país, tenga por finalidad sustraer a la persona de su responsabilidad penal
- Que haya existido una demora injustificada con la misma finalidad
- Que el juicio y en consecuencia la sentencia, no haya sido imparcial ni independiente, buscando la consecuencia de la exoneración del culpable⁽³⁹⁾».

Supuestos que, señala el Supremo, no han sido probados por el Juzgado Central de Instrucción debido a que los argumentos aportados por éste han sido verdaderamente escasos.

A esta resolución, le siguió otro Auto, el 10 de junio del 2015, del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional. En él utilizando como base la resolución del Supremo 296/2015 (Caso Tíbet), se rechaza la competencia de los Tribunales

(37) Sala 2.ª de lo Penal. Tribunal Supremo. Auto 20093/2015 de 8 de abril del 2015. Hecho primero.

(38) Sala 2.ª de lo Penal. Tribunal Supremo. Auto 20093/2015 de 8 de abril del 2015. Hecho segundo.

(39) ESTEVE MOLTÓ J.E, PIERNAS LÓPEZ J.J., VÁZQUEZ SERRANO I.: «Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de derecho internacional público». *Anuario español de derecho internacional*. Vol. 31, 2015. Pág. 383.

españoles para para conocer del Caso de la Flotilla de la Libertad, y, en consecuencia, se procede al archivo de las actuaciones hasta que aparezcan elementos nuevos que permitan su continuación.

En este punto, hay que señalar el porqué de la aplicación directa de la resolución del Supremo en el Caso Tíbet a este proceso, y ese que, en la Disposición Final 24 de la Sentencia del Tíbet, cuando se examina la subsidiariedad de la regulación contenida en los Tratados Internaciones respecto a los delitos que se recogen en el art. 23.4 de la LOPJ, el TS señala que lo contenido en esa sentencia afecta al resto de sentencias. En concreto recoge que «debe establecerse con claridad y firmeza, para éste y para otros supuestos similares, que el apartado p) del art. 23 4.º de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, y concretamente a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado⁽⁴⁰⁾». Es decir que dentro de la redacción del Art. 23.4 priman los límites territoriales recogidos en cada sub-apartado sobre lo contenido en su letra p.

Este pronunciamiento, en el Caso de la Flotilla de la Libertad, supuso que el argumento sostenido desde un principio por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 dejara de tener validez. Este Juzgado defendía desde el comienzo de la investigación, que a pesar de que no se cumplieran los requisitos de unión respecto a la nacionalidad, residencia o localización del enjuiciado recogidos en el Art. 23.4 a y b de la LOPJ, como estos delitos estaban reconocidos en el IV Convenio de Ginebra se cumplía con lo recogido en el Art 23.4.p, y en consecuencia la competencia seguía siendo de los Tribunales españoles.

En concreto en esta letra p se señala la competencia española para conocer de «cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España»⁽⁴¹⁾, lo que según el Juzgado Central de Instrucción suponía que, dado que estos delitos estaban recogidos en un Convenio Internacional del que España era parte, en concreto el IV Convenio de Ginebra, la competencia para conocer de tales hechos recaía sobre los Tribunales españoles.

Sin embargo, tras el pronunciamiento del Supremo en el Caso Tíbet, se determina claramente la subsidiariedad del contenido de la letra p frente a lo recogido en el resto de apartados del Art. 23.4 de la LOPJ, echando por tierra lo defendido por el Juzgado Central de Instrucción y provocando en consecuencia el archivo de las actuaciones en el Caso de la Flotilla de la Libertad.

4. Caso Carmelo Soria

Una vez analizados varios procesos que se han visto afectados por la reforma de la LOPJ del 2014, analizaré a continuación un caso que a pesar de los cambios en el

(40) Sala 2.ª de lo Penal. Tribunal Supremo. Sentencia n.º 296/2015 de 6 de mayo de 2015. Disposición Final 24.

(41) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo). Artículo 23 apartado 4 letra p

concepto del Principio de Justicia Universal ha logrado demostrar el nexo de unión con España y no han sido archivados. El caso Carmelo Soria

En 1976 el español Carmelo Soria fue asesinado en Chile por miembros de la Dirección de Inteligencia Nacional Chilena, dentro de lo que se conoce como «Operación Cóndor».

En el 2010 el Ministerio Fiscal presentó ante el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional una querrela en la que se denunciaba este hecho calificándolo como un posible delito de terrorismo. El Juzgado Central de Instrucción admitió la querrela y ordenó las diligencias previas, pero tras la reforma del 2014 de la LOPJ y habida cuenta de que los Tribunales Chilenos habían abierto una investigación sobre el caso, decidió en febrero del 2015 elevar la causa al Supremo para que se pronunciara sobre la competencia española en el caso.

En un primer pronunciamiento, mediante Auto de 8 de abril del 2015, el Tribunal Supremo decide no pronunciarse acerca de la competencia o no de España en el Caso Carmelo Soria, al señalar que por parte del Juzgado de Instrucción no se habían aportado argumentos suficientes como para poder decir sobre el tema.

Ante esta decisión del Supremo, el 26 de mayo responde el Juzgado Central de Instrucción mediante Auto enriqueciendo su argumento a favor de la competencia española y solicitando de nuevo al Tribunal Supremo que se pronuncie sobre la causa. En este Auto el Juzgado de Instrucción defiende la competencia española en base, por un lado, a la pasividad de la jurisdicción chilena, y, por otro lado, al cumplimiento de los requisitos del art 23.4. e.1.º de la LOPJ, al tratarse el Caso Carmelo Soria de un asunto sobre unos hechos que se han calificado como un presunto delito de terrorismo contra un nacional español.

El 20 de octubre del 2015, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, contestó a esta solicitud del Juzgado Central de Instrucción argumentando que, tal y como había quedado expuesto por aquel Juzgado, los hechos investigados eran calificables como un presunto delito de terrorismo cometido contra un español, por lo que se cumplía en el Caso de Carmelo Soria el requisito recogido en el Art. 23.4.e de la nueva LOPJ de que la víctima del acto terrorista fuera nacional español y en consecuencia, la competencia para conocer del caso correspondería a los Tribunales Españoles.

Además, en lo relativo al Art. 23.5 de la LOPJ, donde se recoge la subsidiariedad de la competencia española en caso de que otro Estado este conociendo de los mismos hechos, señalaba el Supremo que, aunque si es cierto que los Tribunales del lugar donde se cometieron los hechos están investigando la causa, se da «uno de los presupuestos de excepción de la subsidiariedad, en concreto que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia⁽⁴²⁾» y por tanto en el Caso de Carmelo Soria tal y como había alegado el Juzgado Central de Instrucción no había lugar a aplicar el principio de subsidiariedad frente a los Tribunales chilenos.

(42) Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Auto. Recurso N.º 20092/2015 de 20 de octubre de 2015. Razonamiento Jurídico Segundo.

Por todo ello y en consecuencia el Tribunal Supremo ratificó «la jurisdicción de los tribunales españoles para continuar conociendo de los hechos objeto de investigación en el Caso Carmelo Soria⁽⁴³⁾».

5. Asunto del Sáhara

Siguiendo con la línea de los dos anteriores, analizaré en este apartado el Asunto del Sáhara, pues se trata también de un asunto que, a pesar de la reforma de la LOPJ del 2014, a día de hoy sigue siendo investigado por España.

En 2006, la Asociación de Familiares de Presos y Desaparecidos Saharauis (AFAPRE-DESA), presentó una querrela contra 32 altos cargos del Ejército de Marruecos y del Frente Comisario por actos cometidos contra la población saharauí durante 1975 a 1990 en el Sáhara Occidental. En este escrito, que fue admitido a trámite por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5, se denunciaban hechos que podían calificarse como presuntos delitos de genocidio, asesinato, lesiones y detenciones ilegales. Tres años después, en agosto del 2009, mediante Auto se redujo el número de querrelados a 14.

Dentro de esta investigación es descabale el Informe del Ministerio Fiscal de 22 de diciembre de 2014, ya que a lo largo de sus diferentes apartados se va desgranando, por un lado, por qué los actos denunciados a pesar de haberse cometido en el Sáhara Occidental deben de ser enjuiciados por los Tribunales Españoles, y por otro lado en base a la concepción jurídica que el Código Penal Español hace de cada tipo de delito, por qué los tipos denunciados encajan dentro de la concepción que el Código tiene de ellos.

La fiscalía, una vez analizada la evolución histórica del territorio del Sáhara Occidental y en base al Tratado de París entre España y Francia considera a este territorio dependiente de España hasta el momento en el que se produzca el desarrollo pleno de su gobierno. Y por tanto, en base a lo recogido en los Arts. 73 y 74 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, España tiene la obligación, entre otras, «de fomentar la paz y la seguridad internacionales y de asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso⁽⁴⁴⁾», y en consecuencia sus tribunales tienen competencia para conocer de los hechos cometidos contra el pueblo saharauí entre 1975 a 1990, en aras a asegurar su protección.

Por otro lado, la fiscalía analiza los hechos descritos tipificándolos como genocidio, desaparición forzada, contra la libertad sexual, tortura, detención ilegal y asesinato, atribuyéndoselos presuntamente a Abdelhafid Ben Hachem, Abdelhak Lemdaour, Driss Sbai, Said Ouassou, Hassan Uychen, Brahim Ben Sami, Hariz El Arbi, Lamarti, Muley Ahmed Albourkadi, Bel Laarabi y Abdelghani Loudghiri.

(43) Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Auto. Recurso N.º 20092/2015 de 20 de octubre de 2015. Parte Dispositiva.

(44) Carta de las Naciones Unidas (1945), Art. 73.

El 2 de febrero del 2015, mediante Auto, se acuerda la incoación de las actuaciones, y en consecuencia el 9 de abril del 2015, el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 mediante Auto, y basándose en los razonamientos expuestos en el informe del Ministerio Fiscal, decretó la «búsqueda, detención e ingreso en prisión de Abdelhafid Ben Hachem, Abdelhak Lemdaour, Driss Sbai, Said Ouassou, Hassan Uychen, Brahim Ben Samiy Hariz El Arbi y Lamarti librándose las oportunas órdenes internacionales de detención contra los procesados, para su ulterior extradición⁽⁴⁵⁾». Señalando, además, que «no ha lugar por el momento procesar a Housni Benslimane, Najib Ben Hima, Moustafa Hamdaoui, Muley Ahmed Albourkadi, Bel Laarabi y Abdelghani Loudghiri⁽⁴⁶⁾».

Así pues, cabe hacer hincapié en el Caso del Sáhara ya que a pesar de que el asunto versa sobre crímenes internacionales de los englobados en el Art. 23.4 de la LOPJ, no cumpliéndose el requisito recogido en su nueva regulación de «que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas⁽⁴⁷⁾», a día de hoy sigue siendo investigado por los tribunales de España.

Y es que, aunque los delitos por los que se está procesando a los miembros del Ejército marroquí y del Frente Comisario sea genocidio, desaparición forzada, contra la libertad sexual, tortura, detención ilegal, tal y como argumentó el Ministerio Fiscal y posteriormente ratificó el Juzgado Central de Instrucción, dado que el Sáhara Occidental a día de hoy se considera un territorio no autónomo dependiente de España, se le considera territorio español de iure y en consecuencia para que los Tribunales españoles puedan conocer de la causa no es necesario que se cumplan los requisitos de ese Art. 23.4 de la LOPJ.

6. Boko Haram

En último lugar analizaré el Caso de Boko Haram como ejemplo de un proceso que ha comenzado a ser investigado por los Tribunales españoles tras la nueva redacción del Art. 23.4 de la LOPJ.

En abril del 2015 el Ministerio Fiscal español presentó una querrela contra Abubakar Shekau, líder del grupo terrorista Boko Haram, denunciando unos hechos, calificables según la fiscalía como posibles delitos de lesa humanidad y terrorismo, cometidos el 22 de marzo del 2013 en Nigeria. En la querrela se argumentaba que, en base a la nueva redacción del Art. 23.4.e de la LOPJ y dado que una de las víctimas de estos ataques era una religiosa con nacionalidad española, los Tribunales españoles debían de conocer de la causa. El 27 de mayo del 2015, mediante Auto, el Juzgado Central de Instrucción

(45) Juzgado Central de Instrucción n.º 5. Auto de 9 de abril de 2015. Parte dispositiva

(46) Juzgado Central de Instrucción n.º 5. Auto de 9 de abril de 2015. Parte dispositiva

(47) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo). Artículo 23 apartado 4

n.º 4, admitió la querrela contra Abubakar Shekau, por presuntos delitos de terrorismo y lesa humanidad.

Cabe destacar este pronunciamiento del Juzgado de Central de Instrucción porque en él se revisa en profundidad todos los requisitos que la nueva redacción de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige respecto a los delitos de terrorismo y lesa humanidad.

- En primer lugar, el Juzgado de Instrucción señala que comparte la calificación que por parte de la fiscalía se hacía de los hechos cometidos en Nigeria «con el carácter provisorio que cualquier calificación merece en el presente estadio pre-procesal, de delito de pertenencia o integración a organización terrorista, previsto y penado en el Art. 571 del CP, de un delito de terrorismo previsto y penal en el artículo 572,2, 3 del mismo texto legal, y en forma conexa, en base a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 65,1 de la LOPJ, de un delito de lesa humanidad, previsto y pernal en el Art. 607 del Código Penal⁽⁴⁸⁾».
- En segundo lugar, que, «a la vista del escrito de querrela presentado por el Ministerio Fiscal, de los hechos relatados en la misma se desprende la posible existencia de una víctima de nacionalidad española⁽⁴⁹⁾», cumpliéndose por tanto con los nuevos requisitos recogidos en el Art. 23.4.e de la LOPJ, donde se exige en lo relativo a la competencia de los tribunales españoles para el delito de terrorismo que la víctima sea española.
- En tercer lugar y en aplicación del requisito recogido en el Art. 23.5. de la LOPJ, donde se recoge que las actuaciones españolas están supeditadas a que los hechos no estén siendo conocidos por otro Estado. Se constata que efectivamente no existe investigación de tales acontecimientos en ningún otro país, por lo que se podría otorgar la competencia a los Tribunales Españoles.
- Y en cuarto y último lugar que, al presentarse la querrela para la investigación del caso por parte de Ministerio Fiscal, se está igualmente cumpliendo con el requisito recogido en el Art 23.6 de la LOPJ donde se exige «previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal⁽⁵⁰⁾».

Razones todas ellas por las que finalmente se admite la competencia de los Tribunales españoles para conocer del Caso Boko Haram.

Ahora bien, por todo ello y a modo de resumen, una vez analizados los diferentes casos se puede concluir que; Si bien la nueva redacción de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene como consecuencia directa el archivo en España de varias causas sobre crímenes contra la humanidad, no siendo pocos los pronunciamientos del Supremo que avalan dichos archivos. Esta reforma ni pone fin a todos los procesos ni cierra las puertas a la apertura de nuevos casos. Simplemente, requiere el cumplimiento de unos requisitos más estrictos que conllevan el estudio exhaustivo de la existencia de un nexo de conexión directo entre los hechos y España.

(48) Juzgado Central de Instrucción n.º 4. Auto de 27 de mayo de 2015. Razonamiento Jurídico Primero.

(49) Juzgado Central de Instrucción n.º 4. Auto de 27 de mayo de 2015. Razonamiento Jurídico Primero.

(50) Ley Orgánica del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo). Artículo 23 apartado 6.

Nexo que cabe señalar, varía en función del crimen contra la humanidad que se esté investigando, lo que en la práctica supone la existencia de desigualdades entre los diferentes procesos, muchas veces incluso aunque las víctimas sean españolas.

V. CONCLUSIONES

Finalmente, del análisis de la situación actual del Principio de Justicia Universal en España, se puede concluir que:

- Desde la aparición del Principio de Justicia Universal en España en 1985 hasta la reforma del 2009, el legislador concebía este Principio como absoluto, pleno e ilimitado, siendo su razón de ser la defensa de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Comunidad Internacional, elementos que, dada su importancia, implícitamente obligaban a los Tribunales españoles, en caso de ataque, a enjuiciarlos.
- La Ley Orgánica 1/2014 fue el punto de inflexión respecto a la Justicia Universal en España. Con ella se pone fin a la concepción absoluta del Principio y se configura un nuevo mecanismo basado en la existencia de un interés directo entre los hechos enjuiciados y España, interés basado en determinados criterios de territorialidad.
- Si bien todos los crímenes internacionales recogidos en la LOPJ tras la reforma del 2014 están limitados al cumplimiento de ciertos requisitos territoriales, no todos los delitos están igualmente restringidos, lo que, en la práctica, da lugar a desigualdades.
- En general, la nueva redacción del Artículo 23 de la LOPJ ha sido acogida con cierta cautela, llegando a plantearse su constitucionalidad, pero tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han respaldado su contenido, postulándose a favor de un nuevo concepto de Principio de Justicia Universal limitado a la existencia de un interés directo entre los hechos y España.
- Además, es cierto que en términos generales, la aplicación de la nueva concepción del Principio de Justicia Universal, ha provocado el archivo de un gran número de causas, pero no todos los procesos han sido archivados, siendo los que versan sobre el terrorismo, al exigirse frente a este delito unos requisitos menos restrictivos, los que con un mayor éxito logran continuar.
- Del mismo modo, la nueva redacción del Principio tampoco impide la apertura de nuevos casos, como se demostró con el Caso Boko Haram, siempre que se cumplan con los nuevos requisitos exigidos, el enjuiciamiento por parte los Tribunales Españoles es posible.

En definitiva, el cambio en el Principio de Justicia Universal tras el 2014 supuso una restricción en su aplicabilidad es algo más que evidente, sin embargo, los cambios en él introducidos no suponen el fin del Principio de Justicia Universal en España, si no, simplemente su limitación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ESTÉVEZ J. B. «La tipificación del delito internacional en El Estatuto de la Corte Penal Internacional», *A.E.D.I.*, vol. XXV, 2009, Pág. 175-23.
- APDHE, «Manifiesto on the law reform introducing limitations to the exercise of universal justice», *Movimiento Mundial de los Derechos Humanos*, 2009
- BONET ESTEVA M. «Principio de justicia universal: de Modelo absoluto a modelo» *Instituto Español de Estudios Estratégicos. Documento de Opinión*, N.º 123/2015, 2015.
- ESTEVE MOLTÓ J. E. «El reconocimiento del principio de la jurisdicción universal en la sentencia de 26 de septiembre de 2005 del Tribunal Constitucional». *Derecho y realidad*, vol. 18, 2011.
- ESTEVE MOLTÓ J. E, PIERNAS LÓPEZ J. J., VÁZQUEZ SERRANO I.: «Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de derecho internacional público». *Anuario español de derecho internacional*. Vol. 31, 2015.
- GARCÍA SÁNCHEZ B.: *El principio de justicia universal en el ordenamiento interno e internacional. Límites a la ley penal en el Espacio*. Madrid, 1.ª ed, Atelier, 2004.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J. *El principio de Justicia Universal*. Grandes Tratados: Tratado de Derecho Procesal. Pamplona. 6.ª ed. Aranzadi, 2014.
- OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia Universal para crímenes internacionales*. Madrid, La ley, 2008, págs. 200 y ss.
- PÉREZ CEPEDA A. I. *Principio de Justicia Universal versus Principio de jurisdicción penal internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.



EL APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO DEL PAGO DE DEUDAS TRIBUTARIAS: ÚLTIMAS MODIFICACIONES

CRISTINA JIMÉNEZ FERNÁNDEZ-AHUJA

Universidad de Oviedo

RESUMEN

El aplazamiento y fraccionamiento del pago de deudas tributarias: últimas modificaciones

El presente trabajo tiene como finalidad el análisis de las principales modificaciones operadas en el régimen de aplazamiento y fraccionamiento del pago de deudas tributarias.

El estudio comienza con una referencia a la normativa aplicable en la materia y un examen del impacto que la reciente crisis económica ha tenido sobre estas instituciones. A continuación, nos centramos en varios de los puntos más controvertidos de la nueva regulación, como son las categorías de deudas tributarias no aplazables ni fraccionables y el endurecimiento de la actitud de los órganos de recaudación en la observancia de los requisitos para su concesión que debe cumplir el solicitante. Por último se hace referencia a las distintas fases del procedimiento administrativo para la concesión de aplazamientos y fraccionamientos.

Palabras clave: Impago, deuda, crisis económica, aplazamiento.

ABSTRACT

The postponement and fractionation of the tax debts payment: last modifications

This work has as an objective the analysis of the principal modifications carried out in the regulation of the deferral and division of payments of fiscal debt. The study begins with reference to the laws applicable to the subject and an examination of the impact of the recent economic crisis on these institutions. The focus then shifts to various more controversial areas of the new regulations. For example, the categorisation of fiscal debts that can be neither deferred nor divided and the hardening attitude of the tax collecting bodies to the completion of the prerequisites for concessions by applicants. Finally, this work deals with the different phases of the administrative process for deferral or division concessions.

Keywords: Unpaid, debt, economic crisis, postponement.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO DE DEUDAS TRIBUTARIAS LA ACTUALIDAD.
 1. *Marco normativo.*
 2. *Impacto de la crisis económica y evolución del régimen de aplazamientos y fraccionamientos.*
 3. *La reforma en el régimen de pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades.*
- III. DEUDAS APLAZABLES Y FRACCIONABLES.
 1. *Supuestos de deudas no aplazables ni fraccionables anteriores al RDL 3/2016.*

2. *Régimen aplicable a las retenciones e ingresos a cuenta.*
3. *Nuevos Supuestos de deudas no aplazables ni fraccionables tras el RDL 3/2016.*
 - 3.1. Deudas suspendidas con ocasión de un recurso o reclamación.
 - 3.2. Tributos repercutidos.
 - 3.3. Pagos fraccionados.

IV. REQUISITOS.

1. *Interdicción de la arbitrariedad y necesidad de motivación.*
2. *Dificultades económico-financieras transitorias.*
3. *Constitución de garantías.*

V. EL PROCEDIMIENTO AUTOMATIZADO EN LA TRAMITACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO.

VI. CONCLUSIONES.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

1. *Jurisprudencia.*
2. *Legislación.*
3. *Otros.*

I. INTRODUCCIÓN

En principio, las deudas tributarias deben pagarse en los plazos previstos legalmente en el artículo 62 LGT o, en su caso, en la normativa de cada tributo. Sin embargo, la Administración puede conceder, con carácter excepcional, el aplazamiento o fraccionamiento del pago de la deuda, previa solicitud del obligado tributario y siempre que acredite que se encuentra en una situación de dificultad económico-financiera de carácter transitorio y garantice adecuadamente la deuda aplazada o fraccionada.

Esta potestad administrativa facilita el cumplimiento de las obligaciones tributarias a aquellas personas, tanto físicas como jurídicas, que se encuentren con problemas de tesorería o liquidez. Es por ello que, a consecuencia de la reciente crisis económica y las dificultades atravesadas por empresas y ciudadanos, se ha producido un gran incremento de las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento. En un primer momento, la Administración adoptó una postura flexible en la concesión de estas facilidades de pago, con el fin de ayudar a la supervivencia y continuidad de la actividad empresarial y profesional del obligado tributario. Sin embargo, la voluntad de la Administración Tributaria de aumentar sus ingresos, en gran parte derivada de las exigencias comunitarias para cumplir los objetivos de reducción del déficit público, unida al carácter masivo y sistemático de las solicitudes, han llevado a un cambio en la tendencia que se venía siguiendo. En efecto, estas circunstancias pusieron de manifiesto la necesidad de endurecer las condiciones para acceder a un aplazamiento o fraccionamiento.

Son varios los puntos de actuación en los que se ha centrado la Administración en los últimos años. Especial mención merece la última modificación operada por el Real Decreto-ley 3/2016, cuya aprobación fue consecuencia directa del gran aumento de las solicitudes de aplazamiento que se produjo tras la modificación del régimen de pagos

fraccionados del Impuesto sobre Sociedades a través del Real Decreto-ley 2/2016. Con este Decreto-Ley se amplían las deudas no susceptibles de aplazamiento y fraccionamiento. Acompañando a esta reforma, la Agencia Tributaria ha publicado dos instrucciones a través de las cuáles pretende la adecuación de los criterios administrativos para la resolución de aplazamientos y fraccionamientos.

En este contexto, el presente trabajo tiene como finalidad el análisis de las principales modificaciones operadas en el régimen de aplazamientos y fraccionamientos en los últimos años. Para ello, partiremos del examen de la normativa aplicable y de los efectos de la reciente crisis económica en esta materia. A continuación nos centraremos en el estudio de los diferentes supuestos de deudas no aplazables ni fraccionables, los requisitos legales para la concesión de estas facilidades de pago y, por último, haremos referencia al procedimiento administrativo y sus distintas fases. Por último, finalizaremos con un capítulo de conclusiones.

II. EL APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO DE DEUDAS TRIBUTARIAS LA ACTUALIDAD

En principio, las deudas tributarias deben pagarse en los plazos a los que se refiere la ley, que serán, en el caso de deudas resultantes de una autoliquidación, los que se establezcan en la normativa de cada tributo y, en el caso de deudas derivadas de liquidaciones realizadas por la propia Administración, los recogidos en el artículo 62.2 LGT.

No obstante, la legislación permite el diferimiento del pago de las deudas tributarias a través de dos figuras:

- **Aplazamiento:** supone un diferimiento total del pago de la deuda a través de una ampliación del plazo para realizar el ingreso.
- **Fraccionamiento:** implica un diferimiento por medio de la división del pago de la deuda de carácter temporal, procediendo al abono de la misma en las fechas establecidas. Realmente se trata de un aplazamiento en el que el pago se realizar en varios plazos parciales.

El Tribunal Supremo ha señalado en una sentencia del año 2007 que el aplazamiento o fraccionamiento constituye una modalidad de pago, de tal forma que si un contribuyente presenta una declaración-autoliquidación *«sin pagar en ese momento la deuda tributaria, pero solicitara simultáneamente su aplazamiento o fraccionamiento, estaría ofreciendo el pago de la misma, pero con condiciones distintas, y si la Administración Tributaria le aceptara éstos (aplazamiento o fraccionamiento) u otros diferentes, y los cumpliera, habría “pagado” su deuda⁽¹⁾»*.

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007, Sala 3.^a, Sección 2.^a. Rec. 186/2002 (FJ 3)

1. Marco normativo

La normativa aplicable en materia de aplazamiento y fraccionamiento de deudas tributarias tiene como punto de partida las disposiciones de la **Ley General Tributaria (LGT)**, que se completan con las contenidas en el **Reglamento General de Recaudación (RGR)**.

Las últimas modificaciones de este marco normativo han sido introducidas a través del **Real Decreto-ley 3/2016 (RDL 3/2016)**⁽²⁾, que otorgó una nueva redacción al artículo 65.2 LGT. El Gobierno justificó el empleo de este instrumento normativo –un Real Decreto-ley– en la necesidad de alcanzar los objetivos de reducción del déficit público marcados por la Unión Europea⁽³⁾. Sin embargo, puede cuestionarse si este argumento entra dentro del concepto de «extraordinaria y urgente necesidad» que constituye el presupuesto habilitante al que se refiere el artículo 86 CE para la utilización de un decreto-ley. Por otro lado, aun en caso de admitirse la concurrencia de las exigencias de extraordinaria y urgente necesidad, podría discutirse si resulta adecuado recurrir a esta figura para la modificación de la LGT o, por el contrario, va más allá de los límites marcados en la Constitución.

La reforma tributaria operada por el RDL 3/2016 puso de manifiesto la necesidad de actualizar y revisar los criterios administrativos vigentes en materia de aplazamiento y fraccionamiento de deudas para adecuarlos a la nueva regulación. Para abordar esta cuestión, la Administración tributaria dictó dos instrucciones en enero de 2017:

- Instrucción 1/2017, de 17 de enero, de la dirección general de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se procede a dejar sin efecto la Instrucción 6/2006, de 23 de noviembre de 2006, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago
- *Instrucción 1/2017, de 18 de enero, de la Directora del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago.*

La publicación de estas Instrucciones ha sido criticada por la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF), quienes consideraron que este instrumento normativo no es el adecuado para llevar a cabo la canalización e interpretación del régimen de aplazamientos y fraccionamientos contenido en la LGT⁽⁴⁾.

(2) Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social

(3) Según dispone la Exposición de Motivos del RDL 3/2016, «la adopción con carácter inmediato de nuevas medidas de índole económica y tributaria, que coadyuven al cumplimiento sostenido de los objetivos de déficit público para los periodos 2017 y siguientes, justifica la utilización de la figura normativa del real decreto-ley, al concurrir la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española, requisito imprescindible como ha recordado la jurisprudencia constitucional».

(4) Noticia de prensa «Los asesores fiscales critican la vía de Hacienda para suavizar los aplazamientos», disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2017/01/17/actualidad/1484677576_183147.html (consultado el 3 de junio de 2017).

2. Impacto de la crisis económica y evolución del régimen de aplazamientos y fraccionamientos

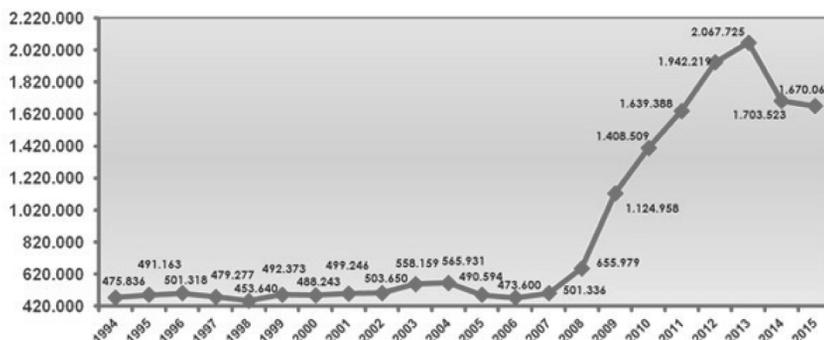
La reciente crisis económica ha dado lugar a un importante cambio en la tendencia que se había venido siguiendo en lo que a las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de deudas tributarias se refiere. Este cambio ha sido consecuencia de las dificultades de tesorería experimentadas por las empresas y el consiguiente riesgo de incurrir en una situación de concurso de acreedores. A esta causa se unen, además, las restricciones a la concesión de créditos por parte del sector financiero.

Todo ello generó un escenario de incertidumbre en el que las empresas se encontraron con grandes problemas a la hora de hacer frente a las obligaciones del tráfico ordinario, entre las que se incluía el pago de deudas tributarias. Se produjo, por tanto, un gran aumento del número de solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de pago de tributos. Esta circunstancia, según apunta SÁNCHEZ PINO, obligó al legislador a adoptar medidas *«que han tenido por objeto facilitar la gestión en materia de aplazamiento y fraccionamiento del pago de la deuda tributaria»*⁽⁵⁾.

Como se muestra en el gráfico 1.2.1., el incremento de solicitudes comienza en el año 2007, si bien el más significativo tiene lugar en el año 2009, en el que se registró un aumento en el número de solicitudes de aplazamiento del 71.6% respecto al año anterior, pasando de 655.979 millones en el año 2008 a 1.124.958 millones en el 2009.

El mayor incremento en términos de importe también corresponde al año 2009, en el que se pasó de los 9.580 millones de euros aplazados en el 2008 a 15.096 millones en el 2009, registrando por tanto un incremento del 57.6% (gráfico 1.2.2.)

