

DIÁLOGOS JURÍDICOS
2019

JOSÉ M^a ROCA MARTÍNEZ

Director

EVA M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Subdirectora-Coordinadora

DIÁLOGOS JURÍDICOS

2019

Anuario de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Oviedo

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2019



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

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / José M^a Roca Martínez (Dir.) y Eva M^a Menéndez Sebastián (subdir-coord)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

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

Printed in Spain. Impreso en España

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

- PROF. DR. D. JOSÉ MARÍA ROCA
MARTÍNEZ
Universidad de Oviedo
Director
- PROF. DRA. DÑA. EVA MARÍA
MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Universidad de Oviedo
Subdirectora y Coordinadora de número
- PROF. DR. D. MARCOS LOREDO
COLUNGA
Universidad de Oviedo
Secretario
- PROF. DR. D. RAFAEL ARENAS GARCÍA
Universidad Autónoma de Barcelona
Derecho Internacional Privado
- PROF. DR. D. TOMÁS CANO CAMPOS
Universidad Complutense de Madrid
Derecho Administrativo
- PROF. DR. D. RICARDO CHUECA
GONZÁLEZ
Universidad de La Rioja
Derecho Constitucional
- PROF. DRA. DÑA. SILVIA DÍAZ
ALABART
Universidad Complutense de Madrid
Derecho Civil.
- PROF. DR. D. JAUME FERRER LLORET
Universidad de Alicante
Derecho Internacional Público
- PROF. DR. D. JUAN ANTONIO GARCÍA
AMADO
Universidad de León
Filosofía del Derecho
- PROF. DR. D. JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
Universidad Complutense de Madrid
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
- PROF. DR. D. JUAN IGNACIO MORENO
FERNÁNDEZ
Tribunal Constitucional
Derecho Financiero y Tributario
- PROF. DR. D. ALFONSO MURILLO
VILLAR
Universidad de Burgos
Derecho Romano
- PROF. DR. D. MIGUEL RODRÍGUEZ
BLANCO
Universidad de Alcalá de Henares
Derecho Eclesiástico
- PROF. DR. D. NICOLÁS RODRÍGUEZ
GARCÍA
Universidad de Salamanca
Derecho Procesal
- PROF. DR. D. ÁNGEL ROJO
FERNÁNDEZ-RÍO
Universidad Autónoma de Madrid
Derecho Mercantil
- PROF. DRA. DÑA. LOURDES SANTOS
PÉREZ
Universidad de Salamanca
Filosofía del Derecho.
- PROF. DR. D. ÁNGEL SANZ MORÁN
Universidad de Valladolid
Derecho Penal

PROF. DRA. DÑA. MARGARITA SERNA
VALLEJO
Universidad de Cantabria
Historia del Derecho

PROF. DR. D. EDUARDO SERRANO
GÓMEZ
Universidad Complutense de Madrid
Derecho Civil

Miembros honoríficos:

PROF. DR. D. RAÚL BOCANEGRA SIERRA
PROF. DR. D. BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO
PROF. DR. D. FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
PRESENTACIÓN	13

ARTÍCULOS

LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: CUESTIONES CRÍTICAS	19
---	----

Laura Álvarez Suárez

DERECHO, JUEZ, ESTADOS Y LEGISLADORES ¿UN NUEVO PARADIGMA?	33
---	----

Rafael Arenas García

EL DELITO CONTRA LA SEGURIDAD Y LA VIDA DE LOS TRABAJADORES: ESPECIAL REFERENCIA A LA VALORACIÓN PENAL DEL ACCIDENTE DE TRABAJO	43
---	----

Saúl Javier de Castro Mejuto

PRINCIPALES NOVEDADES DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 9/2017	87
--	----

José María Gimeno Feliu

«ESCOLTA MÓN»: LA «DIMENSIÓN EXTERIOR» DEL «PROCÈS» DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO	121
--	-----

Javier A. González Vega

SOBRE LA INTERDICCIÓN LINGÜÍSTICA DE LA HOMOFOBIA: REFLEXIONES A PARTIR DEL RESCATE DE UNA CONOCIDA SENTENCIA MEXICANA	149
--	-----

Victor J. Vázquez Alonso

TRABAJOS ACADÉMICOS

LA EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	167
<i>Olaya Cachero Villaverde</i>	
EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES. EN PARTICULAR, LA FIGURA DE LA SIMULACIÓN TRIBUTARIA	187
<i>Cristina Menéndez Morales</i>	
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES Y EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	217
<i>Marta Ordóñez Riaño</i>	
EL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL ENTRE ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA	233
<i>Diego Rodríguez Cembellín</i>	
LA DETERMINACIÓN DEL NEXO CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DENTRO DEL ÁMBITO SANITARIO: EL ALGORITMO DE KARCH Y LASAGNA	253
<i>Marta Vergara Forés</i>	

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A FRANCISCO SOSA WAGNER	271
<i>Leopoldo Tolivar Alas</i>	
ENTREVISTA A LUIS MARTÍN REBOLLO	273
<i>Eva M^a Menéndez Sebastián</i>	
ENTREVISTA A VINCENZO FERRARI	307
<i>Benjamín Rivaya</i>	

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A LA OBRA «FRANCISCO BECEÑA. UN PROCESALISTA DE PRIMERA HORA» DEL PROFESOR MANUEL CACHÓN CADENAS, EDITORIAL ATELIER, 2017	335
---	-----