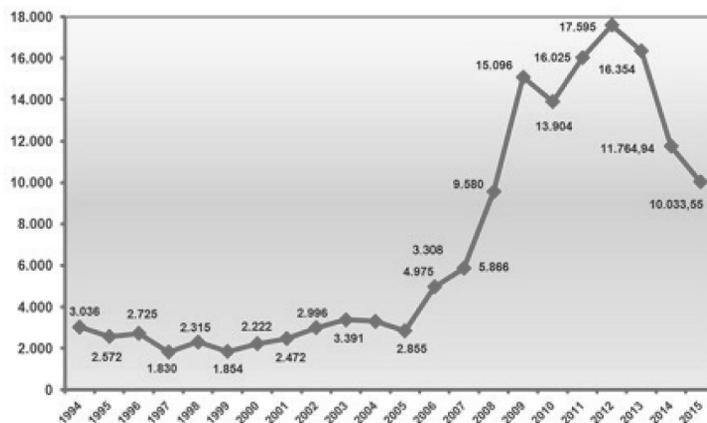
GRÁFICO 1.2.1 : EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE SOLICITUDES DE APLAZAMIENTO⁽⁶⁾



(5) Vid., SÁNCHEZ PINO, *Deudas tributarias susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento y presupuesto para su concesión*, ob.cit., p. 24.

(6) Fuente: Memoria 2015 de la Agencia Tributaria, disponible en http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Memorias_y_estadisticas_tributarias/Memorias/Memorias_de_la_Agencia_Tributaria/Memorias_de_la_Agencia_Tributaria.shtml (consultado el 2 de junio de 2017).

GRÁFICO 1.2.2: EVOLUCIÓN DEL IMPORTE DE APLAZAMIENTOS SOLICITADOS (IMPORTES EN MILLONES DE EUROS)⁽⁷⁾



En un primer momento, la reacción ante el gran incremento de las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento fue una inevitable flexibilización de los criterios y requisitos para su concesión por parte de la Administración tributaria, que tenía como finalidad atender las pretensiones de los obligados tributarios que se encontraban en dificultades económicas⁽⁸⁾.

Sin embargo, el increíble aumento de las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento llevó a la Administración a acometer un cambio en la tendencia que había venido siguiendo. En efecto, se llevaron a cabo modificaciones legislativas y se produjo un endurecimiento en la actitud de los órganos de recaudación en la concesión de aplazamientos. Estos cambios tenían como finalidad incrementar los ingresos tributarios y conseguir que las deudas se pagaran en los plazos establecidos en la legislación, así como evitar que la figura del aplazamiento o fraccionamiento fuera utilizada de forma sistemática e injustificada para conseguir una dilación en el pago del impuesto.

3. La reforma en el régimen de pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades

Pese al innegable impacto de la crisis económica, el detonante que llevó al Gobierno a dictar el RDL 3/2016 fue el gran aumento de solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de deudas tributarias que se produjo a raíz de la reforma del régimen de pagos fraccionados del Impuesto de Sociedades (IS).

(7) Fuente: Memoria 2015 de la Agencia Tributaria

(8) De este modo, ya en el Plan General 2009 se establecía la pretensión de potenciar las actuaciones «para conseguir la ultimación de las solicitudes en periodos de tiempo razonables que permitan, en el marco de la actual coyuntura económica, dar cumplimiento a las pretensiones de los contribuyentes, dentro del marco normativo vigente». (Resolución de 21 de enero de 2009, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan General de Control Tributario 2009)

En efecto, el 30 de septiembre de 2016, se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 2/2016, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público⁽⁹⁾, que añade una nueva disposición adicional a la LIS. La adopción de este decreto-ley se justificó, al igual que se hizo en el RDL 3/2016, en la necesidad de alcanzar los objetivos presupuestarios comunitarios⁽¹⁰⁾ y tenía como finalidad el incremento inmediato de la recaudación.

Su Exposición de Motivos dispone que para ello *«resulta imprescindible conseguir un incremento de los ingresos correspondientes al Impuesto sobre Sociedades, esfuerzo recaudatorio que se considera pertinente recabar de las grandes empresas, habida cuenta de que éstas poseen la capacidad contributiva necesaria para coadyuvar al sostenimiento de las finanzas públicas»*.

UCELAY SANZ señala que una medida de ingreso inmediato como la pretendida por el Gobierno, potencialmente se concentra en los pagos a cuenta de dos figuras tributarias: el IRPF y el Impuesto sobre Sociedades. Y, *«dado que es difícil imaginar una subida de las retenciones en el IRPF, (...) la medida de la subida de los pagos a cuenta en el Impuesto sobre Sociedades es la única opción posible, máxime cuando afecta (teóricamente) a pocos contribuyentes, a las grandes empresas»*⁽¹¹⁾.

Este nuevo régimen se aplica a los contribuyentes cuyo importe neto de la cifra de negocios en los 12 meses anteriores a la fecha en que se inicie el período impositivo fuera de al menos 10 millones de euros, y afecta a los pagos fraccionados que se determinen de acuerdo a la modalidad del apartado tercero del artículo 40 LIS. Concretamente se introducen las siguientes modificaciones:

- Se establece un pago fraccionado mínimo, que será el 23 por ciento del resultado positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural⁽¹²⁾.

Para las entidades de crédito y aquellas entidades que se dediquen a la exploración, investigación y explotación de yacimientos y almacenamientos subterráneos de hidrocarburos, este límite se elevará al 25 por ciento.

- Se modifica el cálculo del pago fraccionado, que pasa a ser el resultado de multiplicar por 19/20 el tipo de gravamen redondeado por exceso. Es decir, para las entidades que tributen al tipo general, será el 24 por ciento ($19/20 * 25 = 23.75$). Para las entidades de crédito, puesto que en virtud del artículo 29.6

(9) Real Decreto-ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público.

(10) El incumplimiento de España de estos objetivos se puso de manifiesto con la adopción de la Decisión (UE) 2016/1222 del Consejo, de 12 de julio, por la que se establece que España no ha tomado medidas eficaces para seguir la Recomendación de 21 de junio de 2013 del Consejo.

(11) *Vid.*, UCELAY SANZ, I. «Novedades introducidas en el Impuesto de Sociedades por el Real Decreto-ley 2/2012», *Carta Tributaria, Revista de Opinión*, Núm. 20, 2016 (p. 22).

(12) Se habla de una «resurrección» del pago mínimo, en cuanto que desde el año 2012 hasta 2015 existió un pago mínimo del 12% del resultado contable. *Vid.*, UCELAY SANZ, «Novedades introducidas en el Impuesto de Sociedades por el Real Decreto-ley 2/2012», pp. 24-25.

LIS tributan al 30 por ciento, el pago fraccionado será del 29 por ciento (19/20 * 30 = 28.5).

GRÁFICO 1.3.1 : RÉGIMEN DE PAGOS FRACCIONADOS DEL IS TRAS EL REAL DECRETO-LEY 2/2016⁽¹³⁾.

	Tipo de gravamen 2016	% Pago fraccionado sobre base con carácter general	Entidades con importe neto de negocios ≥ 10 millones €	
			% Pago fraccionado sobre base	Pago mínimo sobre resultado contable
Tipo general	25%	17%	24%	23%
Entidades de crédito	30%	21%	29%	25%
Entidades dedicadas a exploración, investigación y explotación de yacimientos de hidrocarburos	30%	21%	29%	25%
Entidades de nueva creación (primer periodo con base imponible positiva y el siguiente)	15%	10%	15%	23%
Cooperativas de crédito y cajas rurales	Resultado cooperativo: 25%	17%	24%	23%
	Resultado extracoop.: 30%	21%	29%	
Cooperativas fiscalmente protegidas	Resultado cooperativo: 20%	14%	19%	23%
	Resultado extracoop.: 25%	17%	24%	
Entidades sin fines lucrativos acogidas a Ley 49/2002	10%	7%	10%	n/a
SICAV				
Fondos de inversión	1%	0%	1%	n/a
Sociedades y fondos de inversión inmobiliaria				
Fondo de regulación del mercado hipotecario				
Fondos de pensiones	0%	0%	0%	n/a
SOCIMI	0%	0%	0%	n/a

Estas medidas, como señala COBOS GÓMEZ «*exigen un importante esfuerzo a las medianas y grandes empresas al incrementar significativamente el importe que deben anticipar mediante los pagos fraccionados*»⁽¹⁴⁾.

La cuestión más controvertida de esta reforma, sin embargo, era la relativa a su inmediata aplicación temporal. En efecto, la nueva DA señalaba que estas medidas afectarían a los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2016, matizando en su apartado segundo que no se aplicarían a los pagos fraccionados cuyo plazo de declaración hubiera comenzado antes de su entrada de vigor, es decir, antes del 30 de septiembre. Por tanto, el nuevo régimen ya resultaba aplicable al segundo pago fraccionado del año 2016, puesto que el período de declaración del mismo se iniciaba al día siguiente, 1 de octubre.

En un entorno de gran deterioro económico, las dificultades financieras que atravesaban muchas entidades en aquel momento impidieron hacer frente a este cambio imprevisto de regulación. Fueron muchas las empresas que carecían de liquidez para afrontar los nuevos pagos adicionales que había impuesto el RDL 2/2016, por lo que se dispararon las solicitudes de aplazamientos y fraccionamientos en el pago de la deuda correspondiente a los mismos.

Como señalamos anteriormente, esta fue la causa desencadenante de la decisión del Gobierno de dictar el nuevo RDL 3/2016 modificando el régimen de aplazamientos y

(13) Fuente: COBOS GÓMEZ, J. M., «El nuevo régimen de los pagos fraccionados en el Impuesto sobre Sociedades», *Estrategia Financiera*, Núm. 343, noviembre 2016 (p. 71).

(14) *Vid.*, COBOS GÓMEZ, «El nuevo régimen de los pagos fraccionados en el Impuesto sobre Sociedades», *ob.cit.*, p. 69.

fraccionamientos. Precisamente, como examinaremos a continuación, una de las novedades introducidas por el mismo fue la prohibición de aplazar o fraccionar las deudas derivadas de la obligación que debe cumplir el obligado a realizar pagos fraccionados.

III. DEUDAS APLAZABLES Y FRACCIONABLES

El artículo 44 RGR señala que «*serán aplazables o fraccionables todas las deudas tributarias y demás de naturaleza pública cuya titularidad corresponda a la Hacienda pública, salvo las excepciones previstas en las leyes*».

Esta previsión nos permite afirmar, por un lado, que la posibilidad de aplazamiento o fraccionamiento no se limita a las deudas tributarias –cuestión en la que se centra este trabajo–, sino que se extiende a cualquier débito cuya recaudación corresponda a la Administración Tributaria. En este sentido, MORENO FERNÁNDEZ señala que dentro de este concepto cabría considerar, por ejemplo, las deudas derivadas de la recaudación de tasas, contribuciones especiales, impuestos, precios públicos, multas o sanciones⁽¹⁵⁾.

Por otro lado, las excepciones a las que se refiere el Reglamento son las recogidas en el artículo 65.2 LGT, modificado recientemente a través del RDL 3/2016, dentro de su propósito de incrementar la recaudación tributaria. Para ello, ha optado por restringir los supuestos en los que el obligado tributario puede beneficiarse de un aplazamiento o fraccionamiento en el pago de la deuda.

Hasta la citada reforma, el artículo 65.2 LGT excluía de esta posibilidad las siguientes deudas⁽¹⁶⁾:

- a) Aquellas cuyo pago se realice a través de efectos timbrados.
- b) Las correspondientes a obligaciones tributarias que deba cumplir el retenedor o el obligado a realizar ingresos a cuenta, salvo en los casos y condiciones previstos en la normativa tributaria.
- c) Aquellas que, en caso de concurso del obligado tributario, tengan la consideración de créditos contra la masa según la legislación concursal.
- d) Las resultantes de la ejecución de decisiones de recuperación de ayudas de Estado.

Sin embargo, el Real Decreto-ley introduce las **siguientes modificaciones**:

1. Supresión de la posibilidad de aplazamiento y fraccionamiento de retenciones e ingresos a cuenta.

(15) *Vid.*, MORENO FERNÁNDEZ, *El aplazamiento en el pago de los tributos*, ob.cit., p. 96.

En cuanto a la posibilidad de aplazar o fraccionar sanciones, señala SÁNCHEZ PINO que, aunque las mismas no formen parte de la deuda tributaria, son susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento en cuanto que el artículo 190.2 LGT establece que a las mismas le es de aplicación el capítulo IV del título II de la ley, en el que se contiene la regulación de los aplazamientos y fraccionamientos (*Vid.*, *Deudas tributarias susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento y presupuesto para su concesión*, ob.cit., p. 33).

(16) Redacción tras la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, con vigencia desde el 12 de octubre de 2015.

2. Introducción de tres nuevos supuestos de deudas tributarias que dejan de ser objeto de aplazamiento o fraccionamiento:
 - *«Las resultantes de la ejecución de resoluciones firmes total o parcialmente desestimatorias dictadas en un recurso o reclamación económico-administrativa o en un recurso contencioso-administrativo que previamente hayan sido objeto de suspensión durante la tramitación de dichos recursos o reclamaciones.*
 - *Las derivadas de tributos que deban ser legalmente repercutidos salvo que se justifique debidamente que las cuotas repercutidas no han sido efectivamente pagadas.*
 - *Las correspondientes a obligaciones tributarias que deba cumplir el obligado a realizar pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades».*

El artículo termina señalando que aquellas solicitudes que tuvieran como objeto el aplazamiento o fraccionamiento de cualquiera de las deudas anteriores serán objeto de inadmisión⁽¹⁷⁾.

Esta nueva regulación será aplicable a las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento presentadas a partir del 1 de enero de 2017. La disposición transitoria única del RDL 3/2016 señala que los procedimientos que hubieran sido iniciados antes de esa fecha se registrarán hasta su conclusión por la normativa anterior.

A continuación nos centraremos en cada uno de los supuestos del artículo 65, haciendo especial hincapié en las modificaciones introducidas por el citado Decreto-ley.

1. Supuestos de deudas no aplazables ni fraccionables anteriores al RDL 3/2016

La primera excepción a la que se refiere la LGT es la relativa a **deudas cuya exacción se realice a través de efectos timbrados**. Se trata de una exclusión lógica⁽¹⁸⁾ que se explica por la excepcionalidad en la utilización de esta forma de recaudación, así como por el hecho de que la cuantía de las mismas suela ser reducida, lo que dificulta la acreditación de una verdadera situación de dificultad económico-financiera transitoria⁽¹⁹⁾.

Pasando por alto el apartado b), que será objeto de un análisis más detallado en el siguiente punto, el apartado c) se refiere a las **deudas que, en caso de concurso del obligado tributario, tengan la consideración de créditos contra la masa**. En relación con esta previsión conviene hacer varias consideraciones:

(17) Según dispone el artículo 47.4 RGR, *«la inadmisión implicará que la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento se tenga por no presentada a todos los efectos».*

(18) Así lo considera ROMERO GARCÍA, F., «El instituto jurídico de los aplazamientos y fraccionamientos de deudas tributarias», *Revista española de Derecho Financiero*, Núm. 149, 2009 (p. 174).

(19) En este sentido, SÁNCHEZ PINO, *Deudas tributarias susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento y presupuestos para su concesión* (p. 33) y MORENO FERNÁNDEZ, *El aplazamiento en el pago de los tributos*, (p. 100).

- Fue introducida con la reforma operada a través de la Ley 7/2012, de 29 de octubre⁽²⁰⁾ y fue objeto de varias críticas, pudiendo destacar la enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario Catalán⁽²¹⁾ en la que se ponía de manifiesto que esta medida *«no es coherente con la regulación general de los aplazamientos, cuya concesión se prevé, precisamente, para los casos de dificultades transitorias de tesorería. Y un concurso de acreedores es, en principio, una situación de insolvencia provisional»*. La redacción alternativa propuesta por el grupo enmendante limitaba la prohibición de aplazamiento o fraccionamiento a los supuestos en los que ya se hubiera abierto la fase de liquidación, momento en el que ya puede afirmarse el carácter estructural de las dificultades de tesorería de la empresa.
- Este supuesto se traduce en la imposibilidad de aplazar o fraccionar las deudas tributarias que sean consideradas créditos contra la masa de conformidad con la Ley Concursal. Sin embargo, se plantean dudas sobre la posibilidad de concesión de aplazamientos o fraccionamientos una vez que se ha aprobado un convenio de acreedores, puesto que el propio artículo 133 de la Ley Concursal dispone que *«desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso»*. Esta circunstancia se pone de manifiesto en la Instrucción 1/2017, de 18 de enero, en la que se prevé la solución a dos situaciones posibles, en virtud de la fecha de devengo de la deuda tributaria:
 - a) Si el devengo de la deuda tiene lugar tras la fecha del auto de declaración del concurso y antes de la fecha de eficacia del convenio, tendrá la consideración de crédito contra la masa y por tanto será objeto de inadmisión en base al artículo 65.2 LGT.
 - b) Si el devengo de la deuda tiene lugar tras la fecha de eficacia del convenio, teniendo en cuenta el ya mencionado artículo 133 LC, podrá ser aplazada o fraccionada siempre que se cumplan los requisitos normativos.

En palabras de SÁNCHEZ PINO *«el crédito generado durante el período de cumplimiento del convenio no nace en un contexto propiamente concursal, sino estrictamente negocial»*⁽²²⁾. Luego, ya no podrá tener la consideración de crédito contra la masa». En el mismo sentido, LAMOCA ARENILLAS afirma que este supuesto se sitúa fuera del escenario concursal⁽²³⁾.

No obstante, la Instrucción prevé la necesidad de que los acuerdos de concesión de aplazamiento o fraccionamiento de pago de estas deudas incluyan una condición resolutoria para que, en el caso de apertura de la fase de liquidación

(20) Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

(21) Enmienda núm. 92. Presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), disponible en [*http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-15-2-C1.CODI.%29#\(Página1\)*](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-15-2-C1.CODI.%29#(Página1))

(22) Vid., SÁNCHEZ PINO, *Deudas tributarias susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento y presupuesto para su concesión*, ob.cit., p. 39.

(23) Vid., LAMOCA ARENILLAS, Á., «Aplazamiento y fraccionamiento de créditos tributarios en situación concursal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 7, 2014 (pp. 197-210).

por incumplimiento del convenio, se cancele el acuerdo. La exigencia de esta cláusula deriva de la reanudación de los efectos del concurso de acreedores y, por tanto, la recuperación de la consideración de créditos contra la masa de las deudas tributarias.

- Por último, el apartado d) del artículo 65.2 hace referencia a las **deudas resultantes de la ejecución de decisiones de recuperación de ayudas de Estado**. Con la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, se regula por primera vez un procedimiento para la recuperación de ayudas de Estado del ámbito tributario y, a su vez, se recoge entre uno de los supuestos excluidos de la posibilidad de aplazamiento y fraccionamiento.

2. Régimen aplicable a las retenciones e ingresos a cuenta

Las retenciones e ingresos a cuenta son cantidades que deben ser ingresadas por el pagador de determinadas rentas en la Administración tributaria, configurándose como un anticipo del impuesto a pagar. La prohibición del aplazamiento o fraccionamiento de estas deudas es consecuencia del hecho de que realmente esas cantidades a ingresar por parte del obligado tributario han sido detraídas de los pagos que el mismo realiza a terceras personas o que corresponden a terceros⁽²⁴⁾.

Antes de la modificación operada por el RDL 3/2016, existía la posibilidad de aplazar o fraccionar estas deudas con carácter excepcional, en el supuesto al que se refiere el artículo 44 RGR. En efecto, su apartado tercero dispone que *«las deudas correspondientes a obligaciones tributarias que deban cumplir el retenedor o el obligado a realizar ingresos a cuenta únicamente serán aplazables o fraccionables en los supuestos previstos en el artículo 82.2.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria»*. Los casos extraordinarios a los que se refiere el Reglamento, considerando el artículo 82.2 b) LGT, son aquellos en los que el obligado carezca de bienes para garantizar la deuda y la ejecución de su patrimonio pudiera:

- Afectar sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y el nivel de empleo de la actividad económica respectiva. En virtud de la Instrucción 3/2013, de 9 de diciembre⁽²⁵⁾, se entendía por actividad económica *«aquella que ha dado lugar a la generación de las deudas por retenciones e ingresos a cuenta cuyo aplazamiento o fraccionamiento se solicita»*.
- Producir graves quebrantos para los intereses de la Hacienda Pública. La misma Instrucción 6/2013 señala que esta previsión se refiere a aquellos obligados tributarios *«cuya contribución a la Hacienda Pública sea de una magnitud tal que el cese de la misma pueda causar un impacto considerable en el Tesoro Público»*.

(24) *Vid.*, SÁNCHEZ PINO, *Deudas tributarias susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento y presupuesto para su concesión*, p. 33.

(25) Instrucción 6/2013, de 9 de diciembre, del Departamento de Recaudación sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago de retenciones e ingresos a cuenta y de deudores en situación de concurso de acreedores (p. 2) (Sin efectos desde la aplicación de la Instrucción 1/2017)

EL APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO DEL PAGO DE DEUDAS TRIBUTARIAS...

La AEAT establecía en la citada Instrucción que para la concesión del aplazamiento o fraccionamiento por estos conceptos sería necesario que en la solicitud o documentación aportada con la misma quedara «perfectamente acreditado» que concurrían estas circunstancias excepcionales.⁽²⁶⁾ De no ser así, se procedería al requerimiento de subsanación y, si el mismo no se atiende por el obligado al pago, a la inadmisión de la solicitud en virtud de lo establecido en el artículo 47 RGR⁽²⁷⁾.

Además, se establecía la tramitación separada de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de retenciones e ingresos a cuenta, en los casos en que concurrían con deudas por otros conceptos. Esta medida tenía como objetivo acelerar la tramitación y proceder a la inadmisión inmediata cuando fuera pertinente por no cumplirse los extremos anteriores, permitiendo la continuación del resto de solicitudes de forma ordinaria⁽²⁸⁾.

A partir del RDL 3/2016 se elimina la posibilidad excepcional de aplazar o fraccionar las retenciones e ingresos a cuenta. Por tanto, las solicitudes relativas a estos conceptos serán inadmitidas sin más trámite. Esta misma previsión se recoge en la Instrucción 1/2017 de 18 de enero, la cual deja sin efecto a la Instrucción 6/2013.

El TEAC ha señalado en la Resolución de 23 de febrero de 2017 antes mencionada que *«con la nueva redacción de este artículo se suprime la salvedad que establecía la anterior redacción de tramitar aplazamientos/fraccionamientos de pago sobre las obligaciones tributarias que debía cumplir el retenedor o el obligado a realizar ingresos a cuenta, remitiendo al desarrollo reglamentario que contemplaba la excepción prevista para estas deudas en el artículo 44.3, ahora derogado en virtud del principio de jerarquía normativa»⁽²⁹⁾*.

(26) En este sentido, señala la Resolución del TEAC 5935/2016, de 23 de febrero de 2017, que *«la posibilidad de aplazamiento/fraccionamiento de pago de las retenciones e ingresos a cuenta se ha configurado tradicionalmente en la LGT como una excepción a la regla de prohibición correspondiendo al interesado tanto su solicitud en base a la normativa que lo prevé como la acreditación de la concurrencia de las circunstancias previstas en tal normativa»*.

(27) La citada Instrucción 6/2013 señalaba que si la deuda objeto de solicitud es de cuantía inferior al límite de exención de garantías -30.000 euros- se descarta de partida que nos hallamos ante un supuesto excepcionado de la regla general de inadmisión, no siendo necesario efectuar requerimiento. Esta previsión ha sido criticada por SÁNCHEZ PINO, A. J., *Deudas tributarias susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento y presupuesto para su concesión*, p. 42.

Sin embargo, la postura de la Administración en cuanto a la obligatoriedad de efectuar requerimiento era distinta, como se puso de manifiesto en la ya citada Resolución del TEAC de 23 de febrero de 2017, en la que señaló que *«no es de aplicación a estos supuestos la disposición contenida en el artículo 46.6 RGR, consistente en la obligatoriedad de practicar requerimiento de subsanación en las solicitudes de aplazamiento y/o fraccionamiento sobre estas deudas, en la medida en que no se trata de defectos formales o documentales de la propia solicitud»* (FJ 4).

(28) No obstante, señala la citada Instrucción que en caso de que posteriormente no se acreditara el ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta cuyo aplazamiento o fraccionamiento se hubiera denegado, esta causa podía ser considerada como un indicativo de una situación de dificultad de tesorería de carácter estructural y, por tanto, suponer la denegación del resto de solicitudes que se estuvieran tramitando ante ese órgano (*Vid.*, Instrucción Tercera de la Instrucción 6/2013).

(29) Resolución del TEAC 5935/2016, de 23 de febrero de 2017 (FJ 5)

3. Nuevos Supuestos de deudas no aplazables ni fraccionables tras el RDL 3/2016

La otra de las modificaciones mencionadas del RDL 3/2016 se refiere a la introducción de tres nuevas categorías de deudas tributarias que no podrán ser objeto de aplazamiento ni fraccionamiento. Estos nuevos supuestos son los antes mencionados y se encuentran recogidos en los apartados e), f) y g) del artículo 65.2 LGT. A continuación analizaremos cada una de estas categorías tributarias, así como los aspectos más controvertidos de esta nueva regulación.

3.1. Deudas suspendidas con ocasión de un recurso o reclamación

Según dispone el apartado e) del artículo 65.2 LGT, no podrán aplazarse ni fraccionarse las deudas *«resultantes de la ejecución de resoluciones firmes total o parcialmente desestimatorias dictadas en un recurso o reclamación económico-administrativa o en un recurso contencioso-administrativo que previamente hayan sido objeto de suspensión durante la tramitación de dichos recursos o reclamaciones»*.

Por tanto, si se ha suspendido la ejecución de un acto previamente recurrido desestimatoriamente por el obligado tributario (por ejemplo ante cualquier Tribunal Económico Administrativo), se entiende que esta circunstancia es incompatible con la posterior solicitud de un aplazamiento o fraccionamiento de la deuda en cuestión.

MARTÍN QUERALT critica esta nueva previsión, señalando que *«la suspensión del ingreso mientras dura la impugnación ante los Tribunales y aplazamiento de la deuda son instituciones distintas, que responden a circunstancias también distintas y cuyo régimen jurídico es fruto de esta distinción»*⁽³⁰⁾. En efecto, las razones que motivan una suspensión y un aplazamiento o fraccionamiento pueden no tener nada que ver. La suspensión es consecuencia de la voluntad del obligado litigante de obtener el reconocimiento de un derecho, mientras que el aplazamiento se basa en su intención de diferir el pago de una deuda tributaria a causa de una mala situación de tesorería de carácter transitorio que le impida realizar el pago inmediato en los plazos que recoge la normativa. En este mismo sentido, el TEAC apuntó en una resolución del año 2007 que *«la suspensión de la ejecución de una liquidación es una medida cautelar, que opera en tanto se resuelve la impugnación que pesa sobre aquella, mientras que el fraccionamiento de esa deuda tiene naturaleza distinta, porque no es sino un modo de pago de la misma. Tratándose de figuras distintas, su incompatibilidad tendría que deberse a que venga así dispuesto expresamente por alguna norma jurídica o a la circunstancia de su imposibilidad práctica de producirse a la vez»*⁽³¹⁾.

Por lo tanto, como apunta el autor, puede ocurrir que, una vez obtenida una resolución judicial firme tras la finalización del litigio durante el que se ha suspendido el ingreso de la deuda, cambie la situación patrimonial del obligado tributario y, *«lo que antaño*

(30) Vid., MARTÍN QUERALT, J., «Aplazamientos, fraccionamientos... una reforma cuestionable», *Carta tributaria. Revista de opinión* Núm. 23, febrero 2017 (pp. 10-13).

(31) Resolución del TEAC 729/2006, de 28 de marzo de 2007 (FJ 2).

era –en el momento de la suspensión– una situación patrimonial que permitía hacer frente a la deuda, haya devenido a peor y se encuentre el contribuyente en una situación de iliquidez que le impide hacer frente al pago inmediato». Tras la nueva redacción del artículo 65.2 LGT la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento en este escenario sería inadmitida, sin tener en cuenta, por ejemplo, si se recurrió de forma temeraria o el recurso estaba adecuadamente fundado. A consecuencia de ello, señala, es aún más controvertida la situación en la que se impide aplazar o fraccionar una deuda tras una sentencia parcialmente estimatoria, puesto que la misma «pone de relieve las justificadas razones que en su momento aconsejaron instar la suspensión».

3.2. Tributos repercutidos

La nueva redacción del artículo 65.2 LGT excluye la posibilidad de aplazamiento y fraccionamiento de tributos que deban ser legalmente repercutidos, salvo en el caso de que hayan sido cobrados por el obligado a realizar el ingreso.

Con respecto a esta previsión conviene hacer dos matizaciones:

- El precepto se refiere a tributos que deban ser legalmente repercutidos. Por tanto, se excluyen aquellos cuya repercusión sea voluntaria. Por ejemplo, los ingresos a cuenta pueden ser repercutidos, pero al no existir una previsión legal que determine la obligatoriedad de la repercusión, la deuda que se derive del pago del mismo podrá ser aplazada o fraccionada; del mismo modo, en el artículo 20 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se establece que los tributos que corresponda pagar al arrendador podrán ser repercutidos al arrendatario o inquilino, por lo que las deudas derivadas de esos tributos sí podrían aplazarse o fraccionarse por el obligado al pago.

Sin embargo, sí sería aplicable al IVA, puesto que el artículo 88 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido dispone que «*los sujetos pasivos deberán repercutir íntegramente el importe del impuesto sobre aquel para quien se realice la operación gravada (...)*». Del mismo modo, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley de Impuestos Especiales señala que «*los sujetos pasivos deberán repercutir el importe de las cuotas devengadas sobre los adquirentes de los productos objeto de los impuestos especiales de fabricación, quedando estos obligados a soportarlas*».

- Esta normativa, aprobada en diciembre de 2016, ya afecta, en lo que se refiere al IVA, al aplazamiento y fraccionamiento del pago de las deudas correspondientes al último trimestre del año 2016, puesto que la declaración del impuesto de ese período se realiza entre el 1 y el 30 de enero del año 2017, fecha en la que la nueva normativa ya estaría vigente.

La nueva regulación supone una importante limitación para los autónomos y PYMES, que encontraban en este mecanismo una vía para enfrentar sus problemas de liquidez difiriendo el pago del IVA. La finalidad fundamental de esta modificación es evitar que la figura del aplazamiento o fraccionamiento sea utilizada como un medio de financiación por las empresas, lo que se pone de manifiesto en la concreción que realiza el artículo,

excluyendo la posibilidad de aplazar o fraccionar el pago en el caso de que se hubiera producido el cobro efectivo del tributo repercutido.

Esta normativa fue objeto de críticas debido a que dejaba muchas cuestiones en el aire, como por ejemplo la forma en la que se podía probar ante la Administración que no se había producido el cobro de las cantidades repercutidas, lo que llevó a la Agencia Tributaria a publicar en su web una nota informativa⁽³²⁾, «Los aplazamientos a los autónomos tras el Real Decreto-ley 3/2016». En la misma se hacía referencia a la necesidad de acreditar la falta de cobro de las cuotas de IVA repercutidas para poder optar al aplazamiento o fraccionamiento, pero limitando esta exigencia a aquellas solicitudes que excedan el límite exento de garantía, es decir, las superiores a 30.000 euros⁽³³⁾.

MARTÍN QUERALT critica la citada comunicación de la Administración apuntando que la misma «*no es ninguna fuente de Derecho*» y que, además, la dispensa a la obligación de acreditar la ausencia de cobro para deudas inferiores a 30.000 euros es contraria a la prohibición del artículo 65.2 LGT⁽³⁴⁾.

3.3. Pagos fraccionados

En virtud de la nueva redacción del artículo 65.2 LGT, no serán aplazables ni fraccionables las deudas tributarias que surjan de la obligación de realizar pagos fraccionados. Como ya adelantamos en el punto anterior, esta reforma fue consecuencia y complemento de la modificación introducida en el régimen de pagos fraccionados del IS por el RDL 2/2016.

Pese a que los cambios introducidos en el régimen de pagos fraccionados únicamente afectaban a las empresas cuyo importe neto de la cifra de negocios fuera igual o superior a 10 millones de euros y que calcularan sus pagos fraccionados de acuerdo con el método de base del artículo 40.3 LIS, la nueva redacción del artículo 65.2 LGT no incorpora la misma limitación subjetiva. En efecto, el citado artículo dispone que no podrán ser objeto de aplazamiento ni fraccionamiento las deudas «*correspondientes a obligaciones tributarias que deba cumplir el obligado a realizar pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades*». Por tanto, se aplica con carácter general siempre que exista una obligación

(32) Nota informativa de la AEAT, disponible en http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/componentes/Le_interesa_conocer/Los_aplazamientos_a_los_autonomos_tras_el_Real_Decreto_ley_3_2016.shtml (consultado el 10 de junio de 2017).

(33) En relación con ello, cabe señalar que, el Ministro de Hacienda, Cristóbal Montoro, ya había puesto de manifiesto en el Congreso la intención del Gobierno de evitar que el endurecimiento del régimen de aplazamientos perjudicara a pymes y autónomos, de tal forma que pudieran seguir aplazando el pago del IVA. Vid. Noticia «Hacienda pública la instrucción que permite el aplazamiento del IVA a pymes y autónomos», La Vanguardia. Disponible en: <http://www.lavanguardia.com/vida/20170113/413330434694/economiafiscal--hacienda-publica-la-instruccion-que-permite-el-aplazamiento-del-iva-a-pymes-y-autonomos.html>(consultado el 10 de junio de 2017).

(34) Vid., MARTÍN QUERALT, «Aplazamientos, fraccionamientos... una reforma cuestionable», ob.cit., p. 13. En este mismo sentido se manifiesta la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF) a través de su nota informativa «Novedades en relación con los aplazamientos y fraccionamientos de pago», disponible en <http://www.aedaf.es/es/documentos/descarga/33458/novedades-en-relacion-con-los-aplazamientos-y-fraccionamientos-de-pago>(consultado el 7 de junio de 2017).

tributaria por este concepto, independientemente de cuál sea el método de su determinación o el tamaño de la empresa.

IV. REQUISITOS

La concesión de un aplazamiento o fraccionamiento en el pago de un tributo exige que se cumplan dos requisitos fundamentales. En primer lugar, es necesario que el obligado tributario se encuentre en una situación de dificultad económica-financiera de carácter transitorio que le impida efectuar el pago de sus deudas en los plazos legales establecidos. En segundo lugar, será necesaria la constitución de garantías en los casos en que sea preceptivo. A esta cuestión se refieren los artículos 82 LGT y 48 y 50 RGR.

1. Interdicción de la arbitrariedad y necesidad de motivación

El Reglamento establece en su artículo 51 que *«el órgano competente para la tramitación examinará y evaluará la falta de liquidez y la capacidad para generar recursos y valorará la suficiencia e idoneidad de las garantías, o, en caso de solicitud de dispensa de garantía, verificará la concurrencia de las condiciones precisas para obtenerla»*. Este precepto, como se puso de manifiesto en varias sentencias⁽³⁵⁾, concede a la Administración *«amplias facultades discrecionales en la valoración de las circunstancias concurrentes para la eventual concesión del aplazamiento»*.

Sin embargo, señala MORENO FERNÁNDEZ que la concesión de aplazamientos *«supone el ejercicio de una actividad reglada para la Administración, ya que no goza de una facultad discrecional, sino antes al contrario, se trata de un acto debido cuando se verifique por aquélla la existencia del presupuesto que ha previsto la norma (iliquidez) para producir la consecuencia jurídica (el aplazamiento)⁽³⁶⁾»*.

En cualquier caso, la valoración administrativa se realizará de forma acorde a los principios constitucionales, a la Ley y al Derecho y con sujeción al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la Constitución española. No estamos, por tanto, ante una facultad arbitraria de la Administración, sino que la misma es fiscalizable por los tribunales.

El Tribunal Supremo apuntó en el año 2016⁽³⁷⁾, refiriéndose a las características del aplazamiento en el pago de deudas tributarias, que el mismo *«constituye una excepción a la forma ordinaria de pago de las deudas tributarias⁽³⁸⁾, que por regla general ha de*

(35) *Vid.*, entre otras: Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha de 31 de marzo de 2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, N.º 90/2017, Rec. 71/2016 (FJ 2 d).

(36) *Vid.*, MORENO FERNÁNDEZ, *«El aplazamiento en el pago de los tributos»*, ob.cit., p. 76.

(37) STS Sala 3.ª de 17 de febrero de 2016 (FJ 6) y, posteriormente: Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2017, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Res. N.º 334/2017 (FJ 6).

(38) Esta cuestión ya había sido puesta de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2012, Sala 3.ª, Sección 2.ª (rec. 220/2010) (FJ 5).

realizarse en los plazos que establezca la regulación de cada tributo. El aplazamiento no puede convertirse en un modo habitual de satisfacción de las deudas tributarias». A continuación el Tribunal lo define como una potestad reglada, disponiendo que la facultad atribuida a la Administración «no es técnicamente discrecional (...); si lo fuera, la Administración podría optar entre indiferentes jurídicos y resolver mediante criterios de mera oportunidad».

2. Dificultades económico-financieras transitorias

Este requisito constituye el presupuesto de hecho fundamental en un procedimiento de aplazamiento o fraccionamiento de deudas⁽³⁹⁾. Como señalamos anteriormente, el artículo 65 LGT establece la posibilidad de aplazar o fraccionar deudas tributarias únicamente en aquellos supuestos en los que el obligado tributario se encuentre en una situación de dificultad económico-financiera que tenga carácter transitorio. Es decir, será necesario que se demuestre la existencia de problemas de tesorería o liquidez y que esta circunstancia tenga carácter coyuntural, no estructural.

Como ya hemos visto, existe un margen por parte de la Administración para la valoración de las circunstancias que motivan la concesión de un aplazamiento o fraccionamiento. En este sentido, resulta fundamental la regulación de los criterios y pautas a los que los órganos de recaudación deben atenerse para la correcta consideración de la situación de dificultad financiera del contribuyente; apreciación que, como también ha señalado la jurisprudencia, no debe ser en ningún caso arbitraria.

La Instrucción 1/2017, de 18 de enero, señala como uno de sus objetivos la determinación de los «criterios a aplicar por los órganos de recaudación respecto de la acreditación de la situación transitoria de dificultades de tesorería y del ingreso de los impuestos repercutidos». Por tanto, cuando se presente una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento, el órgano competente para su resolución deberá aplicar en todo caso los criterios recogidos en la misma.

En virtud del artículo 46.3 c) RGR la existencia de estas dificultades deberá acreditarse por el obligado tributario en el momento de la presentación de la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento por medio de los documentos o justificantes que estime oportunos, que acompañarán a la solicitud. No obstante, con carácter posterior, los órganos competentes para la tramitación podrán solicitar la información o documentación que consideren útil para valorar la situación económico-financiera del deudor.

Conviene señalar, no obstante, que en el procedimiento automatizado de tramitación de solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento que veremos más adelante, estas circunstancias se presumen acreditadas por la mera presentación de la solicitud por el obligado tributario.

(39) Como se apuntó en la Resolución del TEAC de 2 de abril de 2008 (Res. 380/2007), «la exigencia de que la situación de dificultad del obligado al pago tenga carácter coyuntural y no estructural, más que un requisito de procedimiento, constituye presupuesto y razón de ser del aplazamiento mismo de suerte que, de no concurrir, huelga el examen de los restantes condicionamientos» (Fundamento de Derecho 2).

3. Constitución de garantías

La concesión de un aplazamiento o fraccionamiento requiere la constitución de garantía suficiente por parte del obligado tributario, con la finalidad de asegurar o fortalecer la obligación consistente en el pago de la deuda aplazada o fraccionada. Según dispone el artículo 48 RGR, esta garantía deberá cubrir el importe del principal de la deuda en período voluntario, los intereses de demora generados por el aplazamiento o fraccionamiento y un 25 por ciento de la suma de ambas partidas.

En principio, todas las deudas aplazadas o fraccionadas deben garantizarse, con la excepción de los casos en que el solicitante sea una Administración pública y excluyendo también los supuestos de dispensa de constitución de garantías, que analizaremos más adelante. También se permite, cuando la constitución de garantía resulte excesivamente onerosa, la sustitución de las mismas por medidas cautelares⁽⁴⁰⁾.

La garantía presentada debe ser aceptada por el órgano competente para resolver, a través de un documento administrativo, el cual, en su caso, se hará constar en el Registro Oficial correspondiente. Una vez que se hubiera satisfecho el pago de la deuda⁽⁴¹⁾, las garantías aportadas serán liberadas.

La LGT establece en su artículo 82.1 que «*la Administración Tributaria podrá exigir que se constituya a su favor aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución*». Pese a que esta es la regla general y preferente⁽⁴²⁾, la ley prevé la admisión de otras garantías en determinados supuestos:

- Cuando el obligado tributario justifique la imposibilidad de obtener el aval o certificado de seguro de caución.
- Cuando la aportación de esas garantías comprometa gravemente la viabilidad de la actividad económica desarrollada por el mismo.

Concretamente, el párrafo segundo del artículo 82.1 LGT se refiere a la posibilidad de admitir como garantía la hipoteca, prenda y la fianza personal y solidaria, si bien no es una enumeración cerrada, añadiendo que podrá admitirse cualquier otra siempre que se estime suficiente.

(40) Concretamente, señala el artículo 49 RGR que podrá solicitarse cuando el obligado tributario tuviera solicitadas devoluciones tributarias u otros pagos a su favor, o bien cuando sea titular de bienes o derechos susceptibles de embargo preventivo. En todo caso, la Administración deberá motivar adecuadamente la resolución atendiendo a la situación económica del deudor y a la naturaleza del bien al que se refiera la medida cautelar.

(41) Según dispone el apartado 9 del artículo 48, el pago de la deuda incluye los recargos, intereses de demora y las costas.

(42) El carácter preferente de la aportación de estas garantías se pone de manifiesto en el artículo 26.6 y 65.4 LGT, que establecen que en caso de ofrecimiento de las mismas el interés de demora exigible será el interés legal, que es inferior al primero.

V. EL PROCEDIMIENTO AUTOMATIZADO EN LA TRAMITACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO

La Instrucción 1/2017, de 18 de enero, se refiere en sus Instrucciones Tercera y Cuarta a las dos modalidades o procedimientos para la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento. En concreto, diferencia entre el «procedimiento para la resolución automatizada masiva de solicitudes de aplazamiento» y el «procedimiento general de resolución no automatizada».

Este procedimiento resulta aplicable a las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento que tengan por objeto deudas de cuantía inferior a 30.000 euros.

Esta modalidad de tramitación se lleva a cabo mediante actuaciones administrativas automatizadas a través de una herramienta informática. Sin embargo, considero que la utilización de este sistema supone una importante limitación en lo que a la seguridad jurídica y garantías se refiere.

En efecto, en las solicitudes tramitadas de esta forma no habrá requerimientos al obligado tributario para la presentación de documentación referida al cumplimiento de los requisitos para la concesión del aplazamiento o fraccionamiento. Por tanto, la principal especialidad de este procedimiento es que se presume acreditada tanto la existencia de dificultades económico-financieras de carácter transitorio como la ausencia de ingreso de los impuestos repercutidos –cuestión que, como hemos visto, ha sido objeto de críticas por entenderse que contraviene lo dispuesto en el artículo 65.2 LGT–.

Por lo demás, para la concesión de aplazamientos y fraccionamientos a través de este procedimiento se deberán cumplir las siguientes condiciones:

- Número máximo de plazos:
 - Personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica a las que se refiere el artículo 35.4 LGT: 6 plazos mensuales.
 - Personas físicas: 12 plazos mensuales.
- Periodicidad de pagos: mensual.
- Afectación al cumplimiento del acuerdo de aplazamiento y fraccionamiento de los pagos que la Hacienda Pública deba realizar al obligado durante la vigencia del mismo.

VI. CONCLUSIONES

1. El aplazamiento y fraccionamiento de deudas tributarias son dos figuras fundamentales del sistema fiscal español que tienen como finalidad facilitar el cumplimiento de las obligaciones para con la Administración a aquellas personas, tanto físicas como jurídicas, que se encuentren con dificultades de tesorería o liquidez que les impidan hacer frente de forma inmediata al pago de sus impuestos.
2. El establecimiento de los objetivos de reducción del déficit público marcados por la Unión Europea y los efectos de la crisis económica han sido los factores funda-

- mentales que han llevado al legislador a plantearse la necesidad de modificación del régimen de aplazamientos y fraccionamientos del pago de deudas tributarias.
3. En un principio, la crisis económica propició que se «relajaran» y flexibilizaran los criterios para la concesión de aplazamientos y fraccionamientos, con la finalidad de ayudar a los obligados tributarios que atravesaban dificultades económicas en el pago de sus deudas; sin embargo, con posterioridad, ante la demanda masiva, se restringieron notablemente las posibilidades de aplazar o fraccionar el pago de estas deudas.
 4. Los principales puntos en los que se han centrado las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 3/2016 y las Instrucciones de 2017 –Instrucción 1/2017, de 17 de enero e Instrucción 1/2017, de 18 de enero– han sido la limitación de deudas aplazables o fraccionables y el endurecimiento de los requisitos que debe cumplir el obligado tributario para poder acceder a estas facilidades de pago –encontrarse en una situación de dificultad económica-financiera transitoria y aportar las garantías que establece la Ley–.
 5. La limitación de las categorías de deudas tributarias susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento introducida por el Real Decreto-ley 3/2016 ha sido consecuencia directa de la modificación del régimen de pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades operada por el Real Decreto-ley 2/2016, cuya inmediata entrada en vigor supuso un gran incremento en las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de deudas por este concepto.
 6. El Tribunal Supremo se ha venido pronunciando a favor del carácter reglado de la potestad administrativa para la concesión de aplazamientos y fraccionamientos, destacando que la misma se ha de realizar con plena sujeción a la Ley y al deber de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.
 7. La tradicional flexibilidad con la que los órganos de recaudación venían aplicando los criterios y requisitos necesarios para acceder a un aplazamiento o fraccionamiento ha sido sustituida por una mayor rigidez y precisión en la observancia de los mismos.
 8. En la actualidad existe una discrepancia entre la postura de la Administración y la jurisprudencia con respecto al aplazamiento de deudas en situaciones de concurso de acreedores. En efecto, pese a que el Tribunal Supremo ha afirmado en varias ocasiones que la declaración de concurso de una sociedad no supone por sí misma la desestimación de sus solicitudes de aplazamiento de deudas, la Administración Tributaria limita esta posibilidad a través de sus Instrucciones.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- COBOS GÓMEZ, J. M., «El nuevo régimen de los pagos fraccionados en el Impuesto sobre Sociedades», *Estrategia Financiera*, Núm. 343, noviembre 2016 (pp. 68-72).

- LAMOCA ARENILLAS, Á., «Aplazamiento y fraccionamiento de créditos tributarios en situación concursal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 7, 2014 (pp. 197-210).
- MARTÍN QUERALT, J., «Aplazamientos, fraccionamientos... una reforma cuestionable», *Carta tributaria. Revista de opinión* Núm. 23, febrero 2017 (pp. 10-13).
- MARTÍN QUERALT J., LOZANO SERRANO C., TEJERIZO LÓPEZ J.M. y CASADO OLLERO G., *Curso de derecho financiero y tributario*, Tecnos, Madrid (2016).
- MORENO FERNÁNDEZ, J. I., *El aplazamiento en el pago de los tributos*. Lex nova. Valladolid, 1996.
- ROMERO GARCÍA, F., «El instituto jurídico de los aplazamientos y fraccionamientos de deudas tributarias», *Revista española de Derecho Financiero*, Núm. 149, 2009 (pp. 165-227).
- SÁNCHEZ PINO, A. J., « Deudas tributarias susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento y presupuestos para su concesión». *Quincena fiscal*, Núm. 8, Abril 2016 (pp. 21-52).
- UCELAY SANZ, I. «Novedades introducidas en el Impuesto de Sociedades por el Real Decreto-ley 2/2012», *Carta Tributaria, Revista de Opinión*, Núm. 20, 2016 (pp. 21-27).

1. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007, Sala 3.^a, Sección 2.^a. Rec. 186/2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2012, Sala 3.^a, Sección 2.^a, Rec. 220/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2017, Sala 3.^a, Sección 2.^a, Res. N.º 334/2017.
- Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha de 31 de marzo de 2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, N.º 90/2017, Rec. 71/2016.

2. Legislación

- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.
- Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

EL APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO DEL PAGO DE DEUDAS TRIBUTARIAS...

- Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.
- Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.
- Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.
- Real Decreto 1804/2008, de 3 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, se modifica el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades *sin fines* lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, aprobado por el Real Decreto 1270/2003, y se modifican y aprueban otras normas tributarias.
- Real Decreto-ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público.
- Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social.
- Reglamento (UE) n.º 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión.

3. Otros

- Instrucción 6/2006, de 23 de noviembre, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago.
- Instrucción 6/2013, de 9 de diciembre, del Departamento de Recaudación sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago de retenciones e ingresos a cuenta y de deudores en situación de concurso de acreedores.
- Instrucción 4/2015, de 31 de julio, de la Dirección del Departamento de Recaudación sobre las garantías necesarias para la concesión de aplazamientos y fraccionamientos de pago, y para obtener la suspensión de los actos administrativos objeto de recurso y reclamación.
- *Instrucción 1/2017, de 18 de enero*, de la Directora del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago.

- Instrucción 1/2017, de 17 de enero, de la dirección general de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se procede a dejar sin efecto la Instrucción 6/2006, de 23 de noviembre de 2006, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago
- Memoria 2015 de la Agencia Tributaria, disponible en http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Memorias_y_estadisticas_tributarias/Memorias/Memorias_de_la_Agencia_Tributaria/Memorias_de_la_Agencia_Tributaria.shtml(consultado el 2 de junio de 2017).
- Nota informativa de la AEAF «Novedades en relación con los aplazamientos y fraccionamientos de pago», disponible en <http://www.aedaf.es/es/documentos/descarga/33458/novedades-en-relacion-con-los-aplazamientos-y-fraccionamientos-de-pago> (consultado el 7 de junio de 2017).
- Nota informativa de la AEAT, disponible en http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/componentes/_Notas_de_prensa/Los_contribuyentes_con_deudas_hasta_30_000_euros_podran_solicitar_aplazamientos_de_pago_sin_necesidad_de_aportar_garantias.shtml (consultado el 18 de junio de 2017).
- Nota informativa de la AEAT, disponible en http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/componentes/_Le_interesa_conocer/Los_aplazamientos_a_los_autonomos_tras_el_Real_Decreto_ley_3_2016.shtml (consultado el 10 de junio de 2017).
- Noticia de prensa «Hacienda pública la instrucción que permite el aplazamiento del IVA a pymes y autónomos», La Vanguardia. Disponible en: <http://www.lavanguardia.com/vida/20170113/413330434694/economiafiscal--hacienda-publica-la-instruccion-que-permite-el-aplazamiento-del-iva-a-pymes-y-autonomos.html>(consultado el 10 de junio de 2017)
- Noticia de prensa «Los asesores fiscales critican la vía de Hacienda para suavizar los aplazamientos» disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2017/01/17/actualidad/1484677576_183147.html (consultado el 3 de junio de 2017).
- Resolución de 21 de enero de 2009, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan General de Control Tributario 2009.
- Resolución de 12 de enero de 2010, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan General de Control Tributario 2010.
- Resolución de 22 de febrero de 2016, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2016.
- Resolución del TEAC 729/2006, de 28 de marzo de 2007.
- Resolución del TEAC 5935/2016, de 23 de febrero de 2017.

Diálogos jurídicos

DIÁLOGOS Y ENTREVISTAS



DIÁLOGO ENTRE JAVIER FERNÁNDEZ TERUELO Y CHELO TUYA*

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO

CHELO TUYA

«Debemos modificar el sistema de protección a la víctima de violencia de género. Tenemos ya suficientes elementos que acreditan que no está en absoluto bien enfocado»

Chelo Tuya: El Congreso de los Diputados aprobó en septiembre el Pacto de Estado contra la Violencia sobre las Mujeres. ¿Ha servido para algo más que para llenar la boca de los políticos y los titulares de los periodistas?

Javier Fernández Teruelo: No está mal para empezar. El Pacto, como tal, es una declaración de intenciones. Por lo tanto su valor real, más allá de lo acertado de las propuestas, que en general parecen razonables, lo determinará su grado de cumplimiento. Es un diagnóstico en el que se identifica «qué» cosas habría que hacer, pero en muchas ocasiones no se explica «cómo» hay que hacerlas. En tal sentido, muchas de sus previsiones aparecen descritas con verbos como «mejorar», «promover», «avanzar», «evitar» (los espacios de impunidad), etc. La evaluación habrá que hacerla dentro de algún tiempo. Entonces veremos el grado real de compromiso y capacidad para llevar a cabo los cambios necesarios.

Chelo Tuya: ¿Más tiempo para evaluar? Tenemos una ley supuestamente integral desde 2004.

Javier Fernández Teruelo: Comparto en gran medida el escepticismo que se desprende del modo en que formulas tu pregunta y, le doy un valor especial porque es consecuencia de la experiencia de una profesional de la comunicación que lleva mucho tiempo informando, pero sobre todo y a la vez, analizando el problema. Pero, volviendo a la pregunta, la experiencia de otras actuaciones de este tipo (Planes, Pactos, Programas, etc. contra la violencia de género) apunta a que, posiblemente, se hará lo fácil y se aplazará lo difícil. Gran parte de las medidas precisan la modificación de

* Catedrático acreditado de Derecho penal en la Universidad de Oviedo. Periodista. Redactora de El Diario «El Comercio». Premio al Mejor Trabajo Periodístico 2017 sobre violencia de género otorgado por el Grupo Clece; igual justifica más que sea yo la que charle contigo y no alguien importante de verdad.

leyes, que requieren articular de forma explícita lo que ahora son meras declaraciones de intenciones. Y aún llegando a ese punto y estando en una ley, no está garantizado que se vaya a cumplir; de hecho hay unas cuantas disposiciones de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que aún no se han ejecutado.

Chelo Tuya: ¿Por ejemplo?

Javier Fernández Teruelo: Menos de 100 trabajadoras víctimas de violencia de género suspenden o extinguen al año su contrato de trabajo con derecho a desempleo (recordemos que hay casi 130.000 denuncias). Tampoco se han aplicado la mayor parte de las medidas educativas previstas en materia de igualdad y apenas funcionan los protocolos eficaces de coordinación entre los distintos ámbitos que intervienen en los casos de violencia de género (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Judicatura y Fiscalía, Servicios Sociales, Servicios Sanitarios, etc.), entre otros ejemplos. Pero, en mi opinión, el incumplimiento más preocupante es que en muchas CCAA aún no se han implantado las Unidades de Valoración Forense Integral (Disposición adicional segunda de la Ley), que serían las encargadas de hacer un informe sobre víctima, agresor y sus circunstancias.

Chelo Tuya: Precisamente, la fiscal delegada en Violencia de Género lamenta en su último informe la inexistencia de la UVFI en Asturias ¿Por qué es importante?

Javier Fernández Teruelo: El resultado de la valoración policial, más el Informe de la Unidad de Valoración Forense Integral, deberían ser los elementos determinantes para que el/la Juez/a acordase las medidas de protección adecuadas al caso concreto, pues tienen atribuida como función esencial la función de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género. Sin olvidar tampoco las previsiones contenidas en el Protocolo médico-forense de valoración urgente del riesgo de violencia de género, adoptado en 2011, y escasamente aplicado, cuyo apartado 4.1 dispone algo tan lógico como que «ningún informe médico-forense de VRVG puede emitirse sin la exploración del agresor».

Curiosamente, ahora el Pacto de Estado contra la Violencia de Género prevé «establecer, en el plazo máximo de dos años, las Unidades de Valoración Forense Integral», de las que podrán formar parte psicólogos/as y trabajadores/as sociales, y que, entre otras funciones, asistirán a los jueces y juezas en la valoración del riesgo. Es significativo que el Pacto prevea aprobar algo que ya está aprobado (además por una Ley Orgánica). Para rematarlo, la reciente Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, también establece que los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses «contarán con Unidades de Valoración Forense Integral», de las que podrán formar parte los psicólogos y trabajadores sociales que se determinen para garantizar, entre otras funciones, la asistencia especializada a las víctimas de violencia de género y doméstica, menores, familia y personas con discapacidad (art. 479.3). Después de aprobar tantas veces su creación sería fantástico que alguna vez se llevase a la práctica y perdón por la ironía.

Chelo Tuya: ¿Cuáles son los motivos de los retrasos?

Javier Fernández Teruelo: Pues habría que preguntárselo a los encargados de implantar las medidas. En mi opinión, el aspecto económico sin duda ha tenido un peso

relevante y más aún por la coincidencia temporal con la crisis económica. Ahora bien, desgraciadamente en este mundo juega mucho lo simbólico que a veces parece pesar más que lo real. En ocasiones parece que importa más el mensaje que las actuaciones reales: los minutos solemnes de silencio, las declaraciones altisonantes en las que casi nunca falta la palabra «lacrata», o los anuncios constantes de reforma del Código penal como «solución definitiva» al problema, por poner algún ejemplo.

Chelo Tuya: Volviendo al Pacto de Estado, ¿hay motivos para el optimismo?

Javier Fernández Teruelo: En el Pacto hay alguna idea nueva que, si realmente se lleva a cabo, podría suponer por fin un cambio significativo en el modelo; en particular, me parece acertada la relativa a la atribución de la condición de víctima a las mujeres que todavía no han interpuesto denuncia «para que puedan acceder a los recursos de protección y atención integral», se dice literalmente. Es una necesidad que yo (y quizá alguien más, lo desconozco) planteé hace tres años; ahora bien, para que funcione necesitamos construir un sistema eficaz de detección y valoración de situaciones de riesgo (no podemos tratar todos los casos del mismo modo) y, a la vez, una específica forma de gestión del mismo pues, en caso contrario, el agresor podría desencadenar una respuesta muy violenta. Este es el tema más delicado de cualquier propuesta, la necesidad de controlar de modo minucioso los posibles riesgos que la misma entraña. Cualquier medida de protección a la víctima puede suponer un mensaje determinado para la mente desviada de un potencial agresor. Y aquí no cabe el modelo de prueba y error.

Chelo Tuya: Sin embargo, lo más visible del Pacto es el anunciado reparto de fondos, 200 millones a repartir entre las comunidades autónomas, y la queja de estas al no haberse llevado a cabo aún. ¿Debería conllevar una reforma del sistema de protección a la víctima?

Javier Fernández Teruelo: Por supuesto; eso es lo menos complicado y, quizá acalla algunas voces críticas. Cuando empecé a investigar sobre la violencia de género, lo que me más me llamó la atención fue la ausencia de investigaciones relevantes de carácter fenomenológico sobre la materia. ¿Cómo es posible que apenas existan equipos de investigación trabajando en algo tan importante? Y ¿Por qué mantenemos sistemas que ya han demostrado su ineficacia? Me sorprende ver a tanta gente lamentándose y tan pocas personas trabajando a fondo en modificar o reemplazar los métodos de prevención y predicción de la violencia y protección a la víctima.

Ciertamente, determinados agentes sociales están haciendo un gran esfuerzo para cambiar el modelo social vigente en cuestiones de género, a través de la actuación sobre los valores que lo sostienen, que son los que en gran medida nos han llevado hasta donde ahora estamos. Sin embargo, resultados significativos fruto de ese esfuerzo sólo podrán obtenerse a medio y largo plazo y, además no será sencillo, pues una parte de la sociedad se mantiene atrincherada en valores profundamente machistas.

Pero, mientras recorremos ese camino, no basta con ayudar a las mujeres que sufren violencia ni lamentarse con los resultados mortales; es necesario profundizar en los modelos de predicción y prevención de comportamientos violentos. En definitiva, tenemos que ser capaces de anticiparnos en base a la localización e identificación de parámetros que, hoy sabemos, tienden a repetirse.

En cuanto al sistema de protección a la víctima sí creo que debe ser modificado. Tenemos ya suficientes elementos que acreditan que no está en absoluto bien enfocado.

Chelo Tuya: El caso de la mujer asesinada en Elda parece confirmar sus palabras: Ella denunció, él incumplió la orden de alejamiento y la mató.

Javier Fernández Teruelo: Sí, el de Jéssica Bravo, asesinada por su expareja (que después se suicidó) de cinco disparos a las puertas del colegio en presencia del hijo común y cuya valoración de riesgo había sido identificada como «media». Luego tenemos el asesinato de una niña de dos años en Alzira, cuya madre, ha declarado que sufría «malos tratos y amenazas desde que le pidió el divorcio a su agresor».

Denuncia (o su ausencia), suicidio, trámites de separación, valoración del riesgo, etc. Son conceptos que se repiten constantemente. Estos son los dos últimos casos de entre las casi 1.100 mujeres asesinadas por su pareja o expareja y un número indeterminado de menores (ni siquiera contamos con cifras estadísticamente fiables al respecto) desde el año 2000. Y lo cierto es que el sistema actual ha demostrado sobradamente su limitada capacidad para predecir y prevenir adecuadamente estos comportamientos. ¿Por qué? Desde hace tiempo vengo apuntando algunas posibles razones:

En primer lugar, creo que necesitamos un modelo que, a diferencia del actual, no haga depender la protección de la mujer que sabemos (o podemos saber) que se encuentra en situaciones de elevado riesgo, de la previa presentación de denuncia. El porcentaje de denuncias de las mujeres que han sido asesinadas en contextos de pareja o expareja en los últimos años registra guarismos singularmente bajos (entre un 15 y un 20%). Las víctimas, especialmente en los casos más graves (arraigo de la relación de dominio y control abusivo), generalmente no se encuentran en condiciones de denunciar y, por diversas razones, tampoco funcionan los mecanismos de denuncia paralelos que pueden ser ejercitados por terceros. Uno de los objetivos del sistema de protección debe ser la consecución de tasas muy superiores de denuncia. Sin embargo, tal objetivo no se va a conseguir a corto plazo y tampoco se debe presionar de forma extrema a la víctima a presentar dicha denuncia, mientras no se den las condiciones adecuadas para ello, en especial las relativas a su seguridad personal. Las limitaciones constitucionales impiden, si no hay denuncia, cualquier tipo de medida restrictiva (prisión provisional, orden de alejamiento, etc.) sobre el supuesto agresor, pero en absoluto imposibilitan la protección de la mujer, cuya situación de riesgo ha sido identificada, lo que –por cierto– no es en absoluto infrecuente.

Ahora bien, para que este modelo funcione resulta imprescindible, en segundo lugar, contar con un sistema verdaderamente eficaz de detección, valoración y gestión del riesgo. Hemos visto que la inmensa mayoría de las mujeres que son y serán asesinadas en este contexto ni denuncian ni llegarán nunca a hacerlo. Las pocas que sí lo hacen, como Jéssica Bravo, sólo a veces, son sometidas a un proceso de valoración del riesgo. Sin embargo, los vigentes sistemas de valoración (VPR) han demostrado su ineficacia en la identificación de riesgos de feminicidio. Los feminicidas, reales y potenciales, presentan características parcialmente diferenciadas respecto al resto de maltratadores, que deben permitir mejorar sensiblemente los ratios de identificación, a través de métodos de valoración construidos en términos cualitativos (y no sólo cuantitativos como

los actuales) para, a partir de ahí, establecer estrategias específicas diferenciadas de protección a la víctima.

En tercer lugar, ante determinados perfiles de maltratadores, es preciso elaborar programas para una correcta gestión del riesgo en procesos de ruptura de la relación a instancias de la mujer maltratada. En la primera toma de datos relevante que se llevó a cabo en España tras cada feminicidio (por parte del Centro Reina Sofía para el Estudio de la violencia sobre la mujer) desde el año 2000 y hasta su desaparición en octubre de 2011, ya se detectaba un factor concurrente que sobresalía por encima de los demás: el elevado número de supuestos en los que constaba que víctima y agresor estaban «en trámites de separación», exactamente igual que en el caso de Jéssica Bravo y el asesinato de la niña de Alzira. Los datos relativos a dicho indicador pueden hoy actualizarse utilizando los del Portal Estadístico de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. Pues bien, examinado el periodo 2003-2017, el porcentaje de supuestos en que víctima y agresor se encontraban en fase de ruptura (conocida) es de aproximadamente un 40%. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la referencia a «en trámites de separación» o «fase de separación» solo parece predicable de aquellos casos en los que existía un previo vínculo matrimonial. Además, en muchas ocasiones, la decisión de ruptura no ha trascendido, y por ello no consta en las estadísticas, por lo que en realidad esta cifra es muy superior. Una vez que conocemos que el proceso o decisión de ruptura en determinado tipo de relaciones de dominio es un factor de máximo riesgo, las potenciales víctimas deben contar con opciones específicas de protección, llegando en determinados casos, a la protección física personal. Además, es precisa la construcción de canales para trasladar adecuadamente esta información a las potenciales víctimas y a la sociedad en general, de cara a conseguir que las mujeres que, en este contexto de violencia, han iniciado o decidido iniciar un proceso de ruptura (por definición, no aceptada por el agresor) sean conscientes de la situación de riesgo en que se pueden encontrar, a fin de adoptar también las medidas adecuadas de autoprotección. No olvidemos que la mayoría de esas mujeres, como acreditan las estadísticas, son asesinadas en el domicilio común de víctima y agresor.

Chelo Tuya: ¿Y del Código Penal?

Javier Fernández Teruelo: El recurso a la amenaza penal, a través del endurecimiento de las penas, la creación de tipos agravados específicos, el régimen especial de medidas cautelares y penas, etc. ha sido (y es) en nuestro país uno de los pilares fundamentales de la política criminal frente a la violencia de género. Las reformas legales para endurecer la respuesta penal han sido constantes desde principios de siglo. A ello debe añadirse ahora que, entre las más recientes 213 medidas y recomendaciones contenidas en el llamado Pacto de Estado contra la Violencia de Género, se encuentra la propuesta de reformar (de nuevo) el Código Penal, en este caso para suprimir las atenuantes de confesión y reparación de daño en los delitos de violencia de género (por ser inherentes, desde un punto de vista fenomenológico, a este tipo de comportamientos). También en materia penal se prevé articular un tratamiento específico de la llamada dispensa a no declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sinceramente, creo que el Código penal ya ha llegado hasta donde podía llegar. Me sorprende (relativamente) que la sociedad espere y confíe en el Derecho penal. Los que

lo conocemos bien sabemos que puede ofrecer mucho menos de lo que los ciudadanos y ciudadanas esperan del mismo. Si tras cada reforma penal se hiciera (y se comunicara a la sociedad) un análisis de la eficacia en la prevención de nuevas conductas delictivas la sorpresa sería mayúscula.

Chelo Tuya: De acuerdo, no temen entrar en la cárcel, pero, aun así, ¿penas más severas no evitarían la salida a la calle de agresores que, sabemos, no se han rehabilitado? Los expertos que trabajan en prisión con muchos de ellos coinciden en afirmar que el objetivo de su odio continúa siendo la mujer que osó dejarles/denunciarles.

Javier Fernández Teruelo: Este es un tema delicado. La pena se vincula con la gravedad del hecho y no tanto con la resocialización del autor (que sí se tiene en cuenta por ejemplo para obtener la suspensión de la ejecución de la pena o el acceso a determinados beneficios penitenciarios). A la vez, soy consciente –entre otras razones porque he leído tus entrevistas– de la desazón que esto supone a determinadas víctimas. Sé que en casos determinados el castigo puede parecer insuficiente, pero no olvidemos que tenemos una de las legislaciones penales más duras frente a la violencia de género de Europa occidental.

Para mí, el problema no es tanto la necesidad de endurecer (más) las penas; lo difícil es hoy conseguir una sentencia condenatoria fruto del carácter garantista del Derecho Penal que no arriesga y prefiere tener a un culpable (o a unos cuantos) en la calle que a un inocente en la cárcel. Por eso siempre me ha hecho gracia el tema recurrente de las denuncias falsas. ¡Con lo difícil que es conseguir una sentencia condenatoria!

Pero, además, el grado de ineficacia preventiva de la amenaza penal se dispara frente a determinados delitos, o más bien frente a determinado tipo de autor. Y precisamente, los feminicidios de pareja o expareja, se corresponden en su inmensa mayoría con ese perfil, una de cuyas características es precisamente que no se activa el mecanismo motivador esperado, derivado de las amenazas penales. Dicha afirmación puede ser constatada por varias vías, pero sin duda la más relevante parte del análisis retrospectivo del propio comportamiento de estos sujetos, tras acabar con la vida de su pareja o expareja. En particular, en primer lugar, casi un 30% de los feminicidas se suicidan o lo intentan, pero es que el resto, los que no lo hacen, se entregan casi sin excepción o simplemente esperan a ser detenidos (y esa es precisamente la razón por la que se quiere derogar la atenuante de confesión, apreciada constantemente en las condenas por asesinatos de pareja). Aceptan, en definitiva, el castigo (sea el que sea) que prevea el sistema para ellos, porque la necesidad de resolver de forma traumática «su conflicto» está muy por encima de todo lo demás. En estos casos, el efecto motivador de la amenaza penal es por lo general igual a cero.

Chelo Tuya: Su libro, *Análisis de Feminicidios de Género en España (2000-2015)* señala los fallos de los mecanismos puestos en marcha para proteger a la víctima. ¿Le han hecho caso y los han solventado?

Javier Fernández Teruelo: Después de ese trabajo han venido otros más breves que, sin embargo, me han permitido desarrollar algunas de las ideas que en la monografía sólo se planteaban. En este momento creo que una parte de las conclusiones entonces obtenidas cuentan con nuevos elementos que las corroboran.

En cuanto a si me han hecho caso, realmente yo no le había pedido nada a nadie. Era un trabajo de investigación. En principio uno más. Se termina (en este caso anticipadamente, pues había un compromiso editorial con una fecha determinada), se publica y a otra cosa. Pero por alguna razón (supongo que varios factores tuvieron que influir) aquí pasó algo distinto. La difusión ha sido extraordinaria; en menos de 2 años han sido más de 40 invitaciones para hablar sobre la materia en diferentes foros nacionales y de otros países. Afortunadamente también se han hecho eco muchos medios nacionales y alguno internacional. Estoy plenamente convencido que una de las causas de dicha difusión fue la magnífica entrevista que tú me hiciste en abril de 2016 (con casi 10.000 likes directos y compartida cientos y cientos de veces en Facebook). No te molestes en quitarte méritos, pues entrevistas me han hecho unas cuantas y, lo cierto es que ninguna ha tenido (ni de lejos) esa difusión y el entrevistado siempre era el mismo, variando únicamente el/la entrevistador/a.

Chelo Tuya: No se trata de quitarse méritos ni de falsa modestia. Es posible que la entrevista llegara en un momento clave, de hartazgo general ante una situación que no parece tener fin.

Javier Fernández Teruelo: Mucha gente está hastiada, cansada de que le vuelvan a contar siempre lo mismo y también de los minutos de silencio como reacción al problema y espera algo nuevo, algo distinto. En todo caso, la mayor parte de los problemas y algunas de las ideas para sus posibles soluciones están ahí y espero que si son de utilidad, alguien los pueda aprovechar. En todo caso, sí he de decir que en cierta medida han sido tenidos en cuenta. De hecho estoy trabajando con el Instituto Asturiano de la Mujer en la implantación de algunas medidas; me consta también que algunas otras han sido tenidas en cuenta en Madrid y el mismo Pacto de Estado contra la Violencia de Género ha incorporado algunas ideas del trabajo, como la atribución de la condición de víctima a las mujeres que todavía no han interpuesto denuncia penal, a fin de que puedan acceder a los recursos de protección y atención integral.

Chelo Tuya: ¿Qué significa, en la práctica, para una víctima que su situación sea considerada como un caso de riesgo no apreciado, bajo, medio, alto o extremo? La Policía dice que las vigila a todas.

Javier Fernández Teruelo: El primer instrumento creado con la específica finalidad de determinar niveles de riesgo tuvo su origen en la Instrucción 10/2007, de 10 de julio (posteriormente, modificada a través de la Instrucción 14/2007, de 10 de octubre). La valoración de la situación de riesgo de violencia contra la mujer (Valoración Policial del Riesgo o VPR) y su evolución (Valoración Policial de la Evolución del Riesgo o VPER) se realiza empleando los formularios normalizados aprobados al efecto por la Secretaría de Estado de Seguridad, y disponibles en el Sistema de Seguimiento Integral en los casos de violencia de género (Sistema VioGén). El Sistema VioGén, tras la valoración de la víctima denunciante, asigna automáticamente uno de los siguientes niveles de riesgo: «no apreciado», «bajo», «medio», «alto» o «extremo», que puede ser modificado al alza por los agentes policiales si, atendiendo a los indicios que no se reflejen en los indicadores del sistema, consideran que resulta necesario para una mejor protección a la mujer maltratada. Conviene destacar que sólo si el valor medio de riesgo resultante es «extremo», se prevé la protección física personal directa de la

víctima, a través de medidas como su vigilancia permanente, hasta que las circunstancias del agresor dejen de ser una amenaza inminente. Sin embargo, los supuestos en que el riesgo es considerado extremo suponen un porcentaje ínfimo sobre el total.

En concreto, según el Informe sobre víctimas mortales de la Violencia de Género y de la Violencia Doméstica en el ámbito de la pareja o ex pareja en 2014 (publicado el 8 de noviembre de 2016), sólo 18 de las 54 mujeres asesinadas en el año 2014, o bien habían formulado previamente denuncia contra su agresor, o bien, existían respecto a las mismas antecedentes judiciales de violencia de género (33,3%). De esas 18 mujeres, únicamente a 9 se les realizó una valoración policial del riesgo –VPR– (16,6% sobre el total). La mayor parte de las valoraciones dieron un resultado de riesgo «No Apreciado» (+/-60%) y ni una sola de riesgo «Extremo» (0%), siendo esta última la única que, como ya se apuntó, posibilita la adopción de medidas de protección física personal directa sobre la víctima. En el año 2013 del total de asesinadas (52) sólo a 4 se les había realizado la VPR y a ninguna se le atribuyó riesgo extremo y tampoco alto. Del mismo modo, en el año 2012 del total de mujeres asesinadas (49), únicamente a 5 se les había realizado la VPR y, de ellas, sólo una se identificó con riesgo alto y ninguna con riesgo extremo.

Chelo Tuya: Cuando hablamos, 52 mujeres y 5 menores han sido asesinados (según Ibasque, que incluye casos en estudio) ¿Qué se sigue haciendo mal?

Javier Fernández Teruelo: Las cifras fluctúan. Oficialmente son 46 mujeres las asesinadas por sus parejas o exparejas en España este año hasta noviembre (además de varios casos en proceso de investigación) y 8 menores. En lo que respecta a las mujeres, si proyectamos esas cifras sobre todo el año nos podría llevar a un total anual de entorno a las 50-55, lo que, de confirmarse, constituiría un número de víctimas significativamente superior a las del año pasado y equivalente por ejemplo a las de los años 2001 y 2002.

En cuanto a los 8 menores (de entre 8 meses y 12 años) asesinados en el mismo contexto, dicha cifra es la peor de toda la serie histórica y contrasta con la única víctima mortal del año 2016. Lo más llamativo es, por un lado, la insistencia en reducir oficialmente esa cifra, discutiendo casos que parecen poco discutibles y, por otro, el hecho de que las víctimas mortales menores de edad citadas no se consideren víctimas de violencia de género y no se sumen a la de mujeres.

Y respecto a la pregunta de qué se sigue haciendo mal, creo que establecer una ecuación, según la cual los asesinatos son responsabilidad de quienes nos gobiernan tampoco sería justo. En primer lugar las víctimas lo son de quienes las matan, después de un modelo social construido históricamente en torno a unos valores que favorecen las situaciones de violencia y, dentro de ellas, las más extremas. Ahora bien, dicho esto, cierto es que existen fallos en el sistema de protección, alguno de los cuales ya hemos venido comentando aquí. Creo que con una adecuada gestión del riesgo estas cifras se podrían reducir.

Chelo Tuya: En Asturias, no llegan a cien los efectivos de Guardia Civil, Policía Nacional y Local destinados a la vigilancia de las órdenes de protección. ¿Falta personal?

Javier Fernández Teruelo: Creo que sí, especialmente en zonas rurales donde los responsables policiales tienen que ocuparse de muchas cosas a la vez. Hace tiempo un agente de la Guardia Civil me explicaba que ellos (eran sólo dos para una amplia

zona) no podían acordar nunca un riesgo extremo en el proceso de valoración porque tal decisión implicaba, abandonar todo lo demás para ir a proteger a la víctima y eso era sencillamente imposible.

En todo caso lo importante no es sólo la cantidad (que también), sino muy particularmente usar bien los medios de los que disponemos; ello requiere, como vengo insistiendo, conocer a quiénes, cuándo y cómo tienen que proteger de una forma especialmente intensa. Dicho con otras palabras: sin un buen sistema de identificación y valoración del riesgo no podremos hacer un adecuado uso de los medios personales y materiales con los que contamos. Tenemos que ser capaces de actuar selectivamente, destinando los principales recursos allí donde el riesgo es mayor. La estadística, sin embargo, una vez más, apunta a que durante mucho tiempo hemos estado disparando a ciegas.

Chelo Tuya: El último informe de la Fiscal delegada de Violencia de Género y Doméstica en Asturias, Eugenia Prendes, señala también fallos en el sistema. Le cuento alguno de ellos:

Lamenta ella la falta de testimonio de las familias. Apenas denuncian, pese a que luego se comprueba que lo sabían todo. ¿Todos somos cómplices del maltratador?

Javier Fernández Teruelo: Está mal, pero no nos engañemos. Es mucho más relevante apoyar y preparar a la víctima para la denuncia que denunciar por ella. Ciertamente, las previsiones legales que permiten la denuncia por parte del entorno de la víctima de maltrato no han funcionado, pues el número de denuncias presentadas por familiares apenas supone entre el 1 y el 2% sobre el total. Ahora bien, debemos ser ante todo realistas y una denuncia presentada por terceros, respecto a la cual no existe un compromiso por parte de la víctima, estará abocada casi siempre al fracaso. Recordemos que la denuncia para prosperar necesita el continuo impulso por parte de la víctima, lo que no sucederá si la misma no está decidida y concienciada para llevar el proceso hasta el final. Parece por ello mucho más efectivo tratar de influir sobre ella (informándole, ofreciéndole determinadas garantías, etc.) para que dé el paso que denunciar por ella.

Chelo Tuya: Eliminar la dispensa a declarar de la víctima ¿la victimiza o la salva?

Javier Fernández Teruelo: En el Pacto se prevé articular un tratamiento específico de la llamada dispensa a no declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su fundamento general histórico es evitar conflictos entre familiares derivados de la declaración de la víctima en el marco del proceso penal. Ciertamente, no parece éste un argumento hoy admisible en el contexto de la violencia de género. En todo caso, la cuestión relativa a su posible derogación presenta varias aristas, en la medida en que su supresión podría producir dos efectos; en primer lugar, la víctima, como testigo que es, quedaría obligada a decir la verdad bajo la amenaza de, en caso contrario, cometer delito de falso testimonio y, en segundo lugar, también puede fomentar que algunas víctimas no denuncien dado que, tras hacerlo, no podrían retirarse del proceso, en el que como decimos quedan obligadas a declarar. En definitiva, su presencia produce serias perturbaciones, pero su supresión probablemente también, lo que hace necesario seguir reflexionando sobre la cuestión para encontrar una fórmula capaz de eludir todos o la mayor parte de los inconvenientes reseñados. Ciertamente es que en el Pacto se reconocen estos problemas y se formulan alternativas.

Chelo Tuya: Usted ha sido fichado por el Instituto Asturiano de la Mujer. ¿Significa que sus teorías se van a llevar a la práctica?

Javier Fernández Teruelo: Estamos trabajando en el marco del Observatorio Asturiano contra la Violencia de Género, dependiente del Instituto Asturiano de la Mujer, en la construcción de un sistema paralelo (complementario) de detección de las situaciones de violencia, protección y acompañamiento a la víctima, que no se haga depender de la denuncia, sino de la constatación, a través de fórmulas rigurosas, de la existencia de una situación de riesgo, acompañamiento durante todo el proceso y, cuando fuese preciso, protección física personal.

He tenido varias reuniones de trabajo en el IAM y, dentro del mismo, con los miembros del Observatorio; a raíz de una de ellas, formulé un cuestionario por escrito a todas las responsables de los Centros de Atención a la Mujer. Las respuestas recibidas son sumamente interesantes y, en base a las mismas y a todo lo anterior, he elaborado un documento de diagnóstico y propuestas concretas a implantar, que ahora mismo está siendo estudiado en el IAM. En todo caso, quiero destacar que hay muchas cosas que en Asturias ya se están haciendo bien.

Chelo Tuya: La necesidad de que la víctima presente la denuncia lo más completa posible y no solo basada en el hecho puntual que la llevó a denunciar, así como la necesidad de tener asistencia legal antes de presentar una denuncia

Javier Fernández Teruelo: Una de las cosas que detectado en el diagnóstico de las respuestas recibidas de los CAMs se refiere precisamente a esa cuestión. La denuncia (especialmente en una serie de supuestos) no tiene por qué ser el primer paso, sino la terminación de un proceso de maduración y acceso a una segunda fase en la que la víctima está preparada para afrontar un proceso penal con todo lo que este conlleva. Las causas de la negativa a denunciar o retirada de denuncia (ausencia de ratificación) apuntadas por los CAMs confirman las detectadas por la investigación previa: vergüenza, ánimo de proteger a los hijos, ausencia de conciencia de ser víctima del maltrato, etc.

No podemos olvidar que la denuncia que termina en archivo (por abandono de la mujer) o absolucón no tiene un efecto neutro. Por el contrario, produce un empoderamiento del maltratador, que se siente más seguro e impune, lo que suele utilizar en futuras estrategias de maltrato. Por ello parece conveniente no precipitar denuncias si, a la vista de la situación actual de la mujer que sufre maltrato y las circunstancias que la rodean, se considera que las posibilidades de prosperar son mínimas. Dicha valoración debería realizarse conjuntamente entre las letradas y las responsables del CAM, pues no es sólo una cuestión jurídica.

Chelo Tuya: Pero, ¿se da cuenta de todos los pasos que debe dar una víctima de violencia de género? Si me roban un bolso, no necesito denunciar asesorada por un letrado para que la Policía investigue, se encuentre al ladrón, se le lleve a juicio y se le condene. Si me pega mi marido, sin embargo, parece que hay que ser experto en leyes. Y, por desgracia, tenemos casos de víctimas abogadas y juezas que demuestran que ni el conocimiento de la ley las salva.

Javier Fernández Teruelo: El sistema de reacción policial y judicial necesita ser humanizado. La mayoría de las mujeres que dan el paso y denuncian no lo hacen

por un hecho puntual, sino que puede haber un auténtico calvario detrás (las «muertas en vida», como me ha recordado alguna víctima). Un buen ejemplo es el VPR, al que antes hacíamos referencia. Es un interrogatorio largo, en el que la víctima debe contestar a unas 50 preguntas o indicadores y que, por lo tanto, tiene una importante capacidad victimizadora. Además, por lo general, el resultado se basa exclusivamente en la declaración de la víctima (aunque el modelo permite teóricamente que las preguntas se formulen al agresor e incluso a testigos). Resulta paradójico que tratemos de determinar cómo se va a comportar un sujeto (el maltratador denunciado) examinado únicamente a otro (la mujer maltratada). No hay ninguna razón de peso para prescindir en vía policial del examen del denunciado (al que no se importuna), al objeto de poder determinar si coincide con determinado perfil y con ello si estamos ante el riesgo de un comportamiento futuro de violencia extrema. Entrando en el fondo del cuestionario, resultan poco afortunadas preguntas, como la que pregunta a la víctima si el agresor tiene problemas económico-laborales, que pudiera parecer tienden a cierta actitud de comprensión respecto a la violencia, como parte de una mala racha. Esto es sólo un ejemplo, podríamos citar muchos más.

Chelo Tuya: ¿Qué más han descubierto los análisis de los CAM?

Javier Fernández Teruelo: Varias cuestiones llamativas. Se aprecia, por ejemplo, una posible o aparente desconexión y separación entre la parte de apoyo personal recibido por la mujer víctima de violencia y la parte de asesoramiento jurídico llevado a cabo por las letradas para la interposición de denuncia (que se plantea con frecuencia como una segunda fase independiente). Sin embargo, precisamente este segundo momento, que suele ser especialmente difícil, al entrar en contacto la víctima con un modelo de respuesta penal que manifiesta escasa empatía, requiere una específica intensificación del apoyo personal y moral, incluyendo el acompañamiento desde el mismo momento de la denuncia.

También he podido constatar, por ejemplo, que existe un escaso conocimiento por parte de la mujer sometida a maltrato sobre cuáles son los factores que determinan un mayor riesgo para su integridad (y, en su caso, para sus hijos) y, en particular, el modo en que los maltratadores situados en determinado perfil perciben y actúan frente a una eventual decisión de ruptura de la relación en esos perfiles. Como antes apunté, la mujer debe recibir información acerca de cómo se comporta el agresor en situaciones de riesgo: y, en particular, de la necesidad de acompañamiento y protección para la gestión de la ruptura con el agresor.

Chelo Tuya: Un juez portugués justificó en 2017, insisto, en 2017, un caso de maltrato porque la mujer era infiel. ¿Saldremos alguna vez del medievo?

Javier Fernández Teruelo: En el estado de evolución actual, pienso que en España sería difícil que un juez dijera algo semejante, pero no tanto que alguno (afortunadamente creo que pocos) lo pensara. Y no porque tenga una mala opinión de los jueces; al contrario. Lo que ocurre es que los jueces forman parte de la sociedad y en la sociedad, como ya he dicho, hay un grupo significativo de personas (de forma muy mayoritaria hombres, pero no solo) que apenas se han movido o incluso se han radicalizado cuando han visto que peligran determinados valores, que sustentan concretos privilegios.

La sensibilidad social frente a la violencia ha aumentado mucho; sin embargo ese aumento es mucho menor frente a la principal causa de la violencia: el machismo y el consiguiente reparto discriminatorio de roles entre los hombres y las mujeres. Pese a los esfuerzos de determinados colectivos, que quizá no siempre han enfocado bien el problema, no se ha conseguido visibilizar la relación directa que existe entre discriminación y violencia y así los colectivos feministas siguen sufriendo continuas descalificaciones.

Si alguien tiene dudas de lo que se apunta aquí, le aconsejo que se pase por alguno de los grandes foros o diarios digitales de la red, en particular, por aquellos hilos o noticias que admiten comentarios, y en los que se aparecen cuestiones o noticias relacionadas con la violencia de género. Bajo el anonimato muchos se relajan, pasando a ser ellos mismos y, de ese modo, nosotros/as podemos leer lo que piensa una parte de la sociedad. Como ya apunté, vivimos en un modelo de sociedad que evoluciona a dos velocidades, y en el que una parte importante de la misma se mantiene parapetada tras los «valores» que nos han llevado hasta aquí. Y, mientras no los cambiemos (lo que no se conseguirá a corto plazo), debemos recurrir a métodos de prevención más eficaces. Los minutos de silencio están bien, pero no bastan.

Chelo Tuya: Acabamos... Si una mujer que ahora esté sufriendo violencia machista y no lo ha contado lee esta entrevista... ¿Cree que dará el paso y se atreverá a denunciar o seguirá teniendo dudas sobre la respuesta legal?

Javier Fernández Teruelo: No lo sé, esta entrevista, como otros trabajos míos, no les tiene a ellas por destinatarias, que bastante tienen con lo suyo. Es un mensaje de denuncia de algunas cosas del sistema de protección que son claramente mejorables. En todo caso, si la leyeran, me gustaría pensar que en vez de alarmarse, quizá les ayudaría a estar un poco más informadas sobre algunos aspectos del maltrato y del previsible comportamiento del maltratador, o sobre la necesidad de gestionar de forma discreta y cuidadosa el proceso que le debe llevar a salir de la violencia. También quiero pensar que les ayudaría a entender que si han decidido romper la relación con el maltratador, que obsesivamente no acepta esa situación, deben pedir ayuda para gestionar ese proceso. Que no tienen culpa de nada y que esa sensación de culpa, que a veces les abordea, no es más que la consecuencia natural de una situación tan injusta que su cerebro les atribuye, sencillamente para poder soportarla

ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (SEGUNDA PARTE)

BENJAMÍN RIVAYA
ELÍAS DÍAZ GARCÍA

Benjamín Rivaya: *Hablábamos de «Cuadernos para el Diálogo», de la década de los sesenta, cuando tú publicaste «Estado de Derecho y sociedad democrática», un libro que no sé con cuántas ediciones cuenta, pero muchas, pues se sigue vendiendo en las librerías. Todo un clásico. ¿Mantienes todas las tesis que entonces defendiste? Porque si no recuerdo mal abogabas por un Estado socialista, ¿no?*

Elías Díaz: «No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto, es cierto, que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Dificilmente cabría pensar hoy en un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y, sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado, por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva –a veces intencionadamente– al confucionismo». Este es el párrafo que invariablemente abre todas las ediciones y reimpresiones –diez y seis en total– de mi libro *Estado de Derecho y sociedad democrática*, desde aquella primera hasta la de 1975, publicadas por Edicusa (Editorial de Cuadernos para el Diálogo), con el «acabose de imprimir en los talleres Artes Gráficas el día 11 de octubre de 1966». Tales pretensiones eran claras desde el principio. Desde entonces han transcurrido exactamente, cuando escribo ahora estas líneas, cincuenta años (¡medio siglo!) en mi vida personal y en la colectiva del mundo y de España (sin subterfugios hoy para evitar decir «de este país llamado España»). Las postreras reimpresiones, la última en 2010, fueron publicadas por Editorial Taurus, ahora en la actualidad integrada en Penguin Random House.

Y ese mismo párrafo, basamento y puerta de entrada para todo el tema, era también –con ligerísimas variantes sintácticas– el que abría el artículo de más de veinte páginas publicado en 1963 en la «Revista de Estudios Políticos» con el ambicioso y significativo título de *Teoría general del Estado de Derecho*. Se adelantaba allí buen parte del contenido positivo de este mi libro de 1966. Y por de pronto prolongaba y daba la más válida respuesta constructiva a mis rotundas y detalladas críticas a los Estados totalitarios del fascismo italiano y del nacionalsocialismo alemán, que habían aparecido con anterioridad

en el «Anuario de Filosofía del Derecho» en 1961 bajo el rótulo de *Sustanciación de lo colectivo y Estados totalitarios*. Frente a esa entificación totalitaria de lo colectivo, mi afirmación y reconocimiento sustantivo de la persona individual con primacía de su libertad moral. Estos dos escritos derivaban de mi tesis doctoral en la Universidad de Bolonia (1959-1960) así como de libros y experiencias en los posteriores semestres de Friburgo y Múnich (1961-1962) y, por supuesto, de mi trabajo diario ya como docente en los intermedios de todos esos años y de los que les seguirían después en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense con relaciones personales en buena medida confluyentes con las gentes, amigos y colegas en el intenso ámbito del Colegio Mayor «César Carlos» de Madrid. El resultado de relectura, revisión y reconstrucción de todo ello fue, entre otras cosas, ese mi primer libro *Estado de Derecho y sociedad democrática*, aparecido en octubre de 1966, en –como acabo de decir, otra feliz conjunción– la Editorial de «Cuadernos para el diálogo».

El Estado de Derecho que yo iba asumiendo allí era, pues, un tipo específico de Estado, un modelo organizativo nuclear y potencialmente democrático –con todo más liberal que democrático en sus orígenes– que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas y racionales de la modernidad (y de la Ilustración) como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socio-económico y, unido a ello (como siempre ocurre), también de carácter ético y cultural. Un producto, pues, de teoría y praxis o, si se quiere invertir la relación, de praxis y teoría: estos no son nunca términos escindibles. El Estado de Derecho es, así, una invención, una construcción racional y un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (retrocesos incluidos), hecha por gentes e individuos, sectores sociales que, frente a poderes absolutos, despóticos o ajenos buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades –*no taxation without representation*– y que, a su vez, en coherente ampliación, exigen garantías y protección efectiva para otras decisivas manifestaciones de su libertad. En su mejor desarrollo para hacer real y para todos esa libertad. Es decir solidaridad e igualdad, además de libertad y seguridad. En este sentido podría decirse que el Estado de Derecho es –pretende ser– la institucionalización jurídica de la democracia política (y ética), la conversión y concreción de la legitimidad democrática en sistema de legalidad.

Vertebrando no sin conflictos y con no pocos problemas internos y externos toda esa decisiva evolución histórica y esos diferentes (no indiferentes) modelos de Estado de Derecho –liberal, social y, siempre abierto, más plenamente democrático– cabría destacar ciertos componentes, ciertos mecanismos, procedimientos, valores que han sido y deben ser imprescindibles para que pueda en rigor hablarse de un verdadero, pero no estático ni esencialista, Estado de Derecho. Tales necesarios caracteres generales (entendiendo a su vez que este como la democracia misma es siempre una realidad de carácter gradual, procesual, perfectible y abierta en el tiempo) serían, a mi modo de ver principalmente los cuatro siguientes: a) Imperio de la ley, que impera sobre gobernantes y ciudadanos, como expresión de la voluntad popular; es decir creada, pero no bajo unos mínimos censitarios, con libre participación y representación de todos los integrantes del grupo social, lo cual implica libres elecciones, partidos políticos, libertad de expresión, con sus correspondientes públicas y privadas exigencias; otros «imperios» no tienen nada que ver con el Estado de Derecho; y por supuesto que el imperio de la ley, de las

leyes así creadas, es también y ante todo imperio de la ley constitucional a la cual se subordinan todas las demás. b) División de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, con diferenciación mejor que separación entre ellos y con lógico predominio en última instancia de un poder legislativo, como representante legítimo del grupo social, que es primero poder constituyente, constitucional y, luego ya, constituido, parlamentario, concretado en la producción de las correspondientes normas jurídicas; siempre con un poder judicial que es independiente de todo lo demás, es decir, de todos los demás poderes institucionales y sociales. c) Fiscalización de la Administración, del Ejecutivo, del Gobierno, actuación suya según ley en todos los órdenes y niveles, sometimiento de los gobernantes a la ley, lucha contra las inmunidades del poder y así control ante los correspondientes Tribunales de Justicia; subordinación, pues, al principio de legalidad para todos los funcionarios y servidores del Estado. d) Protección de derechos y libertades fundamentales conquistados –teoría y práctica– en esa lucha de la razón y de la historia y que constituyen precisamente la misma razón de ser del Estado de Derecho. Las certeras garantías jurídicas (penales, procesales y de todo tipo), así como la efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales y de otra especie (derechos a las diferencias sexuales, raciales, religiosas en igualdad de condiciones) constituyen la base para una progresiva igualdad y dignidad entre todos los seres humanos de este amplio mundo.

A nadie se le ocultarán (tampoco al autor de ese libro) las muchas y grandes complejidades y dificultades de muy diferente índole y alcance que están presentes o que subyacen en el mero enunciado prescriptivo de todos estos objetivos. Ni tampoco cabe desconocer el ya mencionado carácter gradual y procesual, histórico que –con el necesario cumplimiento de su contenido básico esencial– caracteriza a tales rasgos definitorios en los diferentes tiempos del Estado de Derecho, como por lo demás también ocurre con la más o menos traumática evolución de la democracia. En ese contexto debería enmarcarse esa mi opción general por el socialismo democrático, también como modelo abierto de carácter socioeconómico. Creo que, sin entrar ahora en otros pormenores de ello, sí resultaría necesario llamar la atención sobre el hecho de que no pocos de los problemas y déficits que hoy interesadamente se cargan con simplista ligereza en la cuenta sin más de la política, en la cuenta de la democracia (también ahí los hay), tal vez deban serlo más bien y con mayor claridad en la de la propia economía, es decir, en un sistema capitalista de mercado no suficientemente regulado. Desde Karol Wojtila (1978) con su fundamentalismo teocrático y con Margaret Thatcher (1979) y Ronald Reagan (1980), fundamentalismo tecnocrático, se habría producido una involución, en nuestros temas hacia un muy conservador Estado neoliberal de Derecho y hacia (conjunción de neocons y teocons) un iusnaturalismo de la *lex mercatoria* como la verdadera y absolutamente justa ley natural.

Pero, volviendo atrás, a este libro mío de 1966, a fin de situar mejor su significado concreto tendría también que hablar, siquiera sea brevemente, acerca de la «intra-historia» del mismo. Me explico: fue en 1962 cuando la prestigiosa y liberal Comisión Internacional de Juristas, con sede en Ginebra, dio a conocer su informe sobre *El imperio de la ley en España*, en el que se explicaban y detallaban los incontrovertibles hechos y poderosos argumentos que determinaban la no consideración del Estado franquista

como un Estado de Derecho. Tomando como base ese mismo tipo de razones y desde una similar orientación –pero, advierto, sin para nada mencionar de modo expreso a España– publiqué yo al año siguiente (1963) mi aquí ya antes aludido artículo *Teoría general del Estado de Derecho*. Pero, por otra parte, enseguida, en 1964, se editaba y se distribuía ampliamente como réplica oficial del Régimen frente al mencionado informe ginebrino, el increíble anti-informe titulado de modo suficientemente expresivo *España, Estado de Derecho*. «Esa tarea –leemos en su nota previa– fue asumida a instancia del Ministerio de Justicia por el Instituto de Estudios Políticos que designó a tal fin una Comisión integrada por juristas de diversa especialización». No se daban allí los nombres de sus autores, todo era anónimo, pero no era difícil, menos aún lo fue después, saber quiénes (colegas, profesores y algunos políticos) colaboraron en tan infausta y, todo hay que decirlo, tan difícil, casi imposible, tarea. Pues, fue, es ese contexto de críticas, debates, defensas y condenas sin más (todo ello, por supuesto, en reducidos ámbitos culturales y políticos universitarios) cuando uno andaba afanado con todos esos materiales aquí referidos para construir meses después el que será *Estado de Derecho y sociedad democrática*, terminado de imprimir en aquel ya mencionado 11 de octubre de 1966. ¿Qué pasó? Pues que enseguida, el 31 de ese mismo mes, el Ministerio de Información (Manuel Fraga Iribarne) sin más lo secuestró.

Ya no había censura previa obligatoria, recuérdese que había sido sustituida a iniciativa del mismo Ministerio por la ley de prensa e imprenta de 18 de marzo de 1966, pero que implantaba a su vez el depósito (también obligatorio) de toda publicación ante la sede oficial correspondiente. Los prudentes y/o adictos podían seguir presentando sus cosas a censura (que tampoco daba total seguridad) pero los atrevidos y disidentes por principio optamos (¡qué remedio!) por el tal depósito. Y así se hizo, en efecto, con nuestro libro el día 28, viernes, de ese mismo mes de octubre de 1966, a través del secretario de Edicusa, la editora de «Cuadernos para el Diálogo», el joven jurista Oscar Alzaga. El ministro Fraga, catedrático de Teoría del Estado y ávido lector tuvo pues aprovechada ocasión para echarle un vistazo en aquel fin de semana, entre el sábado 29 y el domingo 30, concluyendo con urgencia como solía hacer siempre él, que yo –mero profesor adjunto– me había metido, sin más, de manera directa y expresa en el concreto berenjenal de su fuerte polémica y repudio contra la Comisión de Juristas de Ginebra. Acertaba y se equivocaba a la vez. De ese modo, el mismo lunes 31 a primera hora de la mañana ordenó tajantemente el secuestro del libro por el «servicio de policía a su cargo». De todo ello se daba puntual cuenta en el escrito oficial que el Director General del Ministerio dirigía al Excmo. Sr. Fiscal del Tribunal Supremo y al Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de orden público, con inmediata fecha de dos de noviembre. La prensa daba noticia concreta del evento sin atreverse a señalar o extrañarse de cómo un libro sobre el Estado de Derecho podía ser secuestrado por un Estado que, según el increíble contra-informe del Ministerio, acababa precisamente de declarar que esa España (franquista) era un verdadero Estado de Derecho.

Esa era –creo– la contradicción interna del régimen que con toda evidencia, aunque de manera implícita e indirecta, el libro revelaba. Bastaba con decir qué y cómo era el Estado de Derecho, según la mejor ciencia y filosofía jurídica y política, para que se viera con toda claridad que aquello que había y se imponía en España no lo era. Esa conclusión, ese para ellos gran peligro, lo advertían también alarmados los lectores

oficiales (antes censores) del propio Ministerio: conservo algunos de sus anónimos informes, reconocibles no pocos por sus propios estilos terminológicos e ideológicos. El propio Manuel Fraga anotaba así en sus diarios de aquel 1966: «Sábado 29 de octubre: Aniversario de la fundación de Falange española». Y después: «se presenta el vidrioso libro de Elías Díaz *Estado de Derecho y sociedad democrática*». De todos los significados de «vidrioso» me quedaría con los de «transparente» (ahí no cabía el error, el autor no hablaba de España aunque estaba pensado del todo en, para y contra esa su dictatorial situación), o el de «resbaladizo», que fue lo que ocurrió. La acusación de fondo era por el delito de propaganda ilegal pero se prefirió ir al fondo a través de la forma: intentaba justificar el secuestro –fácil nos lo ponía– con supuestos defectos de forma, inexistentes e inocuos, como «la mención del domicilio del impresor» (art. 11 de dicha Ley de prensa e imprente) o el hecho de haberse distribuido previamente un cierto número de ejemplares desde la sede entonces de Edicusa en el número 30 de la calle Almirante, donde acudió de hecho la policía aquella mañana. Fraga, reconozcámoselo, se empeñó e hizo todo lo posible por convertir mi libro en clandestino pero por fortuna para todos no lo logró.

Continuó impertérrito el Ministerio ratificándose en el susodicho secuestro, pero finalmente el Tribunal de Orden Público (atisbando felizmente que aquello era del todo impropio de un Estado de Derecho) ordenó, con fecha del 18 de noviembre, «el levantamiento del secuestro de los ejemplares de dicha obra que en su día practicaron funcionarios del Ministerio de Información y Turismo». A pesar de todo, dicho Ministerio seguiría en su contumaz posición. Notifica así que «la lectura de las notas remitidas por la Fiscalía del Tribunal Supremo, explicativas del sobreseimiento del sumario seguido por la edición del libro *Estado de Derecho y sociedad democrática* produce primero perplejidad y luego alguna indignación». Y termina dicho escrito con una frase de difícil, cuando no amenazante, comprensión: «Tal vez esta sorpresa y preocupación debieran ser conocidos por el pleno del Consejo de Ministros», concluye en Madrid a 28 de noviembre de 1966 el Ilmo. Sr. Director General de Información.

Levantado el secuestro, el libro, pues, se autorizó con lo que se agotó una primera edición muy rápidamente: quizás parte de ella ya se había distribuido previamente por Pedro Altares y Rafael Martínez Alés sin esperar a más o, con mayor probabilidad, se distrajo de la búsqueda de la policía el mismo día de autos. Hubo enseguida una segunda con idéntico resultado: los novios se lo regalaban a sus novias (tengo pruebas fehacientes de ello), los estudiantes lo leían y lo discutían, me hice casi «famoso»... El libro se autorizó pero ni el Ministerio ni otros jerarcas del Régimen olvidaron aquel «trágala». En la caja 17.648 del AGA (Archivo General de la Administración) se encuentran los informes políticos (policiales) que dicho Ministerio encargó por entonces sobre (contra) mi libro en relación con la orden de «secuestro previo a las medidas judiciales pertinentes», según reza allí. Esos inquisitoriales «informes» (otros me llegaron posteriormente por otros conductos) son, claro está, anónimos pero sospecho, hasta por el «estilo» quiénes fueron sus respectivos autores, algunos de ellos, sin duda, colegas profesores. Ellos saben muy bien quiénes son. Yo también sabía de la existencia de tales papeles políticos y de la maléfica influencia que ejercieron durante largo tiempo contra mis aspiraciones docentes universitarias entre esos años de 1966 a 1974, así como de las derivadas para mi inclusión en las listas fabricadas en el «estado de excepción» y el consiguiente

confinamiento en enero de 1969. Por ello me he permitido dejar aquí apuntado (quizás aburriendo al lector de hoy) tantos datos y detalles de aquella situación. Pero, en fin, ahí sigue vivo y feliz aquel viejo libro (*Estado de Derecho y sociedad democrática*) en su cincuenta aniversario en este 2016, que –pienso– bien podría todavía valer aún como lejana referencia para estos muy diferentes tiempos en que ambos (Estado, instituciones y sociedad civil) necesitan una muy profunda reforma y regeneración democrática.

Benjamín Rivaya: *Después aparece, en 1971, «Sociología y Filosofía del Derecho», con gran éxito. Al leerlo me quedé con la impresión de que se podía ver allí el influjo de dos autores: Kelsen y, sobre todo, Bobbio. ¿Estoy en lo cierto? Y entre los colegas nacionales, a su vez, el de Legaz y, en especial, el de González Vicén. ¿Quizás son, junto con Recaséns, los tres filósofos del Derecho más importantes en la España del siglo XX?*

Elías Díaz: Toda la bibliografía iusfilosófica de aquellos años, desde el final de la segunda guerra mundial, especialmente en Alemania e Italia (los dos países de acogida intelectual mía como, digamos, refugiado del franquismo), giraba en torno a graves y, por lo demás, viejos problemas que se actualizaban y se concretaban por entonces, y aún más, en el arduo debate y mutua atribución de responsabilidades entre iusnaturalistas y positivistas en torno a la candente *reductio ad Hitlerung*. Años después sobre estas y otras cuestiones también nos tendría siempre bien informados desde allí el profesor y amigo Ernesto Garzón Valdés. Revisar y corregir aquel pasado, aquella catástrofe, con otras nuevas alternativas y actitudes, con otras filosofías era la gran tarea. Y en lo que a los temas iusfilosóficos concernía, construyendo, reconstruyendo e innovando todo ello, sin prescindir, por lo demás, de aportaciones históricas válidas tanto del mejor iusnaturalismo, el de carácter racionalista del siglo XVIII (Ilustración) como del positivismo científico liberal del siglo XIX. Todo ello estaba, quería estar, en el gran trasfondo de este libro mío de 1971, *Sociología y Filosofía del Derecho*, producto de mis cursos durante años en constante comunicación con los estudiantes asistentes a ellos, así como de las sucesivas y más formalizadas «Memorias» preceptivas para las oposiciones universitarias en nuestro país, en mi caso desde las realizadas en 1966, que incorporaban e integraban gran parte de aquella bibliografía entonces más actual. Este libro tuvo, en efecto, amplia difusión de modo particular en las Facultades de Derecho y de otras ciencias sociales más cercanas: hubo tres reimpresiones entre 1974 y 1977, una segunda edición revisada y corregida en 1980 y otras siete reimpresiones entre 1981 y 1992 (varios miles de ejemplares en todo ese tiempo). Me sirvió además de buena base para después.

Como apunta aquí Benjamín Rivaya, los dos autores de mayor influencia y presencia en este libro fueron Hans Kelsen y en efecto, sobre todo, Norberto Bobbio (también, pero en menor medida Herbert L.A. Hart). No obstante –junto a la «tercera posibilidad» que ya ofrecen estas concepciones analíticas y normativistas– asimismo se insistía allí hasta en el título, en la necesidad de la perspectiva sociológica. Aquí el gran Renato Treves y la sociología jurídica europea, más la anglosajona y en especial la americana de mi curso, como profesor invitado en 1969-1970, en la Universidad de Pittsburgh: asimismo tal perspectiva se aunaría con la recuperación alemana de la historicidad, bien seleccionada en la influencia del inolvidable Felipe González Vicén. Y, desde ahí, acogiendo las justas exigencias de una filosofía crítica, ética y política, abierta –en mi caso– a las propuestas del socialismo democrático y al debate con la filosofía marxiana y

marxista en sus expresiones más humanistas, entendiendo por tal la base del ser humano como agente moral: Ernst Bloch y su *Derecho natural y dignidad humana* así como, diferenciado de él, Theodor Adorno y la disputa del positivismo en la sociología alemana y también la escuela de Francfort pero más allá después del mero «procedimentalismo» atribuido a Habermas o Rawls. Para todo ello y otras cosas más reenviaría a, entre otras, las obras del siempre sugerente y disidente Javier Muguerza.

Para nuestra generación y para quien esto escribe, aquellas dimensiones sociales, históricas, externas a la existencia de cada uno, no eran algo abstracto (nunca lo son) sino la real condición de una España en las fases medias y finales pero siempre inciertas y represivas de la dictadura que se había impuesto, con muchos años de nuestras vidas en medio, como resultado de aquella entonces no tan lejana guerra civil. Las generaciones posteriores (a la transición desde 1976 y a la Constitución de 1978) ya pudieron instalarse con mayor tiempo y seguridad –libertad, igualdad, fraternidad– tanto en relación con sus teorías como en sus más tranquilas prácticas. Unas y otras, sin embargo, también pronto se verían afectadas por falacias como, entre otras, las del «fin de la historia».

Consideraciones de este tipo, sociales e históricas, me valen, por lo demás, para mi respuesta, que no quiero soslayar, a la última pregunta de Benjamín Rivaya en este punto. Sí, estaría de acuerdo en que Legaz, Recasens y González Vicén serían, por la calidad de su obra, los tres más importantes filósofos del Derecho en la España del siglo XX, quizás, precisando más, desde los años treinta, sin olvidar antes, en su primera mitad, a juristas (de diversos ámbitos) como Rafael Altamira, Luis Jiménez de Asua, Adolfo Posada o Fernando de los Ríos en discipulado directo o indirecto de Francisco Giner de los Ríos o Gumersindo de Azcarate en unos u otros de los centros de investigación vinculados a la «Institución Libre de Enseñanza». De todos ellos, también nosotros (generaciones de los años cincuenta y sesenta) nos beneficiábamos de su magisterio, tanto recibiendo interesante información como, de algunos, incidiendo más en formación y orientación. (Sobre estos tiempos, antes y después, puede verse entre otros trabajos, el libro de 2010 de mi entrevistador *Una historia de la filosofía del derecho española del siglo XX*). Habría enseguida que advertir que aquellos tres maestros (quizás añadiría también a Antonio Truyol Serra) fueron fuertemente dañados –aunque con diferentes connotaciones e implicaciones– por aquella incivil guerra civil. Luis Legaz y Lacambra, conservador, cauto y prudente, acentuando aun así sus temores y resquemores para estar siempre en consonancia con los más moderados dentro del régimen triunfador. Luis Recasens Siches, liberal huido de la guerra hacia el exilio mexicano, retornado y utilizado desde su misma llegada por el tardofranquismo, estaba ya muy lejos del plural espectro ideológico de los estudiantes de la Universidad española que ahora luchaban por la democracia. Felipe González Vicén, libertario, en auténtico exilio interior, a quien reconozco como uno de mis mejores maestros, disfrutaba por su identificación en aquellos años de la transición con el «Isidoro» socialista de la clandestinidad: libre siempre en su pensamiento y firme en su apoyo a los disidentes y perseguidos frente a los reaccionarios poderes fácticos de la filosofía jurídica en connivencia, directa o indirecta, con la política oficiosa y oficial del, para entonces, ya agonizante Régimen.

Benjamín Rivaya: *En 1974, tras obtener plaza junto con Juan José Gil Cremades, vienes a la Universidad de Oviedo como catedrático de Filosofía del Derecho. Pero antes de que nos hables de Oviedo me gustaría que nos contaras tus recuerdos de aque-*

lla oposición, que desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho significó, creo, el fin del franquismo. En este punto me gustaría que glosaras la figura de Francisco Elías de Tejada.

Elías Díaz: Tiempo de oposición y tiempo de oposiciones. Tiempo de oposición (política) frente a la dictadura y para la democracia (algo de ello ya se ha hablado aquí) y, a la vez, tiempo de oposiciones (académicas) frente a nadie en persona –en el fondo todos los opositores íbamos de víctimas–, si acaso frente a uno mismo, y sus saberes, a fin de lograr una mayor estabilidad docente, profesional y también económica como catedrático de la Universidad Pública. Las dos actividades juntas, de oposición y de oposiciones, no siempre eran fáciles de conllevar, algunos dirían –como por otros motivos los «puristas» y el propio Régimen– que eran inadecuadas, e, incluso, contradictorias. Pero muchos de los entonces jóvenes las veíamos como irrenunciables, o más bien ambas como necesarias y, en su raíz, totalmente consecuentes entre sí. Queríamos seguir trabajando en la Universidad, cada cual en sus especialidades y con el mayor rigor científico e intelectual ante los estudiantes y en las publicaciones, si bien también como compromiso –así se decía entonces– para contribuir, en la medida de lo posible y junto con otros sectores más decisivos, al cambio profundo de la sociedad civil y de las instituciones políticas en que debiera democráticamente estructurarse aquella. El Régimen con sus acólitos académicos se obstinaba en hostigar y condenar tales posiciones y situaciones (más en unas materias o especialidades que en otras) haciendo que las actitudes de (política) oposición tuvieran en todo caso las peores repercusiones para los concurrentes a unas u otras de tales (universitarias) oposiciones. Trabazón, pues, de efectos negativos no sólo –por supuesto– en el mundo de la Universidad, entre activa oposición a la dictadura y control de oposiciones, sino en cualesquiera otra parte de la pública función.

En las Facultades de Derecho a nadie se le oculta que nuestra asignatura, entonces con el rótulo dual y oficial de «Derecho natural y Filosofía del Derecho» (respectivamente impartidas en el primer año y en el quinto y final), era sin duda la que entrañaba más altos componentes ideológicos, entendidos en el buen (descriptivo) o en el mal (distorsionante) sentido del término «ideología». Por decirlo de otro modo, era y es hoy con profundos cambios (suprimida ya como rubro la respuesta de natural a uno de los temas más centrales de la necesaria Filosofía del Derecho) la que enlaza y tiene que ver más directamente con debatidas cuestiones de filosofía ética y política, incluso con reenvíos a concepciones y doctrinas de carácter religioso y teológico: como cuando, por ejemplo, se invocaba una ley eterna grabada como ley natural en los seres humanos y de la cual derivaría la justa y verdadera ley positiva. En aquellos tiempos de los que aquí hablamos, no pocos juristas (incluso muy influyentes y renombrados) se reían sin más en privado de tal simplificada, ingenua y ancestral concepción, reservándose su ineludible advocación, sin embargo, para grandes solemnidades ante gobiernos, academias o grandes obispos y cardenales. Eran los mismos, jueces o abogados, que en el día a día actuaban dualistamente (evito el correlativo término en psiquiatría) como los peores positivistas, que desde ahí para nada se planteaban ni discutían –tampoco en sus escritos teóricos– los concretos problemas de justicia o injusticia (o de legitimidad o ilegitimidad) de aquel Derecho positivo, aquella legalidad, que interpretaban y aplicaban. Ese era el contexto jurídico, Derecho natural y Filosofía del Derecho, en el que, en

la España del nacional-catolicismo, actuaba nuestra política oposición y se realizaban nuestras universitarias oposiciones. Todo ello bajo la rígida vigilancia y control de heterodoxia, ejercidos por las dos residuales familias políticas del Régimen, tanto por los tecnócratas del Opus Dei como, antes, de la Falange reconvertida en vergonzante Movimiento, ya sin tradicionalistas (aunque, como veremos, nos quedaba el peor) y tampoco ya sin las «Jons».

Con estas aseveraciones no hablo sólo de mí mismo (que también) sino, al propio tiempo y en su nombre, de otros muchos jóvenes profesores como, en mi generación, Raúl Morodo o Ramón Tamames, precisamente los tres que bajo la presidencia de José Luis L. Aranguren constituimos la Secretaría de Coordinación del «Movimiento de Reforma Universitaria» fundado en noviembre de 1962. Su actividad informal fue constante a lo largo de los años sesenta, decisiva en los sucesos de 1965 en que se produce la expulsión de la Universidad de, entre otros, Enrique Tierno Galván y Mariano Aguilar Navarro que también formaban parte de la directiva de aquél. Por esas fechas, en la primavera de 1966, me presento por primera vez a unas oposiciones de cátedra, recuerdo que para las Universidades de Oviedo, ya, y Santiago de Compostela. Como libro publicado llevaba sólo una muy extensa Antología del pensamiento de Unamuno, pero por entonces estaba ya precisamente con las últimas revisiones y correcciones de mi *Estado de Derecho y sociedad democrática* que aparecería pocos meses después, como ya se ha dicho aquí, en octubre de ese mismo 1966. Pero sí presentaba varios extensos artículos en revistas especializadas: entre ellas los dos que constituían el núcleo fundamental de ese mi primer libro y de cuyas dificultades de difusión por el Ministerio de Información ya han sido también reseñadas aquí. Como también lo fueran los referentes de 1962 y, en imprenta, el de 1966 sobre la crítica al Derecho Natural, base inicial de mi obligada «Memoria». De todo ello hablé en mi primer ejercicio, como también de otros trabajos más técnicos de teoría del derecho publicados en 1961 y 1964. Y de otros varios de tono menor, en el «Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca», dirigido por el catedrático de ella, Enrique Tierno Galván. Quedé relativamente satisfecho para haber sido mi primera ocasión, sobre todo por la «lección magistral» (así se llamaba el tercer ejercicio) sobre la filosofía jurídico-política de J.J. Rousseau en lectura sobre él más democrática de lo habitual. Pero «naturalmente» y, aunque tuve mis defensores en el tribunal (Joaquín Ruiz-Giménez y, creo que en parte, Mariano Hurtado), no fui finalmente propuesto.

Resultó de ello lo que, dadas las condiciones, tenía que resultar (siendo presidente José Corts Grau, junto a los insalvables Mariano Puigdollers y Francisco Elías de Tejada) para ser nombrados como catedráticos dos candidatos firmemente adictos al Derecho natural, si bien con desiguales y más matizadas concomitancias ideológicas y doctrinales uno que otro, Nicolás López Calera y Francisco Puy Muñoz. Se cometieron, según creo, ciertas irregularidades por parte de algún miembro del tribunal que ya empezaba a manifestar su incontinente afán de prepotencia y dominación: me refiero, claro está, al entonces catedrático de la Universidad de Sevilla, el ultratradicionalista Francisco Elías de Tejada y Spinola. Para mí fue, con todo, una buena experiencia personal que me reafirmaba en el itinerario ya emprendido tanto en lo referente a mi actitud de oposición a tales doctrinas como a mi continuidad en la presentación a algunas de las oposiciones de Filosofía del Derecho que se convocasen a pesar de que, como era de prever, estu-

viesen llenas de obstáculos e, incluso, de arbitrariedades sin más. Otros compañeros míos de entonces –compañeros de profesión y, aunque no sin claras diferencias internas, también de nefanda ideología– como Luis García San Miguel o Juan Ramón Capella, más cansados o experimentados (también con esa prueba de 1966) ante tal cerrazón académica e institucional, temporalmente se retiraron ambos a sus cuarteles de invierno a la espera de tiempos mejores. Por mi parte, pude, pudimos, –Maite incluida–, resistir con éxito y esfuerzo todo aquello que nos vendría y que después nos vino encima –en especial entre 1971 y 1974– porque en el fondo y, entre otras causas de diversa índole, más que la cátedra «en sí» y «para sí», que diría Sartre –la cual, de todos modos, daba una cierta mayor estabilidad también económica–, lo que de verdad me interesaba era poder trabajar en la Universidad y eso ya lo tenía como profesor adjunto desde 1964, en la cátedra de Ruiz Giménez en la Universidad Complutense de Madrid. Y así seguiría investigando, leyendo y escribiendo, aún en medio del fragor de esos años de continuas oposiciones entre 1966 y 1974: ahí publicaría, junto a los libros aquí ya citados *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966) y *Sociología y Filosofía del Derecho* (1971), otros nuevos sobre el pensamiento político de Unamuno (1968), sobre la filosofía social del Krausismo español (1973) o, tal vez yo aquí en exceso imprudente, sobre los intelectuales en España y también en el exilio desde la guerra civil hasta el final del franquismo (1974).

Mientras tanto la partidaria oposición política al Régimen se manifestaba en esos años con cada vez mayor fuerza y presencia, así como las protestas de los movimientos de estudiantes y jóvenes profesores, más, de manera muy especial, los más decisivos sectores obreros y de los sindicatos semiclandestinos que se situaban ya en su punto de máxima tensión. En la Universidad (nada de festivos «jaraneros y alborotadores» como en 1956 quería verlo el dictador), tras un 1968 en ese sentido de alcance universal –así Francia, Alemania, México, Estados Unidos y demás– el punto álgido de aquella tensión se alcanzaba en nuestro país, puede muy bien decirse, con la muerte –auténtico asesinato– del estudiante, alumno de nuestra Facultad, Enrique Ruano en manos de la policía política y miembros del denominado «Frente de Liberación Popular» (FLP, el famoso «Felipe»). Su muerte, aquel 20 de enero de 1969 conmocionó a toda la Universidad española que respondió a ello con numerosos actos de solidaridad y reivindicación democrática contra el franquismo, el cual, desbordado, declara a los pocos días (el 24 de ese mismo enero) el «estado de excepción» en todo el territorio nacional. Fueron centenares entre obreros, líderes sindicales, estudiantes y profesores universitarios, así como gentes de otras profesiones liberales los que por entonces fueron detenidos y confinados. De entre los profesores de la Universidad de Madrid además del que suscribe, recuerdo entre otros (la mayoría en aquella alta noche del 30 de enero) a Javier Muguerza, Gregorio Peces-Barba, Raúl Morodo, Pedro Schwarz, Pablo Cantó, Manuel López Cachero, Francisco Bustelo, Oscar Alzaga, Paulino Garragorri, Rafael Jiménez de Parga o Fernando Álvarez de Miranda. Todos fuimos conducidos por la policía a muy pequeños y alejados pueblos de nuestra geografía para permanecer allí confinados algunos por breves días, otros –yo entre ellos– durante los dos meses que al fin duró el mencionado estado de excepción. En su levantamiento parece que, para convencer a Franco con el apoyo de los ministros tecnócratas del *Opus Dei*, pesó más el segundo que el primer rótulo del Ministerio regido por Fraga Iribarne (recuérdese, de «Información

y Turismo») asustados ante la posible huida o fuerte caída de visitantes extranjeros a un país dictatorial ahora, además, en reductivo estado de excepción.

Pero en medio de todo aquello, volviendo al contexto de esta nuestra entrevista, aparece otra vez aquí la tan resaltada conexión entre oposición y oposiciones. Ocurría que en aquel 1968 yo tenía firmada mi presentación para uno de los puestos de profesor agregado (un horrible, transitorio y extraño vocablo aquel de Agregaduría, parecido a la cátedra pero sin exactamente serlo) convocados para la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Se tendrían que iniciar la presentación y la práctica de tales pruebas en, precisamente, enero de 1969. Joaquín Ruiz-Giménez, miembro del tribunal solicitó que, como se hacía a veces con los estudiantes, se me permitiese venir a Madrid (yo estaba confinado en Villagordo, un pequeño pueblo de la provincia de Jaén) para poder realizar mis ejercicios acompañado y vigilado por la Guardia Civil. El presidente de dicho tribunal, el profesor Torcuato Fernández Miranda, espantado ante el hipotético espectáculo y el consiguiente escándalo, prefirió dejar todo esto en suspenso y posponerlo *sine die* para algún tiempo futuro más oportuno para él. Formaron también parte de dicho tribunal los catedráticos de Barcelona Enrique Luño Peña, el de Salamanca, José Delgado Pinto, así como el omnipresente Francisco Elías de Tejada y Spinola, de la Universidad de Sevilla. En esa situación, tras mi regreso del confinamiento y con casi nulas posibilidades de optar en tales circunstancias a una cátedra, en esta ocasión una agregaduría universitaria, se me recomendó e hizo saber por muy diferentes y competentes conductos que, a todos los efectos, me vendría bien una temporada de ausencia y trabajo fuera de España. Por lo menos hasta que fueran alejándose y olvidándose un poco las causas que habían dado lugar a mi reciente detención de, por lo demás, nada improbable y agravada repetición.

Fue entonces cuando de manera oportunísima intervino nuestro gran amigo (desde la época del «César Carlos») Javier Herrero, profesor eminente en los Estados Unidos, quien me ofreció un muy aceptable contrato en su Departamento de Estudios Hispánicos de la Universidad de Pittsburgh, en Pennsylvania. Allí nos fuimos (también Maite y el pequeño hijo Miguel), sin saber muy bien hasta cuándo, con un cierto aire de exiliados, emigrados o refugiados, aunque circunscribiendo después nuestra estancia al tiempo estricto de ese año académico 1969-1970. Fueron muy estimulantes y satisfactorios los cursos allí impartidos creo que también para los estudiantes (amigos después) y desde luego que para el propio profesor. Además de los recuerdos de muchas cosas de la vida diaria, otras nuevas para nosotros –aquella emocionante marcha del *Moratorium Day* por la paz y contra la guerra de Vietnam–, asistí con alguna regularidad a seminarios, conferencias y otros actos con preferencia de historia política y de sociología en aquel país. (Escribí sobre ello con más detalles acerca de cosas y personas –Juan Marichal y Solita Salinas– en mi ya citado *Itinerario* publicado en 2003: en Charlottesville nos encontramos con el joven Javier Solana y con el inolvidable José María Valverde). Señalo enseguida que el regreso a España estuvo también motivado por la convocatoria previsiblemente para julio de 1970 de aquellas oposiciones de Agregaduría aplazadas en enero del año anterior. Decidimos volver (con todo nuestra vida estaba aquí) a pesar de algunas interesantes ofertas recibidas de varias Universidades americanas. Decidí no convertirme, pues, en un exiliado intelectual. Lo más importante del regreso fue el nacimiento de nuestro segundo y último hijo (Pablo), varios meses después: exactamente

el 30 de enero de 1971, a los dos años justos, día por día, de la fecha de la ya referida detención y confinamiento de 1969 (¡feliz compensación!).

Aquí estaba de nuevo de cara a esas oposiciones –segundas en mi currículum académico– para aquellas dos Agregadurías de nuestra Facultad. Para esas dos plazas nos presentábamos, entre otros firmantes, los tres profesores adjuntos de Filosofía del Derecho en ella: por edades, el antiquísimo iusnaturalista tradicional, Emilio Serrano Villafañe, me parece que coronel o general, no recuerdo bien, del cuerpo jurídico militar, de quien se aseguraba que había intervenido en causas de depuración contra los derrotados de la guerra civil; después, Antonio Fernández Galiano, también iusnaturalista pero con buena formación clásica y espíritu aperturista, quien como filósofo se preciaría él mucho después, en la transición, de haber sido precisamente el primer presidente del «ente» preautonómico de Castilla-La Mancha; y, por último, el autor de estas líneas, Elías Díaz, quien (como dirían hoy los jóvenes) con el peso de la «mochila» que aquí va resumida, finalmente se quedaría fuera de la propuesta del susodicho tribunal. Las oposiciones se celebraron en la Complutense en aquel tórrido julio de 1970: tras la renuncia, semanas antes, de Torcuato Fernández Miranda a la presidencia de aquél –sin duda que su astucia le hizo adivinar lo que se le venía encima– fue sustituido como tal por el catedrático de Derecho Canónico de la Universidad Complutense Isidoro Martín. Pero que las tales oposiciones al final acabaran por resolverse casi por el criterio burocrático de la antigüedad o por un mixto con el obligado criterio de adhesión al Derecho natural, no quiere en modo alguno decir que el contenido de aquellas sesiones careciera de grandes tensiones y muy fuertes presiones. El protagonista de todas las oposiciones de Filosofía del Derecho, al menos de todas aquellas a las que yo concurrí y de las que, por tanto, puedo dar testimonio directo, tampoco en esta ocasión y de manera muy destacada nos querría privar de su enloquecida y, hasta cruel, actuación.

Me refiero, claro está, al profesor Francisco Elías de Tejada y Spinola, miembro que pretendía ser siempre el más poderoso y prepotente del correspondiente tribunal. Aquí el objeto de su exhibición, con quien de verdad se ensañó, aunque a cambio de final compensación, fue con el opositor Emiliano Serrano Villafañe. Ocurría que esta persona, ya bastante mayor, sufría una fuerte deficiencia auditiva: oía con dificultad y los audífonos de la época no eran en absoluto la perfecta o suficiente solución. Lo pasaba mal con los estudiantes que, los más despiadados, ante las preguntas de él simulaban contestar moviendo mucho la boca pero sin articular palabra. Pues bien, el mencionado miembro del tribunal se pasó todo el tiempo de los ejercicios orales de aquel intentando probar en público lo evidente, haciendo además gestos ostensibles y hasta histriónicos de ello. En suma que el resto del tribunal, ofendido también, lo que en concreto dedujo de ello es que este candidato no iba a contar de manera alguna con el apoyo y el voto del temido profesor y que, por tanto, se podía pensar en la opción en favor mío –como me lo indicó el propio presidente– para ser propuesto como Agregado de la Universidad. Craso error: lo que –a modo, dicen, del emperador Calígula– quería él demostrar no era lo fácil y lo que podría hacer cualquier persona (es decir, ratificar como catedrático o agregado a alguien que lo mereciera) sino, por el contrario en este caso, nombrarle, proponerle, aunque careciera de las aptitudes y exigencias que él mismo se había encargado de poner allí de manifiesto. Así cuando llegó el momento de la votación y ante las diferentes posiciones de los otros miembros del tribunal, lo que el profesor dominador

por sorpresa y a las bravas impuso y logró de la medrosa necesaria mayoría (tres, dos más con él, incluido el mencionado nuevo presidente) era que Serrano Villafañe fuera sin ya mayor discusión el segundo candidato a nombrar, siendo así lo que en realidad ocurrió. Joaquín Ruiz Giménez (que ha dejado nota y amargo comentario de todo ello en sus *Diarios de una vida, 1967-1978*, pp. 166, 281, 286 y 287 fue, con José Delgado Pinto, sólo en primera vuelta, de quien recibí yo los dos votos a favor. Según escribió allí Ruiz Giménez –al cual yo le tenía avisado de las espurias maniobras en la génesis de tal tribunal– quien más le falló y decepcionó fue el débil y tornadizo presidente y catedrático de Derecho Canónico Isidoro Martín. También lo hizo, por supuesto, Luño Peña sucumbiendo a las temibles presiones del todavía poderoso inquisidor. Aquella oposición concluyó con dos furgones de la Policía Nacional, llamados por quien tendría poder para ello, a las puertas de nuestra Facultad.

¿Tendría que advertir ahora a los pesimistas más o menos irreductibles, a pesar de realidades como las que estoy narrando aquí, que también en aquella época había y lo sabíamos bien una Universidad mucho mejor, sobre todo una muy activa esperanza de ella, formada por grandes mayorías con cultura democrática entre los estudiantes y también por amplia parte de los jóvenes y no tan jóvenes profesores? Es lo que le daba a uno ánimo y solidaridad (así me lo demostraron con sus protestas a lo largo y al final de esa ocasión) para proseguir adelante. En esta vía, por de pronto y recordando el refrán de que «no hay dos sin tres», yo me había propuesto (una vez que ya había comenzado) seguir selectivamente hasta el final. Esas que serían mis terceras oposiciones ya estaban en marcha. ¡Aquello era un sin vivir!, pero adelanto al amigo lector, a fin de evitarle ya más agobios y angustias, que esta vez se cumplió también con el refranero en lo de que «a la tercera va la vencida». Fue «aquella oposición (en singular y en plural, añadiría yo) la que –señala el profesor Benjamín Rivaya– desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho significó, creo, el fin del franquismo». Y a la inversa, que el final político del franquismo que ya se intuía cercano, en la primera mitad de los años setenta, implicaba a su vez el final del absolutismo académico iusnaturalista y que se hiciera más posible, no sin fuertes resistencias, luchas y obstáculos, el reconocimiento universitario e institucional y no ya sólo la mera existencia fáctica de otras nuevas miradas hacia la Filosofía del Derecho.

Para mí todo eso había empezado (otra vez la vista atrás) en aquellos años sesenta: esas dos anteriores oposiciones operaban como precedentes válidos ¡qué remedio! para estas terceras de ahora. Ocurrió que casi a comienzos del verano de 1967 se había convocado la correspondiente cátedra de la Universidad de Oviedo que yo firmé enseguida desde Santander donde –recuerdo– estábamos pasando unos días antes de preparar, para septiembre, un viaje político-intelectual como invitado a EEUU de casi un mes de duración. (En otras ocasiones ese punto de partida en Santander lo era para amplias estancias veraniegas en Gran Bretaña, con encuentros personales, entre otros, con historiadores, hispanistas y quien desde entonces sería nuestro nuevo gran amigo Paul Preston). Con esa convocatoria de 1967 se me iniciaba así (no lo sabíamos) un nuevo y largo período de oposiciones interminables de siete años hasta 1974. Es de agradecer ahora que el profesor Juan José Gil Cremades, en la actualidad catedrático emérito de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza –con motivo de una entrevista como esta mía para los «Diálogos Jurídicos», 2016, (pp. 282-287) con el

mismo entrevistador, el profesor Benjamín Rivaya— se haya tomado la molestia y la paciencia (con provecho aquí de mi pereza) para reordenar los viejos papeles y detallar fechas y datos sobre la complicada mecánica externa de estas que serían para los dos nuestras últimas oposiciones y en las que ambos acabamos concurriendo con un final feliz. También he tenido en cuenta los mencionados *Diarios* de Joaquín Ruiz Giménez sobre el sentido de sus decisiones desde la perspectiva más interna del propio tribunal, a partir de manera intermitente de las primeras referencias de sus anotaciones (8 de abril de 1971) y hasta el final de las mismas (21 de octubre de 1974). Así como, claro está, he echado mano de mis propios recuerdos y vivencias personales, con a veces precisiones o matizaciones que van aquí con respaldo o no del papel: con mis papeles escritos hay incluso sorpresas para mí mismo.

Por su parte, Gil Cremades añade allí una ampliada información, después de señalar esa fecha exacta (6 de junio de 1967) con la convocatoria de la cátedra de Oviedo y de que el 20 de noviembre de ese mismo año se publican los nombres del tribunal juzgador de ellas, tanto del presidente como de los cuatro vocales titulares (y de los cuatro vocales suplentes). Eran titulares los siguientes: Ángel González Álvarez, Felipe González Vicén, José Corts Grau, Nicolás López Calera y el fraile dominico José Todolí. Por vez primera, de que yo tuviera memoria, el profesor González Vicén —el exiliado interior— figuraba en un tribunal de oposiciones a cátedra de Universidad. Era mi única posibilidad de esperanza entonces dentro de aquel. Era uno de nuestros pocos maestros iusfilosóficos en este país. Sus trabajos de crítica al naturalismo y al formalismo, de defensa de un cierto, a veces no muy bien definido historicismo, fueron los que, desde 1950 a 1961 y después, siempre en la Universidad de La Laguna, sirvieron como incentivo para el acercamiento y el conocimiento de su obra a los que por entonces en otras latitudes (yo concretamente en Salamanca con los profesores Joaquín Ruiz Giménez y Enrique Tierno Galván) nos iniciábamos en el estudio de la filosofía jurídica, filosofía ésta que de siempre se nos aparecía como conectada en sus planteamientos de fondo con la ética y la filosofía política. Muchos años después, ya en 1978, con ocasión de su jubilación universitaria, yo titulaba allí mi intervención como «González Vicén, una crítica historicista de las ideologías jurídicas del franquismo». En aquel 1967, de que hablamos aquí, yo mantenía frecuente comunicación discipular, afectiva e intelectual con él. Tenía que verle, era mi deber —recuerdo perfectamente el rincón del hotel de Madrid en que me recibió— quien, dado mi pesimismo y desistimiento ante tal tribunal, con sus poderosos carraspeos me instó firmemente a presentarme: «sería para mí —me dijo— una falta de respeto si no lo hiciera. Yo he venido a él a hacer justicia». No lo dudé ni un minuto más.

Mientras tanto, transcurridos en silencio oficial casi dos años recuerda Gil Cremades en esa su mencionada detallada entrevista, que, ignorando por qué causas, el hecho es que «el Ministerio Villar Palasí, el 8 de abril de 1969, agregó la cátedra de Zaragoza a la ya convocada de Oviedo, lo que obligó a abrir un nuevo plazo de presentación de opositores y —dice— produjo dimisiones en cadena». Así se formó el bloque de Zaragoza-Oviedo al que concurríamos, entre otros, Gil Cremades y yo, con antigüedad de firma en mi caso ante la primigenia asturiana. Volaron los anteriores Tribunales, permanecieron unos, entraron otros suplentes y, al fin quedó constituido el tribunal base de toda la acción posterior: José Beltrán de Heredia como presidente y Felipe González

Vicén, Nicolás López Calera, Francisco Elías de Tejada y Joaquín Ruiz Giménez como vocales. Y otra vez casi dos años de silencio y de movimientos sin fin (pero siempre con final provocador y perturbador) para que el 18 de enero de 1971 se diera lugar a la nueva convocatoria y el inmediato día 20 a la constitución del tribunal.

Pero allí enseguida estallaron las querellas internas en el ámbito del propio tribunal: algunos de los candidatos veíamos, oíamos y hablábamos de ello desde fuera, con cada vez mayor hastío e indignación. El sempiterno Francisco Elías de Tejada enfrentado a su viejo amigo el ahora presidente José Beltrán de Heredia (que había sido profesor mío durante varios años en la Universidad de Salamanca) renunciaba y enseguida no renunciaba, con notario y sin notario, a su puesto de vocal, con al parecer querellas penales entre ambos y también por la vía civil a causa de la disputa por algunos candidatos imposibles. Gil Cremades anota (y ello me parece de alto interés) que el ministro Villar Palasí fue muy permisivo siempre con Elías de Tejada. Eso les ocurría a otros muchos. La verdad es que yo vivía bastante ajeno a los detalles de todo aquello y me limitaba a acudir cuando había ejercicios de los opositores y, sobre todo, cuando quien actuaba era yo, cosa que comenzó a ocurrir después de la presentación de opositores aquel germinal 8 de marzo de 1971. En esa fecha es en la que, como yo señalé, se inician también las anotaciones en los *Diarios* de Joaquín Ruiz Giménez. Entre ellas y los de ahora de Gil Cremades casi todo son coincidencias excepto quizás en la relevante posible confusión de este último entre la «conversación» (de 4 febrero de 1972) de Ruiz Giménez con Elías de Tejada (pienso que quizás buscando con éste una imposible paz en el tribunal incluso también renunciando aquél a seguir en él) y, ese sí, el «almuerzo» de los mismos el 12 de septiembre de 1973: Ruiz Giménez era muy estricto en sus *Diarios* sobre el uso de estos términos para uno u otro modo de comunicación. Para Elías de Tejada la paz era siempre sinónimo de entrega incondicional a su obsesiva necesidad de poder personal pero también ideológico, dentro y fuera de la Universidad. A pesar de todo, y ya en el límite del muy reciente pasado, a este almuerzo también tuve que asistir yo (en el restaurante Alduccio, en efecto «en los alrededores del Estadio Bernabéu») y me admiro todavía hoy de cómo el católico, casi en esto puritano, Ruiz Giménez, obvia todo erotismo en el relato de aquel cuando –dice– «me contó cosas demenciales de sus viajes». Por su parte, Elías de Tejada había sido excluido por sentencia judicial de su puesto de vocal el 21 de octubre de 1972. Fracasaba así su nefasta quimera del «Derecho Natural Hispánico» (aquellas increíbles jornadas y libro de 1972-1973) con una reformulación más del imperio hacia el Dios del nacional catolicismo español.

Los ejercicios se reanudaron una vez más (entre el cansancio y la esperanza de su resolución) en junio de 1973, convocándose para la votación final el 17 de tal mes. Gil Cremades se ha referido muy gráficamente a lo que todos vivimos allí ese día en el que creíamos, iba a ser ya la última sesión: «Sería media tarde. El hall y el pasillo del Instituto –de Investigaciones Científicas en la calle Medinaceli de Madrid– estaban repletos de gente expectante. Las horas pasaban y las deliberaciones del tribunal no concluían. Con sorpresa pudimos ver que el presidente salía del Instituto y nos dejaba a todos boquiabiertos. Al parecer, alegó ante sus colegas que lo sentía mucho, pero que tenía que atender a su madre enferma, dejando la decisión en el aire». Jamás volvió –anoto yo y sigue Gil Cremades– «nadie reaccionó, ni siquiera el Ministerio, ocupado desde principios de mes –junio de 1973– por un estrambótico ministro Julio Rodríguez». Por

fortuna este caería tras el «magnicidio» del presidente de gobierno Luis Carrero Blanco (20-XII-1973) siendo sustituido en el Ministerio por el muy diferente y abierto Cruz Martínez Esteruelas, con Felipe Lucena como Director General de Universidades. Con todo ello «a vosotros os ha venido Dios a ver» como me señaló –con referencia también a otros profesores en similar situación– un alto cargo de esa misma línea, a quien yo tuve después necesidad de visitar más de una vez, avalado por el profesor García de Enterría, para acabar de asegurar mi efectivo y complicado nombramiento. En este resumen mío quiero dejar para el final este párrafo triunfal también de Gil Cremades como reconocimiento a la triada (González Vicén, Delgado Pinto y López Calera) que supo resistir hasta el final: «Por fin a comienzos de diciembre Beltrán de Heredia presentó renuncia a seguir presidiendo el tribunal, en carta comunicada al Ministerio y a los vocales del tribunal y sin aducir causa alguna, si bien dejaba caer sospecha sobre irregularidades, que fue contestada por los tres vocales. Estos cumpliendo el minucioso reglamento de oposiciones de 25 de junio de 1931, al mantenerse el quorum mínimo de tres miembros, procedieron a seguir actuando con González Vicén, como más antiguo, en calidad de presidente y quedaron en proceder al acto público de la votación el día 12 de diciembre del año en curso 1973. Ahora ya sin los obstáculos de junio, el tribunal voto por unanimidad, en primer lugar a mí –palabras de Gil Cremades–, que así pude elegir Zaragoza mientras que a Elías Díaz, en segundo lugar, le correspondió Oviedo». Ello tuvo ya lugar finalmente, tras algunos otros retrasos político-burocráticos a través de su publicación en el BOE del 30 de julio de 1974.

Benjamín Rivaya: *Por razones evidentes, me gustaría que nos hablaras en extenso de los dos años que pasaste en Oviedo, donde viviste la muerte de Franco, creo. Me parece que hay una historia de la Facultad de Derecho de Oviedo durante la transición que merecería la pena ser narrada. Me vienen a la cabeza los nombres de Gustavo Bueno, Julio González Campos, Gerardo Turiel, José María Laso o Manuel Atienza, entre otros.*

Elías Díaz: Ya estamos en Asturias, en Oviedo. Por el momento yo solo de la familia y únicamente para la toma de posesión como nuevo catedrático de su Facultad de Derecho. De acuerdo con el Rectorado hice el viaje hacia allí –los hoy muy «leídos» dirían que era mi viaje y llegada a Itaca– en uno de los primeros días de agosto de aquel 1974, temprano por la mañana en una jornada luminosa y bonancible como es frecuente en el verano del norte. Iba desde Santander donde precisamente en 1967, siete años antes, había firmado también la presentación para la entonces recién convocada cátedra de Filosofía del Derecho de dicha Universidad. Mis cuñados los pintores Eduardo Sanz e Isabel Villar habían residido largos años en la capital cántabra y algunos veranos nos íbamos a pasar alguna semana allí junto con ellos. En mi propio coche (Seat 124-D) me acompañaron en aquel inolvidable viaje a Oviedo dos muy estimados profesores y amigos: desde Santander, el catedrático de Derecho Internacional Antonio Truyol Serra y, desde Gijón, el catedrático de Derecho Mercantil, Aurelio Menéndez, Decano de la Facultad de Derecho de la nueva Universidad Autónoma de Madrid, con el cual por entonces un equipo de la Complutense, yo a su frente, estábamos ya en avanzado proceso de incorporación a ella. Ambos, pues, fueron mis muy ilustres padrinos en ese acto celebrado en las reducidas dependencias, con cierto aire británico, del Rectorado anexas al histórico edificio, luego tan familiar, de la Facultad que yo hasta entonces

no conocía. Tras ese acto formal y el para mi muy grato almuerzo con ellos y algunas personas más, fue el feliz regreso aquella misma tarde a Santander con mi esforzado título de catedrático de la que, por la primera como tal, sería ya para siempre mi muy querida ovetense Universidad.

Fue ya al siguiente mes, toda la familia de acuerdo, cuando nos trasladamos a vivir a Oviedo, Maite –que dejaba su tarea como profesora en el «Instituto de Estudios Europeos» de Madrid– y nuestros dos hijos, Miguel de ocho años y Pablo entre tres y cuatro, ambos ya previamente inscritos en el colegio público «Gesta de Oviedo», donde fueron felices, hicieron amigos y aprendieron muchas cosas de merecido interés. La llegada efectiva fue en la intensa tarde-noche de aquel 13 de septiembre de 1974. Nada más entrar –el profesor Manuel García Álvarez, entonces en la Universidad de Harvard, nos había alquilado su piso en la calle Santa Susana al lado mismo del parque de San Francisco– los hijos se lanzaron al televisor: terrible negativo contraste, casi única información, era en esas horas, el brutal atentado de ETA, con explosión de una potente bomba que había producido doce muertos y ochenta heridos en una conocida cafetería, «Rolando», de la calle del Correo en Madrid. A los pocos minutos conmovidos y sobrecogidos por la noticia, mientras todavía desempaquetábamos nuestras cosas, sonó el timbre de la puerta (no esperábamos a nadie, pero este contraste fue la sorpresa agradable) apareciendo en casa el activo socialista y enseguida buen amigo Juan Luis Rodríguez Vigil, informado de nuestra puntual llegada por Gregorio Peces-Barba, a su vez gran amigo de ambos. Hablamos de lo ocurrido hacía unas horas, de todo lo que estaba pasando y podría pasar, así como nuestras comunes perspectivas.

Fue él quien desde esos mismos momentos, con una eficacia y una insistencia que tradicionalmente había sido más propia de los «peceros», me metió del todo en el ajo, poniéndome en contacto con buena parte de las gentes y los problemas del PSOE en Asturias. Algo después me haría conocer una de las sedes ocultas del partido (creo recordar que en la calle General Elorza) con la gran estantería móvil que en el legal despacho de abogado escondía la cerrada sala donde se encontraban fotocopiadoras, multicopistas y demás instrumentos (octavillas, carteles, periódicos, revistas) propios de la clandestinidad. Y fue en un pueblo de la cuenca minera (¿San Martín del Río Aurelio?) donde conocí algunos meses más tarde a los ya –tras el Congreso de Suresnes– máximos dirigentes del ilegal partido, Felipe González y Alfonso Guerra, rodeados por la cordialidad y el entusiasmo de los trabajadores asturianos. Escribo ahora con infinita nostalgia estas páginas, también en Asturias (Ovio de Llanes), durante el confuso y torpe verano político de 2016.

Hasta entonces –años de Madrid– yo había tenido relación casi únicamente con socialistas universitarios, intelectuales, profesionales públicos y privados (burguesía diría sin más un ortodoxo radical). En Asturias, en cambio, conocí más de cerca el socialismo obrero. Con alguna frecuencia nos reuníamos con compañeros en pequeños pueblines y también con alguna frecuencia di charlas sobre temas políticos y culturales (nueva «extensión universitaria» en grado menor) en centros obreros de la zona industrial o minera de influencia socialista o comunista, en plural colaboración por ejemplo en aquel Club de Amigos del Nalón. Otras veces eran concretas cuestiones políticas o laborales en las que –con mi, entonces, solemne título de catedrático– procuraba ayudar en lo que podía. Así, en ocasiones –eran otros tiempos–, con peticiones al señor Obispo o

al propio Rector de la Universidad, José Caso González, para temperar sanciones de otras instancias o encauzar conflictos parajudiciales: gestiones y entrevistas con otras gentes principales –de aquí o de Madrid– que en algo podrían influir. Conferencias, declaraciones en la prensa que contribuían –creo– a abrir y presentar el socialismo en ciertos ambientes, hasta entonces medrosos, recelosos o nada amigos de él. De todas esas actividades, recuerdo sobre todo con una especial emoción la masiva y tensa concentración socialista en el cementerio civil de Mieres, en un domingo de enero de 1976, todo nevado, rodeados por la policía armada, para conmemorar el 45 aniversario de la muerte del dirigente histórico de la UGT asturiana, Manuel Llanea. En aquel acto, verdadera reivindicación popular por la amnistía y la libertad, el amigo Francisco Bustelo (luego rector de la Universidad Complutense) fue, en representación de la ejecutiva del partido, el principal y muy determinante orador. Una jornada que con tantas y tan cercanas y animosas gentes, resultaría para mí verdaderamente conmovedora.

Pero al lado de todo ello, a lo que yo había ido a Oviedo, a su Universidad, para lo que en concreto se me había nombrado como catedrático –con cargo a los presupuestos generales del Estado– era para ocuparme de la enseñanza y formación en sentido amplio de los estudiantes de Filosofía del Derecho: ésta siempre entendida por mí en sus interrelaciones con las demás materias de nuestra Facultad y de otras de filosofía y ciencias sociales. Creo con toda sinceridad que, sobre la base de mis anteriores cursos en especial en Salamanca y Madrid así como de mis libros publicados, de los que algo ya he hablado aquí, es decir de mi propia formación, pude cumplir de modo satisfactorio con mi deber, con mi tarea y función en ella. Con bastante frecuencia me encuentro con antiguos estudiantes de muy diferentes posteriores profesiones, que así me lo atestiguan y que yo les agradezco muy de verdad. Junto con otros profesores con quienes coincidí allí, creo que mantuvimos y propiciamos un buen ambiente científico e intelectual en el conjunto de la Universidad de Oviedo y también en su Facultad de Derecho. En particular en la Filosofía del Derecho yo me beneficiaba y, a su vez, me autorresponsabilizaba de un ilustre pasado iusfilosófico derivado de los discípulos de Giner de los Ríos y la «Institución Libre de Enseñanza» representados allí nada menos que por Leopoldo Alas (Clarín) y otros como los que mi entrevistador Benjamín Rivaya ha estudiado en su excelente monografía sobre *Una historia del Derecho Natural y la Filosofía del Derecho en la Universidad de Oviedo*, desde sus orígenes a principios del siglo XVII (1608) hasta nuestros mismos días (2008). Ojalá la hubiera yo podido leer y conocer en aquellos mismos días de mi incorporación a ella.

Entre esos profesores, con Teodoro López Cuesta que había sido Rector, sin reproducir aquí el listado completo de ellos, recordaría muy en especial a Julio González Campos –querido amigo desde los años del «César Carlos»– a Vicente Montés y a Gerardo Turiel (los tres, por desgracia, ya fallecidos) con quienes, además de las tareas académicas, compartíamos muy buenas y frecuentes relaciones familiares y en ellas con nuestras respectivas parejas Isabel, Amparo, Mary y Maite. Hacíamos excursiones todos juntos acompañados de nuestra pandilla de hijos y competíamos en disputadísimos partidos de fútbol, por ejemplo, en la playa de Rodiles y, aún más arduamente, en torno a las excelencias de los insuperables manjares preparados por cada grupo familiar. A veces se incorporaba también Carlos Rozas (y Conchita) o Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, Miche, (y Consuelo). Otros profesores de la Facultad, dirigidos por el Decano Armando

Torrent, eran el ya citado Teodoro López Cuesta (que, creo, había asistido a mi toma de posesión), Ignacio de la Concha (que había sido profesor mío en Salamanca), Dionisio Llamazares, José María Muñoz y algunos más, por reducirme corporativamente a los entonces catedráticos. Y en mi área de conocimiento Ramón Maciá, Luis Martínez Roldán y otros más jóvenes, siempre todos conmigo en grata relación. Fueron por entonces alumnos destacados entre otros, Álvaro Cuesta (de importante posterior trayectoria socialista) y el hoy muy docto y sólido catedrático de la Universidad de León, Juan Antonio García-Amado, con quien siempre lamento no haber tenido una mayor relación entonces y después. También estaban Manuel García Álvarez (egresado y regresado de Harvard), el cual tiranizaba a su rubia novia –recuerdo– con la obligada lectura de mi libro *Estado de Derecho y sociedad democrática* o Bernardo Fernández Pérez, el muy competente y reservado miembro del Gobierno asturiano años después.

Siempre en la Universidad de Oviedo y en otras Facultades tuve también fructífera relación en aquellos tiempos del final del Régimen (1974-1976), con filósofos como, muy en primer lugar, el gran Gustavo Bueno –fallecido este mismo verano de 2016 en que escribo estas líneas–, lleno de ideas, de entusiasmo por ellas, y de trabajo para comprenderlas, transformarlas e incorporarlas a su sistema (con cierre categorial y demás). De su posterior, digamos, involución yo hablaba, a veces, con él admitiendo lo que había en ella de provocación pero también –según mi criterio– de ilegítima distorsión. Otros jóvenes filósofos de entonces eran Amelia Valcárcel (sabía feminista después), Pilar Palop, Vidal Peña o Gustavo Bueno, hijo de aquel. Entre los historiadores tenía que haber conocido a Álvaro Ruiz de la Peña pero eso fue después, y sí tuve entonces alguna frecuente conexión con Julio Mangas, Lola Mateos, David Ruiz (que llevaba entonces el importante «Club cultural») o José Girón: con estos dos últimos me encontraba además todos los años en los «Coloquios de Pau» (Francia) organizados desde 1970 por el entusiasta, infatigable y querido amigo –primero por amplia correspondencia postal y luego por cercana relación personal– que fue Manuel Tuñón de Lara (a su vida y obra le dediqué un capítulo especial de mi libro *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Madrid, Alianza Editorial, 1994). Fuera, pero no lejos de la Universidad, en la ciudad y en la comunidad del Principado, recuerdo entre quienes tratamos con alguna mayor asiduidad a Juan Cueto Alas, ya entonces escritor consagrado, Carmen Díaz Castañón, directora del Instituto «Bernaldo de Quirós» en Mieres, que organizaba interesantes ciclos de conferencias y encuentros culturales, Lola Lucio y Juan Benito Argüelles (director de la importante «Tribuna ciudadana»), José María (Chema) Fernández González, Valentín Álvarez Corujedo, Jose Manuel Castañón (que además de sus obras publicadas, ha dejado cartas y testimonios inéditos de alto valor histórico), José Luis (Tote) Villanueva, Germán Ojeda, Isabel Espejo, Nacho Quintana, Cándido García Riesgo, y otros que seguro recordaré en otros momentos y papeles escritos.

Pero a quien no olvido aquí ni en otros muchos espacios de mi ya citado *Itinerario intelectual* es a Manuel Atienza. Allí le tuve como muy especial estudiante de doctorado y como director yo de su tesis doctoral, leída en octubre de 1976. Catedrático hoy de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, discípulo también de Gustavo Bueno, fue desde los años de Oviedo mi mejor colaborador y desde entonces también muy íntimo y querido amigo. No digo fraternal porque es, para eso, mucho más joven que yo. Y amigo filial tampoco porque sería adornarme en exceso con tal paternidad,

lo cual no quita –claro está– que en ocasiones me atreva también a discrepar de él. De su generación, Manuel Atienza y, añadido aquí, Francisco Laporta son hoy, a mi juicio y sin demérito alguno de otros varios, los dos más importantes maestros de la teoría y filosofía jurídica (¿analítica?) en español y en otras lenguas, cercanas o incluso lejanas. Y ambos tienen discípulos –lo digo yo, no ellos que son humildes– de gran valía en diferentes Universidades del ancho mundo, empezando por las suyas propias, Alicante y Autónoma de Madrid. En esta última también profesó él cuando yo regresé a ella en 1977, tras los dos años de Oviedo (1974-1976) y de unos breves pero intensos meses en Valencia en el curso 1976-1977.

Durante los años que vivimos en Oviedo, sin faltar nunca a las tareas docentes ni a mis otras obligaciones académicas, yo tenía que viajar de vez en cuando a Madrid para asistir a ciertas reuniones del Consejo de redacción de la revista «Cuadernos para el diálogo». Y aún más para lo mismo en la revista «Sistema» de la que yo, con otros varios, fui principal fundador y desde su aparición en 1973 su director. Pero sobre todo tenía que atender a lo que podría pasar en relación con el Área de Filosofía del Derecho de la recién creada Universidad Autónoma de Madrid (UAM), a la cual, como ya señalé antes– nuestro equipo de la Complutense, ante las dificultades en ésta, se encontraba en avanzado proceso de incorporación. La UAM había empezado a funcionar en 1968 con reducidos grupos de estudiantes y en instalaciones provisionales para sólo algunas de las futuras Facultades. Pero en esos años había ido creciendo muy bien integrando profesores, preferentemente catedráticos, como directores de cada una de las Áreas de conocimiento. En Filosofía del Derecho, el Decano Aurelio Menéndez hablaba para ello con Joaquín Ruiz Giménez quien, queriendo él permanecer en la Complutense, propuso precisamente para aquella en 1970 a su adjunto y entonces provisional encargado de cátedra Elías Díaz. Se había comenzado, pues, conmigo el traslado a la UAM, acompañado con un selecto equipo de muy jóvenes profesores ayudantes como Francisco Laporta, Virgilio Zapatero, Liborio Hierro, Joaquín Almoguera y algo después Eusebio Fernández, Elena Beltrán y Jose Luis Colomer (a los que pronto se uniría el «bobbiólogo» Alfonso Ruiz Miguel) los cuales habían hecho sus tesis doctorales sobre temas o autores a propuesta del mismo con quien ahora se embarcaban a principios de los setenta en esa nueva y ambiciosa aventura.

Pero la situación en esas condiciones lo era o podía serlo de alguna precariedad, sin todavía un catedrático, digamos, institucional. Y lo era así, no por lo que se refería a la propia Facultad que apoyaba plenamente el proyecto sino como posible fácil presa para candidatos no tomados en cuenta por la UAM o, peor aún, para depredadores académicos sin más. Ese era el caso precisamente del tantas veces citado y sufrido aquí, el sempiterno Francisco Elías de Tejada y Spinola que intentó hacerse nombrar como tal para Filosofía del Derecho de la UAM. Esa operación tenía para nosotros un evidente y único objetivo aniquilador del nuevo equipo de trabajo de ella, hostigado sin parar por aquél tanto por motivos teóricos como políticos e históricos, enfrentado a la modernidad y a la Ilustración desde su para siempre «filosofía perenne» unida al más reaccionario tradicionalismo. (Y, contumaz, seguiría intentándolo, sin éxito, hasta bastantes años después, concretamente 1977). Pero a estos efectos, volviendo atrás, algo había venido sustancialmente a cambiar con mi nombramiento oficial como catedrático en aquel julio de 1974, que ya se ha reseñado aquí, con el que me incorporé, semanas después, a la

Universidad de Oviedo. Es fácil comprender que entre 1974 y 1976 –más aún en medio con la muerte del dictador Francisco Franco el 20 de noviembre de 1975– aquellas incertidumbres y asechanzas contra nuestra Filosofía jurídica en la UAM sólo se podrían en esos momentos aquietar y solucionar con mi retorno y nuevo traslado a ella, ahora como catedrático institucional. Así se hizo y yo volvía, pues, con el originario equipo de trabajo, hasta entonces en heroica resistencia, es decir con los mencionados amigos y colaboradores de la Universidad Autónoma de Madrid.

Pero antes de terminar mi tiempo, más bien a mitad de él, en Oviedo y en Asturias (siempre añadido estas a aquel), todavía tendría que pasar por la que sería mi segunda y más grave comparecencia ante el Tribunal de Orden Público (TOP), en octubre de 1975. El día dos de ese mes recibía yo la correspondiente cédula de citación personal como director de la revista «Sistema» para comparecer, según me notificó después el juez Gómez Chaparro, como «presunto inculpado» (sumario 1412/75) de alguno de los delitos incurso en los artículos cuatro y diez del recientísimo Decreto-Ley (10/1975) del 26 de agosto de ese año (de gracia) de 1975, para la «prevención del terrorismo». La acusación lo era por la publicación del número once de dicha revista, dedicado a conmemorar el cincuenta aniversario de la muerte de Pablo Iglesias en 1925. Concurrí, pues, inmediatamente, ante el TOP bien acompañado y aconsejado en calidad de abogados (mejores imposibles, por ese lado iba bien cubierto) por mis grandes amigos e ilustres juristas Gregorio Peces-Barba y Enrique Gimbernat Ordeig, que eran por lo demás tan culpables o más que yo en la crítica abierta y en la oposición al régimen franquista: en algún momento temí que saliésemos inculcados los tres. Allí tuvimos que oír del mencionado juez semejante acusación –implicar al Pablo Iglesias de ayer en el terrorismo de hoy (o de antayer y ayer)– haciéndonos también saber que la causa de tal inculpación había sido quizás impulsada por la especial «hipersensibilidad» política con que se estaban viviendo aquellos momentos en nuestro país.

Recordemos que en julio de 1974 se había constituido la «Junta democrática» de fuerte oposición a la dictadura y en julio de 1975 la «Plataforma de convergencia democrática» (que se unirían en marzo de 1976 en la famosa «Plata-Junta» de coordinación democrática). Y en concreto en aquellos mismos días que marcarían la última cronología del Régimen franquista habían tenido lugar los fusilamientos, las ejecuciones, de los miembros activos de ETA y FRAP (Frente Revolucionario Antifascista Patriótico) condenados sumariamente y sin las necesarias garantías jurídicas. Y precisamente el día anterior al de mi cédula de citación (de fecha 2 de octubre, como ya indiqué) se había producido el múltiple asesinato obra del oscuro grupo terrorista que por vez primera aparecía como GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre). El mencionado juez de TOP no se privó de indicarnos, lo recuerdo perfectamente, que el asunto, mi acusación –y señalaba con el dedo– venía de arriba. Interpretamos que posiblemente se refería al Ministro de Justicia (estábamos en el mismo edificio) que lo era en ese momento José María Sánchez Ventura Pascual, tras haber sustituido en el mes de marzo a Francisco Ruiz-Jarabo Baquero; o, incluso, a la propia Jefatura de Gobierno –a través de su servicio de informadores universitarios– presidido por Carlos Arias Navarro. En cualquier caso lo que desde luego, veíamos muy claro es que tal decreto-ley supuestamente antiterrorista era, a la vez (no sé si sobre todo) un decreto-ley antidemocrático y enemigo de la libertad de pensamiento y de expresión. Me compla-

ce señalar y agradecer que el asturiano profesor Fernando Suarez González –antiguo compañero en el Colegio de España en Bolonia– estaba ya iniciando gestiones como miembro del Gobierno en mi favor, cuando se produjo el acontecimiento histórico, el gran esperado fallecimiento del dictador. En ello estaba el inculpado Elías Díaz cuando, entre mediados de septiembre y octubre, comenzaban a conocerse y difundirse los graves males que aquejaban a aquel: lo supimos Julio González Campos y yo, en visita al rector José Caso González, para interceder en pro de Manuel Atienza y Carlos Rozas, en llamada directa a él del Gobernador Civil. En mi personal situación así acababa aquel Régimen (para todos los españoles) infausto: con una petición fiscal (sumario 1412-75) de entre dos y seis años de prisión, la cual llevaba consigo la inhabilitación y expulsión de la Universidad. Tras aquel 20 de noviembre de 1975 por supuesto que de aquella grave instrucción nunca más se volvió a saber. Posiblemente se archivaría o se olvidaría sin más: cualquiera sabe dónde habrá ido a parar. Quizás entraría, a pesar de no haberse culminado, en el mundo jurídico-político de la posterior amnistía general.

Franco había muerto y volvíamos, meses después, a nuestra casa (y Universidad) de Madrid. Pero pronto nos hicimos, Maite y yo, otra casa en Asturias, entre Llanes y Ribadesella –en, es Ovio– con el Urriellu enfrente y el mar detrás.

Benjamín Rivaya: *A Diálogos Jurídicos le interesaban mucho, Elías, tus recuerdos de la Universidad de Oviedo y de Asturias, a la que sigues tan vinculado. Como la entrevista se extiende mucho, permíteme ponerle fin dando un salto hasta el momento presente, aunque dejemos así una muy importante etapa de tu vida académica, la de la Universidad Autónoma de Madrid, tu Universidad, donde tantos acontecimientos viviste. Después de tu jubilación oficial en 2004 y de varios cursos más hasta 2008 con enseñanza como emérito (vitalicio), ¿cuál es la vida ahora de un profesor de Filosofía del Derecho? ¿Sigues al tanto de lo que se publica en nuestra asignatura? ¿Avanzarías un juicio sobre el momento actual de la filosofía jurídica ya sea en el mundo o en España?*

Elías Díaz: En efecto, me jubilé oficialmente como catedrático en 2004. En aquellos años –recuerdo– el Área de Filosofía del Derecho de la UAM tenía a su cargo numerosos grupos de estudiantes para un más bien escaso plantel de muy atareados profesores. Estos, además, necesitaban también aumentar en gran medida su dedicación, como debe ser, a las propias particulares investigaciones. Total, que me (nos) parecía un despilfarro desaprovechar el que yo, reciente jubilado y emérito, pudiera echar una mano continuando todavía con alguno (¡no muchos!) de esos cursos. Así lo hice encantado –sólo tenía setenta años– aunque ello creo que fuese ya sin directa validez oficial en cuanto a exámenes y demás: supongo que los refrendaría algún compañero, profesor en activo. Y ello aunque los emolumentos económicos percibidos (procedentes ya en su mayor parte de la seguridad social) resultaran ser muy inferiores –¡todavía menos!– que los de un catedrático oficial. Así estuve, pues, cuatro años más de docencia hasta 2008 en que ya definitivamente me despedí de estos cursos «de grado» o licenciatura y de algunos para doctorado que yo había tenido todavía en ese último período de tiempo.

Lo peor de la nueva situación –de la definitiva despedida oficial– era, sin duda, la pérdida de la relación directa y diaria con los jóvenes estudiantes, con quienes en muy diferentes condiciones cronológicas había yo compartido casi cincuenta años de mi vida en constante práctica del diálogo y la polémica interna, siempre aprendiendo yo pero

creo que también ellos. Lo que, por supuesto, siempre permaneció y permanece es el contacto muy fructífero para mí con los colegas y amigos del Área, acogido ahora en despacho común con otros dos ilustres iusfilósofos recientemente jubilados, Francisco Laporta y Liborio Hierro: «cementerio de elefantes» lo llaman ellos que son más jóvenes. De todos modos, otros ámbitos más especializados y otros estudios de mayor, diferente, madurez y entidad académica habían venido ya a ocupar un lugar preferente en mi dedicación de esos últimos años. Me refiero, además de a mis propios trabajos (artículos y libros), a las tesis doctorales que por entonces venían preparando varios graduados a quienes yo, cuando así me lo pedían, atendía y aconsejaba. Entre ellas, referidas a otros diferentes temas, había dos que me incumbían o implicaban, muy activa y directamente: eran las que, sobre las ideas jurídicas, éticas y políticas de Elías Díaz, redactaban por un lado el sociólogo Fernando Bañuls Soto en la Universidad de Alicante bajo la dirección del profesor Manuel Atienza y, por otro, en la Universidad Carlos III de Madrid, por el abogado peruano Gilmer Alarcón Requejo bajo la dirección del profesor Eusebio Fernández. Ambas de alto y profundo alcance (también crítico) dadas las exigencias y el carácter de los directores y de los propios doctorandos –enredado yo en su misma elaboración–, se presentaron y publicaron en dichas Universidades. La primera, en octubre de 2002, aparecida como libro en 2004 con el título de *La reconstrucción de la razón. Elías Díaz entre la ética y la política*; la segunda en el invierno de 2006 y como libro en 2007 bajo el título de *Estado de Derecho, derechos humanos y democracia. Pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*.

Y como culminación de estos trabajos de tiempos jubilares tendría que habérmelas, sobre todo, con los importantes ensayos de los colegas y amigos congregados por los imprescindibles Liborio Hierro, Francisco Laporta y Alfonso Ruiz Miguel con el gran resultado de la obra colectiva (de la «supertesis» como dirían hoy los más jóvenes) titulada *Revisión de Elías Díaz: sus libros y sus críticos*, publicada en Madrid en 2007 por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Junto a la extensa y enjundiosa Introducción de los tres mencionados coordinadores, escribieron ex novo muy valiosos artículos para dicha obra, por orden cronológico de cada uno de los libros míos allí analizados, Raúl Morodo, Pedro Cerezo, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, José Luis Abellán, Salvador Giner, Virgilio Zapatero, Alfonso Guerra, Nicolás López Calera, Luis García San Miguel, Javier Muguerza, Gregorio Peces-Barba, José Delgado Pinto y Ernesto Garzón Valdés. A todos ellos mi profunda gratitud, así como también a los autores, de similar entidad intelectual que los anteriores, que en su día habían comentado en reseñas críticas (más de cuarenta son las aquí reproducidas) y que habían sido publicadas en diferentes revistas en los momentos inmediatos a la aparición de esos mis libros. El contenido de todos estos plurales trabajos de tantos y tan sabios colegas, como es lógico exhaustivamente estudiados y anotados muy en detalle por mí, han constituido antes y ahora un material fundamental, como conjunto de ideas y de nuevos puntos de referencia sobre autores clásicos y modernos que más me han ayudado a seguir relativamente «al tanto» –como sugiere mi entrevistador– sobre lo que se publica en nuestra asignatura y ante todo de lo que en ella se trata y se debate y argumenta. Confieso de todos modos que yo no he sido mucho de estar al día, a la última, a «la pàge», no digamos ya a la moda o a una u otra de las corrientes en cierto momento preponderantes o impuestas como tales. Lo mío –creo– ha sido más bien intentar contrastar y seleccionar de todo

aquello, entre concordancias y discrepancias, lo que consideraba más válido para (teoría y práctica) mi propio más o menos autónomo pensamiento y acción, como perspectiva intelectual de, en concreto, mi filosofía jurídica, ética y política.

Desde ahí, como me plantea Benjamín Rivaya, se trataría nada menos que de «avanzar un juicio sobre el momento actual de la filosofía jurídica en el mundo o en España». Titánica tarea. Me atrevo a decir algo sobre ello (en breves líneas) sólo porque así se me pide: no voy a dejarlo de responder precisamente ahora en este final del cuestionario. De todos modos, tal vez no poco de lo que va señalado aquí en puntos anteriores, en especial en los últimos, puede servir para esa descripción –como es de hecho ese «momento»– y, a través de las consecuentes críticas, también para su prescripción acerca de cómo, a mi juicio, debe ser el futuro de tal «momento» en el mundo actual. Al fin y al cabo –ya salió esto antes– todo es transición y nada más que transición, aunque siempre con posibles retrocesos negativos (contra los cuales luchar) y admirables avances positivos (por los cuales luchar) dentro de los largos y complejos procesos históricos de libertad e igualdad para toda la Humanidad. Quizás el tema de fondo sería, a su vez, el de las dificultades para un necesario pero muy complejo universalismo tanto a nivel conceptual como valorativo, descriptivo y normativo.

En este sentido, diría que estoy en principio y en términos generales sustancialmente de acuerdo con el, digamos, paradigma de Manuel Atienza cuando en su reciente trabajo *Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca* («Doxa», 37, 2014, precedido como primera «vuelta» por el *Manifiesto* de 2007, también en *Doxa*, 30) escribe: «Un modelo de teoría del derecho pragmáticamente y culturalmente viable en nuestros países bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos –añade, descartando ilegítimas reducciones– está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría del derecho». Después, explicando a su modo en qué consiste cada uno de esos ingredientes y de esas tres concepciones, advierte con toda razón que ello «no debe llevar tampoco a proponer lo que sería –dice– una (pseudo) síntesis conciliadora que, en mi opinión, significaría todo un acto de traición a la filosofía». Así, enseguida invalida asimismo cada una de tales concepciones: el positivismo jurídico porque «se trata de una concepción del derecho históricamente periclitada»; las doctrinas del derecho natural porque ya la filosofía del derecho hubo de «dejarla atrás hace ya cosa de un par de siglos»; y de «las teorías críticas del derecho mi objeción fundamental –escribe Atienza– es que, simplemente, no están en condiciones de dar cuenta del Estado constitucional y, en consecuencia, no pueden tampoco guiar las prácticas jurídicas que se desarrollan en ese contexto». De todos modos su anterior advertencia contra la síntesis conciliadora de ellas no le impide afirmar que «no veo ninguna razón para dejar de apropiarse de lo que pudiera haber (de lo que hay) de valioso en esas (o en otras) tradiciones».

Aunque se comprenderá, espero, que en este personal cuestionario biográfico (ya demasiado extenso) yo no pueda entrar en un debate pormenorizado o a fondo de las salidas que propone el profesor Atienza en este su muy trabado escrito, si me atrevo a señalar algunas de las discrepancias (quizás en especial semánticas, pero también esto es importante) sobre su propuesta. La crítica justificada al positivismo formalista

de reducción del derecho a reglas (Bulygin, Guastini, Ferrajoli, con variantes) y a su opuesta que reduce el derecho a principios, a valores, le lleva también a él a la adhesión a una posición hoy muy extendida que denomina sin más como «constitucionalista», en línea –escribe– con el constitucionalismo ius-positivista de autores como Dworkin, Alexy, Nino o Maclormick. Esa es «la vía por la cual la filosofía del derecho del mundo latino –este es ahí su destinatario– debería transitar y que en mi opinión –señala Atienza– debería ser constitucionalista pero no neo-constitucionalista». En la crítica –segunda de su paradigma– a las doctrinas del derecho natural coincido casi plenamente con él. «El objetivismo moral no es absolutismo moral: los juicios morales –puntualiza aquel– incorporan una pretensión de corrección, no de verdad absoluta» (constitucionalismo moral). Por lo que se refiere a aquel interesante tercer ingrediente de su paradigma para la filosofía jurídica actual –reconoce Atienza– que «los aspectos más valiosos de las teorías críticas del derecho giran en torno a la necesidad de insertar el derecho /y la teoría del derecho) en el medio social y plantearse su potencial de transformación social. Esa concepción (o una cierta manera de entenderla) muestra así la necesidad de que la teoría del derecho incorpore ciertas categorías que generalmente quedan fuera del análisis (conflicto, trabajo, poder, necesidad social) asuma el carácter histórico del derecho y de las categorías jurídicas y preste atención a los elementos desiguales e ideologías del derecho (también de los derechos del estado constitucional)». Para ello y para el conjunto de sus posiciones tenemos su gran *Curso de argumentación jurídica*, (Trotta, 2015) y finalmente, ya fuera de este mi «plazo de escritura» también (2017), *Filosofía del Derecho y transformación social*. Sobre mi propia (personal) posición en este cuestionario estaría mi reivindicación desde hace muchísimos años algunas de esas exigencias de la dimensión crítica e histórico-sociológica del derecho. Reenvío, además de otros, a mi ya citado libro *El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del Derecho* (2013).

Esa mi anunciada discrepancia con Atienza, y creo que hoy también en este punto con la mayoría de los iusfilosóficos hispánicos radica en la mimética, casi obsesiva, atribución de todas esas virtualidades y potencialidades a un Estado obviamente constitucional. Nada que objetar a tal rótulo estatal, sobre todo cuando reúne las exigencias debidas, aún con esas confusas escolásticas escisiones entre «constitucionalistas» y «neoconstitucionalistas». Pero más de acuerdo estoy con mi adopción de la fórmula clásica del Estado de Derecho y, más en concreto y actual, con la del Estado social y democrático de Derecho. Este, el Estado de Derecho, es a la vez, en su totalidad y en interacción recíproca, auténtico Estado constitucional –como gran base o cúspide, como se quiera– del sistema, pero que además comprende también (no sin conflictos), al Estado legislativo, al estado administrativo (ejecutivo) y, asimismo, al Estado judicial (todos ellos) de Derecho. Me parece, pues, que aun coincidiendo ambas concepciones en la supremacía de la Constitución, la fórmula del Estado de Derecho incluye mayor riqueza de contenido, mayores dimensiones teóricas y prácticas para la transformación económico-social, en especial precisamente en su formulación actual como Estado social y democrático de Derecho tal y como lo prescribe, (movilizando en esa vía a todas las instituciones y a la propia sociedad civil) la primera línea del primer artículo de nuestra Constitución. Esperemos que este no desaparezca, como en tantos y tantos escritos de los actuales teóricos, a la hora de una probable futura reforma de nuestra Constitución.

Intentando proseguir con el gran interrogante de Benjamín Rivaya, en el propósito de coherente inspiración, de búsqueda más completa y fundamentada para mis propias actuales posiciones, la prueba de contraste –osado intento– se hacía aquí, como acabamos de ver, con la filosofía jurídica del profesor Manuel Atienza; y ahora, como a mi juicio muy principales (no únicos) referentes, se hará –asimismo brevemente– con la del profesor Francisco Laporta. Para ello, para esos mis objetivos, nada mejor que la extensa y documentada entrevista que el primero le somete al segundo, en, como es habitual para lo mejor, la revista «Doxa» (38, 2015). Exhiben allí ambos sus muy detalladas y refinadas diferencias pero, a su vez, también dejan traslucir al avisado observador (yo en este caso) el carácter nada radical ni insalvable e, incluso, sus muy importantes proximidades y decisivas coincidencias. Ambos se sitúan en dirección analítica (yo también en lo que tiene de exigencia conceptual), si bien en dicha entrevista Laporta la exalta (la filosofía analítica) en grado como nunca yo le recordaba, al igual que ocurre respecto del pensamiento y estilo anglosajón de esa orientación (Austin, Raz y Hart entre otros, aunque también el semiforáneo Wittgenstein). El problema de ello sería el de los límites y las limitaciones de algún tipo de análisis que pudiera estar a veces incluso demasiado cercano al formalismo o positivismo avalorativo. Más complejos pero al propio tiempo más próximas son –creo– sus posiciones precisamente sobre esa o no racionalidad de los juicios de valor. Pienso que ambos (otra vez yo también) comparten lo que se prefigura en la interrogación formulada a Laporta «sobre el no-cognoscitivismo. Asumes claramente –le dice Atienza– una posición muy alejada del emotivismo y favorable a la introducción de la racionalidad en el discurso moral, pero con el límite de que las proposiciones éticas no pueden ser consideradas como verdaderas o falsas ¿Pero –interroga– hasta dónde llega, en tu opinión, la racionalidad del discurso moral? ¿Sería también racional el discurso sobre los valores, sobre los fines últimos?». La cuestión es que el propio Atienza puntualiza –como veíamos aquí– que «los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, no de verdad absoluta». «¿Se puede denominar tal común actitud como no cognoscitivismo moral? Creo que no. Esa racionalidad de los juicios de valor es también conocimiento y cognoscitividad. (Estoy casi seguro que ambos sabios amigos me lo rechazarán y, así lo espero, me lo aclararán).

Quizás una de las cuestiones internamente más importantes de la mencionada entrevista, en lo que yo estoy tomando aquí más en consideración, sea lo que casi como «razón de ser» para la actual y futura filosofía jurídico-política y ética, resalta al final de la misma el profesor Laporta (transcribo íntegras sus palabras): «Lo que seguramente hoy nos deja más perplejos por lo que respecta a la posibilidad de predecir el futuro de la filosofía del derecho es la incesante aparición de importantes problemas prácticos y fenómenos inusitados que nos plantean incógnitas nuevas; me refiero –enumera– a cosas tales como la abolición de las fronteras nacionales, la expansión de la comunicación electrónica, los avances de la biología genética (clonación, et.), las exploraciones de la neurociencia, la multiplicación de las identidades, las migraciones masivas o las nuevas dimensiones de la guerra en el interior de las poblaciones». Ante tal cantidad y calidad de problemas –añade también el feminismo, el postmodernismo y algún sector de los *critical legal studies* – que se muestran aparentemente dispersos e incommunicados, problemas todos necesitados de amplias y sólidas indagaciones científicas y de decisiones políticas, sociales y económicas, propone con el mejor juicio el profesor Laporta: «Pero

yo invitaría a los jóvenes colegas a que no pretendieran hacer una filosofía particular para cada uno de esos problemas. Lo digo porque a veces tenemos una cierta tendencia a crear una teoría nueva en torno a cada problema nuevo. Y de ahí surgen muchas veces “novedades” de la filosofía del derecho. Esa me parece la mala dirección. Que haya problemas nuevos no significa necesariamente que sea precisa una nueva filosofía del derecho». Pienso que el «corpus» común de ese exigente planteamiento interno (no sé si en otros excluyentemente interiorista) es algo completamente necesario pero, tal vez, no siempre del todo suficiente.

Donde concuerdo de modo más coherente con Laporta es, en su distanciamiento de las hoy habituales denominaciones sobre una filosofía jurídica simplemente constitucionalista o neo-constitucionalista. Mantiene, en cambio, una consecuente vinculación suya a la concepción básica y fundamental del Estado de Derecho. (Y así debe ser). Si bien, a propósito de ello se refiere a mi viejo libro sobre el tema (1966), «cuyo primer ingrediente –señala– era el imperio de la ley como expresión de la voluntad general, aunque creo –apunta– que Elías, explicablemente, subrayaba más lo de la voluntad general, y no tanto lo del imperio de la ley». Acepto, «no acriticamente», tal observación, (como se ve sigo prefiriendo la doble negación a la desgastada afirmación) feliz sobre todo porque ello, tras otros varios trabajos suyos, ha dado lugar al excelente libro del profesor Laporta *El imperio de la Ley. Una visión actual* (Trotta, 2007), con mucha mayor perspectiva de complejidad y argumentación que la de aquellos nuestros combativos tiempos. Con ello aprovecharía aquí para constatar que algo similar, de merecida crítica y mejoramiento de los «clásicos», de «los viejos maestros», podría hacerse observar con respecto a los libros (y luchas) de Gregorio Peces-Barba por los derechos humanos en relación, por ejemplo, con su cercano y antiguo colaborador el profesor Liborio Hierro, *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia* (2016), obra esta también precedida por sus otros escritos en esa misma línea general. Apunto asimismo con ello la oportunidad o necesidad de un más detenido debate sobre las diferentes generaciones que puedan diferenciarse en el conjunto de la filosofía jurídica de la España contemporánea.

Anoto también aquí –final «provisional»– que en la reciente jubilación de estos dos «jóvenes maestros» de la Universidad Autónoma de Madrid, en el Congreso celebrado en su homenaje en el otoño de 2016, han colaborado numerosos iusfilósofos de muy diversas tendencias y orientaciones. Los escritos derivados de allí –incluido el mío– que se publican en el número especial (2017) de «Doxa», constituyen sin duda un muy gráfico elenco, un rico panorama en plurales expresiones del pasado, presente y futuro de la filosofía social, jurídica, ética y política española y, desde ahí, también latinoamericana y de otros ámbitos del amplio mundo universal. Buen referente, pienso, para darlo como colofón (tal vez también como fáctica culminación) de esta abierta entrevista-conversación mía con el nuevo catedrático de la Universidad de Oviedo, el profesor y amigo Benjamín Rivaya. Podría yo decir, pues, asumiendo todo ello, que hasta aquí y ahora en ese homenaje hemos llegado (los iusfilósofos del derecho) o, al menos que hasta aquí ha llegado quien suscribe –autocríticamente– todo lo anterior.



DIÁLOGO SOBRE LA CONSTITUCIÓN ENTRE RAMÓN PUNSET E IGNACIO VILLAVERDE

RAMÓN PUNSET
IGNACIO VILLAVERDE

Ramón Punset: De acuerdo con tu sugerencia, podemos iniciar este diálogo refiriéndonos brevemente al origen de nuestra respectiva vocación universitaria. Tal vez tenga algún interés para los doctorandos y los profesores e investigadores más jóvenes.

En el último curso de mi carrera de Derecho (1969-1970), estaba ya totalmente consolidada mi inclinación hacia lo que entonces se denominaba Derecho Político, que era una mezcla de Derecho Constitucional y Ciencia Política, junto con otras disciplinas conexas como Teoría del Estado e Historia de las doctrinas políticas. Dado que para ingresar en la docencia universitaria resultaba requisito indispensable obtener el grado de licenciatura, bien en su modalidad de reválida, bien en la de «tesina», opté por ésta y dediqué muchas horas de ese año académico a su preparación y redacción. Por aquel entonces me fascinaba –y todavía sigue haciéndolo– la traumática transición jurídica entre el viejo orden imperial ruso y el nuevo ordenamiento soviético: cómo se creaba el Derecho revolucionario (sin tiempo y sosiego para aprobar más que simples leyes de bases) y se aplicaba por unos jueces que colmaban no ya sus lagunas, sino el inmenso océano que separaba a dos tipos de Estado y sociedad tan distintos, recurriendo al principio de legalidad socialista como una inspiradora forma de iusnaturalismo.

Ni que decir tiene que investigar en la Universidad ovetense de aquella época acerca de semejante asunto era una verdadera locura, pues nuestra Biblioteca no disponía prácticamente de libro alguno al respecto. Y también constituía una extravagancia temática en el ambiente académico y político de entonces. Pude contar, pues, exclusivamente con la generosidad de mi padre para adquirir el material bibliográfico más indispensable (casi otro tanto sucedería con la financiación de la tesis doctoral), que aún conservo en lo esencial. La experiencia, pese a todo, resultó muy importante para mi aprendizaje como investigador, pero también, contemplada desde la perspectiva que dan los años, para mi comprensión del papel del Derecho en los procesos de cambio revolucionario; cuestión capital en las transiciones del Antiguo Régimen a los nuevos marcos institucionales del constitucionalismo liberal.

En los años finales del régimen de Franco el estudio del pensamiento marxista sobre el Derecho y el Estado conoció un auténtico fervor. Lo mismo sucedía, no obstante,

en todo el mundo occidental, incluido el anglosajón. Cuando yo me incorporé a la Universidad de Barcelona como profesor ayudante en la cátedra de Teoría del Estado –asignatura que se impartía a la sazón en las Facultades de Ciencias Económicas–, el influjo de ese pretendido saber científico era predominante. Baste decir que la primera obra cuya lectura me fue de inmediato recomendada era la de Karl Marx «Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel», y que, todavía en 1982, en las oposiciones a profesor adjunto de Derecho Político, celebradas en Madrid, el último de los ejercicios consistió en efectuar un comentario de un fragmento del «Anti Dühring» de Engels.

El otro gran tema de mis primeros años universitarios era el de España como Estado nacional. Si de las múltiples lecturas históricas realizadas durante la carrera salí con el pesimismo noventayochista a cuestas, en Cataluña imperaba el leitmotiv de que España había fracasado en su intento de constituirse estatalmente, a diferencia de las grandes naciones europeas. A la explicación de Solé Tura de que ello obedecía a que nunca había habido entre nosotros una revolución burguesa, se añadía la insistencia de Tuñón de Lara de que las burguesías periféricas progresistas jamás habían podido desplazar de su hegemonía como clase dominante a la oligarquía financiera y agraria. Tardé bastante tiempo en darme cuenta de que la posición de Solé, ampliamente compartida, era en realidad, conscientemente o no, un alegato nacionalista catalán envuelto en las categorías sedicentemente científicas del marxismo. Todos cuantos en Cataluña se reclamaban de alguna concepción progresista del mundo y de la historia eran, en realidad, no sólo pero sí ante todo, nacionalistas catalanes. El punto de partida –un rotundo apriorismo ideológico– del proyecto académico del grupo de profesores en el que me integré era, pues, muy claro: explicar el supuesto fracaso de España como Estado nación. Mi contribución específica consistió en estudiar, a través del ideario de José Calvo Sotelo (1893-1936), la deriva autoritaria de la clase media tradicional española y la configuración de los mitemas de que se serviría la posterior dictadura franquista. Así surgió mi tesis doctoral (1976): «Las clases medias ante la crisis del Estado español. El pensamiento de José Calvo Sotelo». Se encuentra disponible en Internet y, a pesar del tiempo transcurrido y de las deudas contraídas con la historiografía combativa de los años 60 y 70, sigue siendo el libro más lúcido, completo y ecuánime sobre el político estudiado y su tiempo. Su forma de ejercicio académico demandaría, por supuesto, una buena poda con fines editoriales, pero dudo sinceramente de que algún día aborde ese empeño.

Pocas veces volví luego a los escritos de carácter histórico-doctrinal. Escasos meses después de la lectura de la tesis se aprobó la Ley para la Reforma Política y, tras las elecciones generales democráticas del 15 de junio de 1977, comenzaría el proceso constituyente. La adopción de la Constitución de 1978 cambiaría radicalmente nuestro viejo Derecho Político, que años más tarde recibiría la denominación de Derecho Constitucional.

Ignacio Villaverde: Yo tuve el honor de conocerte y saludarte por primera vez con ocasión de un acontecimiento terrible para ambos que fue el prematuro fallecimiento de Ignacio de Otto. Tú ya eras Catedrático de Derecho Constitucional y yo estaba concluyendo mi licenciatura en Derecho, si bien había dado comienzo mi rito iniciático en el Derecho Constitucional bajo la dirección de Ignacio. Permíteme que inicie este diálogo rememorando cuán deslumbrado estaba por vosotros, por vuestra manera de ser universitarios, por la agudeza y largura de vuestro saber, y por la forma tan rigurosa

y apasionada de explicar el Derecho Constitucional. No sé si lo mío fue vocación o accidente, pero lo cierto es que pertenezco a una de las primeras generaciones de licenciados a los que explicasteis Derecho Constitucional, y en esa explicación y magisterio descubrí lo que por azar o empeño ha sido mi dedicación profesional todos estos años. Tú venías de Barcelona, junto con Ignacio, y os acompañaban Bastida y Varela en lo que sin duda tuvo que ser un reto personal y profesional de altura: fundar y construir la Cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo.

Ramón Punset: Resultó ser, para empezar, un escenario inédito. Como docente en una Facultad de Derecho —empecé a ejercer formalmente como tal en la Universidad de Oviedo en octubre de 1978—, creo que lo más destacable de la nueva Constitución fue su normatividad, su carácter vinculante en grado supremo para el legislador, las administraciones públicas y, sobre todo, los órganos judiciales. Esto repercutió en todas las disciplinas jurídicas, desde luego, pero muy señaladamente en el Derecho Constitucional, que hubo que construir dogmáticamente (bebiendo sobre todo en las ricas fuentes literarias alemanas e italianas, casi huérfanos nosotros, recién salidos de una larga dictadura, de todo acervo doctrinal aprovechable) y al mismo tiempo, y a menudo antes, jurisprudencialmente. El Tribunal Constitucional realizó, qué duda cabe, una tarea enorme, especialmente en dos campos: la construcción del Estado autonómico y la protección de los derechos fundamentales. En esto segundo pudo contar con la valiosa ayuda de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero en lo primero, y mucho más peliagudo, el TC hubo de afrontar, prácticamente en solitario, una monumental tarea de cimentación, ordenación y arbitraje conflictual nada sencilla en un país que, salvo durante fugacísimos paréntesis históricos, carecía de tradición política descentralizadora y de cultura federalista, incluida la indispensable lealtad federal.

Ignacio Villaverde: Ese tránsito desde el viejo Derecho Político hacia el nuevo Derecho Constitucional fue revolucionario tanto metodológica como dogmáticamente. Un grupo, no muy nutrido por cierto, de profesores originariamente de Derecho Político que cobráis conciencia a finales de los setenta del diletantismo científico e intelectual de semejante disciplina, que a nada sólido y serio podía llevar —a salvo excepciones muy contadas—, y obráis el cambio de rumbo hacia el Derecho Constitucional como ciencia de derecho positivo, justo al tiempo en que en España se forja la Constitución del 78 y nos convertimos en un Estado constitucional democrático. Me resulta fascinante ese cambio que se produce en un contexto académico adverso y que provocó una fractura en el seno de la disciplina que aún hoy se percibe a pesar de que el Derecho Político como tal ha desaparecido del nomenclátor de las áreas de conocimiento de las Universidades españolas. La Historia constitucional española es larga y compleja, plagada de constituciones fracasadas. ¿Qué fue lo que resultó más novedoso en la Constitución de 1978 a los ojos de un joven constitucionalista empeñado en hacer derecho y no politología de salón? ¿Su normatividad, el hecho de convertirse en una Constitución vinculante para el legislador, la Administración y los órganos judiciales? Recuerdo aún las primeras sentencias del Tribunal Supremo dictadas tras la entrada en vigor de la CE que aún sostenía que ésta necesitaba de la interposición del legislador para ser aplicable, lo que tuvo que corregir con firmeza el TC en sus primeras resoluciones. Ahora bien, no se te escapa, que esa eficacia directa de la Constitución, en definitiva, su condición de norma jurídica plena entrañaba algún riesgo para el Estado de Derecho y colocaba a los jueces

y tribunales en una posición de primacía respecto de un legislador cuyas leyes podían retorcer, cuestionar e incluso inaplicar al abrigo de la Constitución.

Ramón Punset: Así es. La eficacia directa de la Constitución se ha movido en varios planos, pero es en el de la actividad judicial donde adquiere mayor relevancia. Al resultar directamente aplicable en cada proceso, el juez ordinario (cada uno de los miles de órganos de la judicatura) se ha convertido forzosamente en juez constitucional. Teniendo en cuenta la obligada lectura en clave constitucional de todo el ordenamiento jurídico (desde las leyes parlamentarias hasta las normas emanadas de la creación privada del Derecho) y la peculiar estructura de las normas constitucionales sustantivas, bien hubiera podido temerse un activismo judicial lesivo de la seguridad jurídica, como advirtió prontamente Ignacio de Otto, en la medida en que los llamados a administrar justicia sometidos únicamente al imperio de la ley se autonomizaran de ésta al otorgar preeminencia a la Constitución, convertida, además, en razón de su propia dificultad hermenéutica, en un nuevo Derecho Natural de libre creación/disposición por cada intérprete. Junto a esto, la facultad de los órganos judiciales de inaplicar las leyes preconstitucionales sobreenvidamente opuestas a la Constitución y, en consecuencia, derogadas por ella, ponía al alcance de los jueces y tribunales ordinarios la facultad de depurar la práctica totalidad del ordenamiento, aunque fuese en progresiva disminución por la labor innovadora del legislador. Verdad es, de una parte, que la vinculación entre los jueces y la Constitución se modula mediante la imposición a los mismos de la doctrina constitucional sentada por el Alto Tribunal (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); e igualmente que los órganos judiciales nunca podrían inaplicar ninguna ley o tratado que considerasen inconstitucional sin el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Incluso la inaplicación de las leyes por contradicción con un tratado o con el Derecho europeo podría llevarse a conocimiento del TC por la vía del recurso de amparo, si tal inaplicación resultara lesiva de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE).

Por lo tanto, el potencial peligro para el Estado de Derecho que pudiera derivarse de las formas de dispersión de la justicia constitucional y de los supuestos de inaplicación judicial de la ley se han conjurado perfectamente mediante la existencia de la jurisdicción constitucional, cuyo titular exclusivo es el TC. El problema se traslada, pues, a la acción de éste, que en ocasiones genera verdadera inquietud. Sobre todo cuando pronuncia las denominadas sentencias interpretativas de rechazo, en las que impone una única inteligencia de los preceptos legales. Estas decisiones pueden considerarse como manifestación de una función nomotética ejercida por un órgano ajeno al Parlamento, como función de un «legislador positivo» que no deja de ser una anomalía en el Estado democrático. El problema no radica sobre todo en los abusos que puede conllevar eventualmente el ejercicio de estas prácticas (o sea, la manipulación de los textos legales para hacerlos conformes con la Constitución), sino, como digo, en su compatibilidad con el principio democrático. Ciertamente, la doctrina más acreditada justifica con base en tal principio esas prácticas, ya que con ellas se trataría de proteger la obra del legislador democrático mediante la no anulación de aquellas leyes que puedan interpretarse de conformidad con la Constitución. Sin embargo, lo relevante no es, a mi juicio, esa perspectiva, sino esta otra: el Tribunal Constitucional, órgano de naturaleza jurisdiccional, impone una opción política determinada a fin de preservar la integridad

de la ley parlamentaria, fruto de la decisión del legislador democrático. Aquello que es lógico por una parte, resulta absurdo e inquietante por otra, toda vez que lo que sucede mediante tan sofisticado instrumento –a través del cual una sentencia materialmente estimatoria resulta formalmente desestimatoria– es que el Tribunal Constitucional, en este tipo de pronunciamientos, pasa de la nomofilaxis constitucional, que es lo suyo, al campo de la acción legiferante positiva, que no lo es en absoluto.

Si disponemos de una Constitución cuya reforma puede realizarse *in toto*, la hermenéutica que de ella debe realizar el Tribunal Constitucional ha de distinguirse por la sobriedad y el respeto absoluto al poder constituyente constituido, como absoluto debiera ser igualmente el respeto al legislador. Las sentencias interpretativas de rechazo, sobre todo cuando se apartan abiertamente del tenor literal de la ley enjuiciada, no sólo invaden la competencia del poder legislativo, sino que deterioran la posición del poder de reforma constitucional al restringir sus opciones, ya que, de ser formalmente estimatorios los pronunciamientos del Tribunal, tal vez forzarían al constituyente a plantearse la modificación de la Constitución para dar cabida a una voluntad política suficientemente mayoritaria por responder a amplias corrientes sociales. Tales sentencias generan, pues, un doble efecto patológico. De un lado, preservan a toda costa la constitucionalidad de la ley mediante la alteración de su enunciado normativo y la creación de una norma nueva, lo que puede traicionar la voluntad política del legislador, aunque el fallo desestimatorio salve su prestigio. De otro, disminuyen, en el marco de una Constitución abierta, la capacidad de adaptación evolutiva del texto constitucional por obra del poder de reforma, al eliminar artificiosamente las contradicciones entre la norma suprema y la legislación ordinaria.

Ignacio Villaverde: Has mencionado un asunto que a mí me preocupa especialmente por lo que tiene de elemento disruptivo en la compleja y frágil arquitectura institucional del Estado constitucional democrático: el papel del TC como productor de normas constitucionales. Es conocida la afirmación del Presidente de los EEUU Dwight D. Eisenhower que «*The Constitution is as the Supreme Court interprets it*». («la Constitución es como la Corte Suprema la interpreta»). Y desde un punto de vista práctico puede que así sea. Pero me resisto a aceptar esa afirmación desde un punto de vista epistemológico y dogmático. No cabe duda de que el TC interpreta la CE y su interpretación se impone a la de otros sujetos y órganos del ordenamiento jurídico. Pero la CE no es o no es sólo lo que el TC interpreta que es. A mi juicio, mantener la línea que separa a la CE, expresión normativa de la voluntad del pueblo soberano, de su supremo intérprete, el TC, poder constituido a fin de cuentas, pasa necesariamente por la autorrestricción que en sus juicios debe hacer por respeto al principio democrático, que le impone una exquisita deferencia con las decisiones del legislador, y por ser muy riguroso en el empleo de las distintas técnicas de enjuiciamiento, en particular con el recurso a las sentencias interpretativas. Aquella línea divisoria la marca la afirmación de la STC 6/1981 según la cual, al TC sólo le compete declarar la inconstitucionalidad de la ley que resulte evidente, *ictu oculi* dice la propia sentencia. A falta de esa evidencia, la sentencia deberá ser desestimatoria porque tampoco a él le compete declarar constitucionalidades. Esa línea se desdibuja si el juicio es interpretativo, si el TC se pronuncia sobre interpretaciones posibles de la ley, examinada en abstracto (cosa distinta es en los juicios concretos de constitucionalidad, donde probablemente no le quepa otra), y

si además lo hace para declarar «constitucionalidades» mediante la precisión de qué interpretación de la ley es constitucionalmente conforme. Esto no ha hecho más que ahondar en esa especie de perenne crisis de legitimación en la que vive la jurisdicción constitucional desde su invención. Y, aunque como dijo Rubio Llorente, resulta a esta altura de los tiempos ocioso seguir cuestionando la condición jurisdiccional del TC, es verdad que el Constituyente español no tuvo duda en optar por el modelo alemán de un tribunal y una jurisdicción original y específica, y no por el norteamericano de atribuirle la jurisdicción constitucional a un tribunal integrado en el Poder Judicial. ¿Qué motivó la instauración del TC? ¿No habría sido mejor confiar el control de constitucionalidad a los órganos judiciales y en último término al Tribunal Supremo? ¿Cómo calificar al TC: como órgano político, en función de su designación, o como un órgano jurisdiccional? ¿Estaba en 1978 la judicatura española en condiciones de asumir dicho control? ¿Lo está ahora? En caso de reforma constitucional, ¿sería conveniente suprimir la jurisdicción constitucional concentrada?

Ramón Punset: Antes de responder a esos interrogantes, déjame mostrar mi acuerdo contigo a propósito de la reflexión que te suscita la afirmación del Presidente Eisenhower, que desconocía. El Tribunal Constitucional, por tanto, jamás debería actuar como un *poder constituido constituyente*, lo que entrañaría una usurpación. Consiguientemente, la afirmación —que también realiza en sede doctrinal nuestro ilustre colega Javier Jiménez Campo— de que la Constitución es lo que en cada momento determina el Tribunal Constitucional debe considerarse correcta únicamente en sentido descriptivo, para resaltar la jerarquía hermenéutica del Alto Tribunal. La jurisprudencia constitucional, bien es cierto, tiene carácter evolutivo, pero ese carácter nunca puede implicar el ejercicio de funciones nomotéticas que amplíen, en sustitución del poder de reforma, el contenido de las normas constitucionales.

En cuanto a lo segundo que planteabas, empecemos por constatar que el Tribunal Constitucional no pertenece al Poder Judicial. Llamado a dirimir controversias de altísimo voltaje político, nunca han cesado los interrogantes acerca de su existencia y naturaleza. Dicho esto, quizá debamos rectificar algunos tópicos y prejuicios. Me parece que atribuir, todavía hoy, la creación de una jurisdicción constitucional a la desconfianza de los constituyentes hacia una judicatura que había actuado como brazo represor del franquismo carece realmente de sentido. Primero porque esa actuación concerniría estrictamente a los órganos judiciales implicados en la represión penal o administrativa de los derechos humanos. Segundo porque en las Cortes que aprobaron la Constitución había no pocos servidores del régimen de Franco. Y tercero porque la normatividad de la Constitución imponía, como hemos visto, que la impartición de la justicia constitucional no se hallara reservada en exclusiva al TC, el cual se habría de configurar como el titular de la jurisdicción constitucional, pero no, ni mucho menos, como el único órgano jurisdiccional llamado a aplicar la Constitución. El establecimiento de una jurisdicción constitucional se debió principalmente al influjo del Derecho Comparado (austriaco, italiano y alemán) y del precedente de nuestra Segunda República. Hay que reconocer, eso sí, que la *Verfassungsgerichtsbarkeit* austro-kelseniana, con la cual se halla emparentada la nuestra, fue una construcción destinada a garantizar, tanto o más que el principio de constitucionalidad y el Estado de Derecho, la estricta

sumisión de los jueces ordinarios a la ley y, en consecuencia, a la voluntad política de los Parlamentos democráticos.

De otra parte, resulta atinada en mi opinión la composición del TC instituida por el art. 159.1 CE y la participación en ella de los distintos poderes del Estado. Verdad es, no obstante, que la acción difuminadora de los partidos políticos relativiza dicha participación pluriorgánica, y que las mayorías muy cualificadas acertadamente exigidas por el constituyente (y por el art. 127.1 *b)* de la LOPJ) en orden a la elección de los Magistrados se hallan contrarrestadas por la viciosa práctica del sistema de cuotas entre las principales fuerzas partidarias. A pesar de esto no encuentro otra alternativa al modelo actual que el de la *judicial review*, bien en su típica modalidad de control difuso, bien reservando el monopolio del rechazo de las leyes inconstitucionales al Tribunal Supremo (ya, a su vez, a una nueva Sala de éste, ya a una Sala Especial de integración transversal). Por toda suerte de razones, no soy partidario de semejante modelo. Además, la pluralidad de orígenes profesionales del colegio de jueces constitucionales («Magistrados y Fiscales, Profesores de universidad, funcionarios públicos y Abogados», reza el art. 159.2 CE) la considero sumamente enriquecedora.

Ignacio Villaverde: Comparto tus reflexiones sobre este asunto, y tampoco acabo de ver consistente con el sistema constitucional democrático que la constitucionalidad de la obra del legislador elegido por los ciudadanos pueda ser enjuiciada hasta sus últimas consecuencias por el Poder Judicial; aunque sea en esa forma de Sala de lo Constitucional de su Tribunal Supremo. Creo que hay razones derivadas del principio democrático que imponen y explican el modelo de jurisdicción concentrada y extramuros del Poder Judicial. Esto me lleva a otro de los asuntos que más disputas y tensiones ha generado en el devenir de la CE de 1978: su respuesta a la cuestión territorial en España. Otra de las constantes trágicas de la historia constitucional española. La solución ofrecida por la Constitución española es muy meritoria para aquellos tiempos, y, creo, pacificó la dichosa cuestión territorial durante un tiempo, justo aquel que se empleó para la apasionante construcción del Estado de las Autonomías (denominación que prefiero a la de Estado Autonómico). La consecuencia de que haya concluido el proceso de construcción y se haya alcanzado una cierta y lógica estabilización del modelo autonómico ha sido, a mi juicio, que las energías políticas que hasta ese momento se emplearon en la edificación del sistema autonómico se orientaron a la permanente exigencia de más poder con el consiguiente incremento de la tensión territorial centro-periferia; a lo que ha contribuido y no poco la sobreactuación del TC en los conflictos competenciales. Todo ello ha provocado un cierto recalentamiento por fricción del sistema. Bien parece que el Estado de las Autonomías sufre una crisis de madurez. En el acierto táctico que encerraba no establecer un mapa autonómico en la Constitución, sino dejarlo a la voluntad de los territorios (principio dispositivo), anidaba el efecto perverso de investir a las fuerzas políticas de esos territorios de una iniciativa «autonómica», por así decir, que no se agotó con la fundación y articulación de la autonomía de cada territorio, sino que se convirtió en la propia razón de ser de lo autonómico, la vindicación permanente de más competencias. La dinámica territorial en España no derivó hacia lo que era lo propio, a la gestión cotidiana y ordinaria de las competencias propias, sino a un bucle inacabable e inagotable de exigencias al Estado de más poder. La lógica de nuestro sistema no ha sido la de la gestión de los intereses propios, definidos en las competencias

estatutarias, sino la de confundir el interés propio con la lógica incrementalista de tener cada vez más de lo que ocuparse. Tú llegaste a calificarlo de ninfomanía competencial. A la vista de este panorama ¿Cómo valorar la existencia del llamado principio dispositivo? Una vez extinguida prácticamente la asimetría temporal de los distintos niveles de autogobierno, ¿qué juicio merece el proceso descentralizador? ¿Valió la pena o precisa de un replanteamiento total, a la vista del auge del nacionalismo secesionista, especialmente en Cataluña? En realidad, ¿qué tipo de Estado tenemos en este momento desde la perspectiva territorial? Y por último, pero no menos importante: ¿debemos instituir (o tal vez proseguir) un proceso de federalización o mantener, y en su caso profundizar, la asimetría entre las Comunidades Autónomas?

Ramón Punset: La Constitución contemplaba la posibilidad de una descentralización territorial de carácter político. Esta operación se llevó a cabo con bastante rapidez (por comparación con lo sucedido en Italia, verbigracia). Ahora bien, responder a todas esas preguntas es aquí imposible por razones de espacio. Pero es que además la literatura científica que ha aparecido sobre tales cuestiones en los últimos cinco años (desde el estallido de la crisis independentista catalana, en realidad) resulta extraordinariamente rica y abundante. Baste citar, entre otras, las obras de S. Muñoz Machado, R. Blanco Valdés o, más recientemente, J. Tudela Aranda. Me limitaré, pues, a reiterar mi propia opinión de la manera más sucinta.

No creo que la propuesta del PSOE de crear, a través de la reforma constitucional, un Estado *formalmente* federal concite el apoyo del PP, cuyo concurso resulta indispensable. Por descontado, tampoco interesa a los partidos nacionalistas. En cambio, es un hecho constatado que la mayoría de la opinión pública acepta la descentralización política que ha dado lugar al Estado autonómico, cuyo arraigo y éxito institucional –más allá de la coyuntura de recesión económica en que aún nos hallamos, que prohíbe cualquier entusiasmo, y de los defectos doctrinalmente advertidos que convenga corregir– nadie puede controvertir seriamente. Además de esto, y si se me permite una licencia metafísica, el «ser» de España es innegablemente plural, cosa que, de otro lado, cabría predicar de todos los países, independientemente de su forma territorial estatal. En cualquier caso, el artículo 2.º de la Constitución proclama con toda justicia la pluralidad integradora de la Nación española.

Conservar el Estado autonómico como una decisión política fundamental es, seguidamente, aspirar a mejorarlo. Primero en el aspecto competencial, reformando la Constitución de manera que, eliminados los artículos del Título VIII hoy ya obsoletos debido a la plena realización de los supuestos que regulan, se establezca un sistema de distribución de competencias cerrado y definitivo, salvo que en el futuro se reformase nuevamente la Constitución. Para ello bastaría con enumerar –y quizá redefinir a la vista de la experiencia de estos treinta y nueve años– la lista de las competencias estatales, que habrían de resultar insusceptibles de transferencia o delegación a las Comunidades Autónomas. Cerrado también el mapa autonómico en su configuración actual, lo que hay que mejorar es la colaboración, coordinación y cooperación entre los distintos entes que integran nuestro modelo territorial. A este respecto podrían consagrarse en la Constitución instrumentos de relación interadministrativa como las Conferencias Sectoriales (indispensables ya en la coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas) y la Conferencia de Presidentes, dotando a ésta (todavía escasamente utilizada entre

nosotros, pero importante en Federaciones como la norteamericana y la alemana) de un relevante papel preparatorio en las grandes opciones de política económica y de política europea. Igualmente, y como siempre he sostenido, pienso que deberíamos instituir un Senado de tipo federal, integrado en su totalidad por Senadores de designación autonómica que representasen la pluralidad territorial del país y que se agrupasen parlamentariamente no por siglas partidarias, sino por las Comunidades Autónomas de procedencia. En definitiva, si el Congreso de los Diputados es la Asamblea representativa del conjunto de la ciudadanía y de los intereses generales, el Senado debería articularse como la Cámara de las Comunidades Autónomas, de modo que éstas participaran directamente en el ejercicio de la función legislativa estatal, en la autorización de los tratados internacionales más importantes, en la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado y en las demás atribuciones que corresponden a las Cortes, con excepción de la designación del Presidente del Gobierno y de las facultades del Congreso vinculadas a la relación fiduciaria que mantiene con el Ejecutivo.

Son muchas, en fin, las cuestiones que cabría suscitar en orden a la reforma constitucional de nuestra estructura territorial, desde la financiación autonómica y de las corporaciones locales hasta la participación de las Comunidades Autónomas en la fase ascendente o creativa del Derecho europeo, siguiendo en esto el paradigma de la Ley Fundamental alemana. Me he circunscrito, pues, a señalar aquellas que considero más maduras desde la perspectiva del consenso (en cualquier caso, y por lo que estamos viendo, muy problemático).

Ignacio Villaverde: Comparto también tu juicio. Y ahora me gustaría conocer tu opinión sobre un asunto respecto del que siempre he tenido la sensación de que los constitucionalistas no hemos acertado a dar una respuesta satisfactoria; o quizá no queramos inconscientemente darla por lo que tiene de simbólico políticamente. Me refiero a la tensión entre Constitución nacional y Derecho Europeo, o si se quiere, entre soberanía nacional y Unión Europea. Dejando a un lado las respuestas simples que resuelven esa tensión negando sin más uno de sus extremos (la soberanía es un concepto obsoleto –que no puede serlo porque es fundamental para identificar democráticamente al «pueblo»– o la Unión Europea es una mera organización internacional pluriestatal), tampoco me terminan por convencer aquellas más técnicas según las cuales la supremacía constitucional, y por ende la soberanía nacional, está preservada desde el momento en que es la propia Constitución, luego el soberano, quien prevé la cesión competencial, que, por lo demás, es sólo eso, cesión competencial y por tanto del mero ejercicio de la soberanía. Quizá la respuesta técnica correcta, guste o no, se la considere anti-europea o no, y dejando a un lado otras implicaciones no menores de los fundamentos y razones sobre los que asienta esta tesis su más conspicuo defensor, el Tribunal Constitucional Federal alemán, es aquella según la cual la Unión Europea hoy por hoy es una mera organización de Estados que tiene atribuido el ejercicio de ciertas competencias en las condiciones que esos Estados han fijado en los tratados constitutivos, y una de ellas, irrenunciable, es que en ningún caso el ejercicio de esas competencias puede contrariar lo dispuesto en las Constituciones nacionales. Sin embargo, tengo la impresión de que los constitucionalistas, insuflados de un patriótico europeísmo «avant la lettre», hemos emprendido la huida de tan peliaguda cuestión y nos hemos inventado constructos o artefactos intelectuales como «constitución en red» (Bustos), o el «derecho constitucional

común europeo» (Cruz), o hemos empezado a adorar a nuevos ídolos como el «diálogo entre jurisdicciones» como expresión de ese *ius commune* constitucional, confundiendo en ocasiones el deseo con la realidad o la voluntad política con el rigor científico. ¿En qué medida resulta contradictorio que la soberanía nacional pertenezca al pueblo español con la atribución de competencias «derivadas de la Constitución» a organizaciones supranacionales? Más aún: la apertura del artículo 10.2 CE, ¿no convierte al legislador internacional y a los tribunales internacionales en un poder constituyente permanente en materia de derechos fundamentales?

Ramón Punset: La «derivación» constitucional de dichas competencias refleja precisamente la no originariedad de las que asume el sujeto receptor de las mismas, sobre las cuales el Estado español conserva la titularidad y la facultad de revocación a ella inherente. Como señala el Tribunal Constitucional, la cesión de las competencias entraña una «operación soberana»: son «competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables» a través del procedimiento de retirada voluntaria (actualmente previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, hace pocos meses invocado por el Reino Unido para iniciar el *Brexit*), mediante el cual se instrumenta «una renuncia... reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros» (Declaración 1/2004, FJ 3 y 4).

En cuanto a la segunda cuestión, debe recordarse que ya en la STC 64/1991 se deja bien sentado que la «interpretación» a que alude el artículo 10.2 CE no convierte a los tratados internacionales «en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos». Por tanto, dicha validez debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades fundamentales, siendo los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 «una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido» de tales derechos. Como se ve, la correcta comprensión del artículo 10.2 CE requiere distinguir entre la fuente normativa –únicamente la Constitución misma– y la fuente hermenéutica de los derechos fundamentales que el texto constitucional contiene. Tarea ocasionalmente nada fácil, por supuesto. Ahora bien, sin negar la importancia de la fuente hermenéutica internacional o supranacional de los derechos, ha de quedar claro que su utilización por mandato del artículo 10.2 CE nunca podría oponerse al tenor literal de los preceptos constitucionales que los contienen (por consiguiente, *in claris non fit interpretatio*) ni eliminar la supremacía del TC en su interpretación, pues a él le compete precisar en último término su contenido, como reitera la STC 136/2001. Ello debe considerarse así incluso en el ámbito de la denominada «interpretación evolutiva» de la Constitución (STC 198/2012, FJ 9), que en absoluto ha de tomarse como un poder constituyente permanente de carácter hermenéutico, ni, claro está, mucho menos normativo.

Ignacio Villaverde: Una vez más volvemos al papel capital que desempeña la jurisdicción constitucional en estos asuntos. Y eso nos vuelve a llevar a una cuestión de «división del trabajo» ligada a la apertura constitucional. No cabe duda de que nuestra Constitución es abierta también *ad extra*. Para mí esa apertura significa que nuestro sistema constitucional integra en su seno la resultante de cierto derecho internacional: el de las organizaciones internacionales a las que se les delega competencias (artículo

93) y el de los derechos humanos (artículo 10.2). Pero esa integración no conlleva ni la pérdida ni el debilitamiento de la posición suprema de la Constitución española. En consecuencia, tampoco la del TC como su supremo intérprete. Y si el TC es el supremo intérprete de la Constitución, ¿es a él a quien compete definir la denominada identidad constitucional en el sentido del art. 4.2 del Tratado de la Unión Europea? Si tal identidad hubiera de definirse de acuerdo con una concepción material de la Constitución, ¿se haría más difícil el «diálogo» con el Tribunal de Justicia de la Unión?

Ramón Punset: En cualquier proceso constitucional en que, por parte del TC, tenga lugar, dentro de la *ratio decidendi* de su resolución, un examen de la compatibilidad del Derecho europeo con la Constitución ha de intervenir previamente, de modo indefectible, el TJUE a través de la cuestión prejudicial. De lo que se desprende que la determinación última del contenido del Derecho europeo por obra del TJUE condiciona decisivamente el juicio de compatibilidad internormativa que, en el plano de la constitucionalidad, están llamados a realizar los Tribunales Constitucionales. Igualmente, debiendo la Unión Europea respetar la identidad constitucional de los Estados miembros, el perfil exacto de la misma tiene que ser el determinado por esos Tribunales y no por el TJUE, que ha de atenerse al respecto a la doctrina de aquéllos.

Naturalmente, la delimitación de los correspondientes ámbitos jurisdiccionales no siempre ha de resultar fácil, sobre todo en materia de derechos fundamentales, los cuales se encuentran proclamados en las Constituciones de los Estados miembros, y por consiguiente bajo la tutela de los órganos judiciales y de los Tribunales Constitucionales nacionales, pero también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que vincula a dichos Estados, bajo la nomofilaxis última del TJUE, «cuando apliquen el Derecho de la Unión» (art. 51.1 de dicha Carta). El problema se plantea si el Derecho europeo –sin vulnerar la Carta, a criterio del TJUE, máximo intérprete de la misma– contraviene un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución en los términos y con el alcance fijados en la doctrina del TC. Es obvio en tal caso que ni el artículo 93 CE dispensa a los poderes públicos españoles llamados a ejecutar el Derecho europeo de su sometimiento a la Constitución (art. 9.1), ni la vía hermenéutica del artículo 10.2 CE permite retorcér el significado lingüístico de los preceptos constitucionales ni eliminar la supremacía exegética sobre ellos por parte del TC.

Sin embargo, en su Sentencia del *caso Melloni*, de 2013, el TJUE prescinde por completo de la Constitución española, a la que no otorga la menor relevancia. Según afirma, se menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión si se permitiera que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos de la misma plenamente conformes con la Carta en el caso de que no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado. Y reitera que, en virtud de ese principio de primacía, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico europeo, «la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado». ¿No es ésta una singular, y pertinaz, declaración pretoriana de soberanía carente de apoyo en los Tratados? ¿Y no supone además una contradicción, verdaderamente insalvable, con el mandato de respeto establecido en el artículo 4.2 TUE? Como reitera la STC 26/2014, con cita de la relevante DTC 1/2004, el «presupuesto» para la aplicación de la primacía del Derecho europeo «no es otro que el respeto de las

estructuras constitucionales básicas nacionales, entre las que se encuentran los derechos fundamentales». Y si ese respeto no se da, y ello no fuere objeto de remedio mediante los cauces propios del Derecho europeo, «en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran... a través de los procedimientos constitucionales pertinentes».

Las espadas están en alto. Y así lo revela el reciente *caso Taricco*, que enfrenta al TJUE con la Corte Constitucional italiana y su doctrina de los «controlimiti».

THOMSON REUTERS PROVIEW

¡ENHORABUENA!

USTED ACABA DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **YA INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

DESCÁRGUELA AHORA Y APROVÉCHESE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES



Acceso interactivo a los mejores libros jurídicos desde iPad, Android, Mac, Windows y desde el navegador de internet



THOMSON REUTERS

FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



SELECCIONE Y DESTAQUE TEXTOS
Haga anotaciones y escoja los colores para organizar sus notas y subrayados



USE EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN
Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado



HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN
Vuelva a las páginas por las que ya ha navegado



ORDENAR
Ordene su biblioteca por: Título (orden alfabético), Tipo (libros y revistas), Editorial, Jurisdicción o área del derecho, libros leídos recientemente o los títulos propios



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS
Escoja la apariencia de sus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores



MARCADORES DE PÁGINA
Cree un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página



BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA
Busque en todos sus libros y obtenga resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN
Transfiera todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



SUMARIO NAVEGABLE
Sumario con accesos directos al contenido



THOMSON REUTERS



INSTRUCCIONES PARA ACCEDER A LA VERSIÓN ELECTRÓNICA DE ESTA REVISTA

- La compra de esta revista en **papel le da derecho a acceder a su versión electrónica** gracias a la aplicación de eBooks ProView de última generación desarrollada por Thomson Reuters.
- Al comprar la revista, tanto en modalidad suscripción como un número individual, **le habrán solicitado su Correo Electrónico**. Si no es así, por favor, póngase en contacto con su Agente Comercial o con su Librería de referencia para gestionar el alta en la versión electrónica de la revista.
- A continuación, **Thomson Reuters le enviará un Correo Electrónico con el Asunto “ProView - Confirmación de acceso”** donde se le detallarán los **pasos a seguir** para registrarse en ProView (si es la primera vez que usa la aplicación). En este proceso de registro, usted deberá de crear su propio Nombre de Usuario y Contraseña. Finalmente, en dicho Correo Electrónico, se le detallará desde dónde podrá acceder y/o descargarse la aplicación para consultar su revista en formato electrónico.
- En cualquier caso, en la siguiente página encontrará las **instrucciones** para acceder y/o descargarse ProView.
- Recuerde que la aplicación ProView podrá usarla tanto desde su **ordenador como desde una tableta**.
- Para más información sobre ProView, por favor, acceda a la siguiente página web:

<http://www.tienda.aranzadi.es/Aranzadi/Proview/principal.aspx>