Laura Álvarez Suárez

RECENSIÓN A LA OBRA «DERECHO CONSTITUCIONAL PROFUNDIZADO» DEL PROFESOR DIEGO A. DOLABJIAN, EDIAR, 2017	337
--	-----

Alejandra Boto Álvarez

RESEÑA DE ACTIVIDADES CIENTÍFICAS

<i>Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales</i>	345
---	-----

<i>Derecho Penal</i>	345
----------------------------	-----

<i>Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</i>	345
---	-----

<i>Filosofía del Derecho</i>	346
------------------------------------	-----

<i>Historia del Derecho</i>	347
-----------------------------------	-----

<i>Máster en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables (Clínica Jurídica)</i>	347
--	-----

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

PRESENTACIÓN

La revista *Diálogos jurídicos* nació hace ya varios años con la intención, como bien indicó su precursor, el Prof. Benjamín Rivaya, de participar en el debate jurídico doctrinal y contribuir a generar nuevos conocimientos sobre el Derecho.

Ese espíritu y esa finalidad han venido manteniéndose a lo largo de su –aún breve pero intensa– trayectoria, y a ese objetivo fundamental se dedican las páginas que componen este número 4, que ahora se presenta al lector, esperando que, cuanto menos, le sugiera o despierte cierto interés y le lleve a reflexionar sobre el Derecho de nuestro tiempo, pues, no en vano, en este número se abordan temas de máxima actualidad.

Así, la primera de las secciones, la dedicada a los artículos doctrinales, siguiendo un orden alfabético, comienza con el trabajo de Laura Álvarez Suárez, Doctoranda en Derecho y Colaboradora de Honor del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo, con el título «La orden europea de protección en materia de violencia de género: cuestiones críticas». Se trata de un trabajo que aborda un tema de gran interés y actualidad, que además fue seleccionado como una de las mejores comunicaciones presentadas en el Congreso Nacional de Penología celebrado en septiembre del pasado 2018 en la Facultad de Derecho de esta Universidad.

El segundo trabajo, de Rafael Arenas García, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Barcelona, que lleva por título «Derecho, Juez, Estados y Legisladores ¿un nuevo paradigma?», nos ofrece un riguroso estudio y unas profundas reflexiones sobre el ordenamiento jurídico, de los diversos elementos que lo componen y aplican, una clase magistral que constituyó la conferencia impartida el 28 de marzo de 2018 en la celebración de la festividad de San Raimundo de Peñafort, patrono de la Facultad de Derecho.

En tercer lugar, Saúl Javier De Castro Mejuto, Letrado de la Administración de Justicia, nos ofrece un exhaustivo estudio sobre la configuración legal del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, que aúna, de forma muy acertada, visión práctica y perspectiva teórica, en su trabajo titulado «Valoración penal del accidente de trabajo. Configuración del tipo y determinación de las responsabilidades».

A continuación, el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, José María Gimeno Feliú, nos obsequia con el trabajo «Principales novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público 9/2017», en el que sintetiza los aspectos más destacados que se han introducido en la regulación de la contratación pública en la nueva Ley. Sin duda, su condición de experto en una materia

que, como ésta, requiere de unos profundos conocimientos, dada su complejidad, ha contribuido a que el resultado sea de lo más ilustrativo y útil para comprender las novedades que esta norma trae consigo.

En quinto lugar, el Catedrático de Derecho Internacional Público, Javier González Vega, nos presenta un trabajo de máxima actualidad en el que, con la rigurosidad que acostumbra y bajo el título «*Escolta món: la «dimensión exterior» del *procès* desde la perspectiva del Derecho Internacional y Europeo*», se adentra en el estudio de los acontecimientos catalanes de los últimos años desde la perspectiva de su dimensión exterior, analizando los intentos por internacionalizar –en un sentido jurídico formal– el *procès* y todo lo que ello implica.

Esta sección concluye con un estudio titulado «Sobre la interdicción lingüística de la homofobia. Reflexiones a partir del rescate de una conocida sentencia mexicana», en el que su autor, Víctor J. Vázquez Alonso, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, analiza –demostrando un manejo importante de los conceptos presentes en la cuestión–, el tema de los límites oponibles a la libertad de expresión, que, sin duda, ha adquirido una renovada relevancia, en buena medida como consecuencia de la propia revolución tecnológica experimentada en el mundo de la comunicación y que constituye un debate en el que puede comprobarse el complejo vínculo que une el Estado de derecho(s) con la democracia.

En la sección dedicada a los trabajos académicos, se encuentran las adaptaciones de cinco de los Trabajos Fin de Máster y Trabajos Fin de Grado más brillantes y mejor valorados durante el curso 2017-2018. En particular, el último de ellos constituye el trabajo presentado dentro del Máster de la abogacía por Marta Vergara Forés sobre «La determinación del nexo causal en la responsabilidad patrimonial de la Administración dentro del ámbito sanitario: el algoritmo de Karch y Lasagna». Previamente se recogen cuatro Trabajos de Fin de Grado, el de Olaya Pilar Cachero Villaverde titulado «La evolución de la cláusula de prevalencia en la jurisprudencia constitucional», el de CRISTINA MENÉNDEZ MORALES SOBRE «El levantamiento del velo en las sociedades profesionales. En particular, la figura de la simulación tributaria», el de Marta Ordóñez Riaño en relación con «Los derechos fundamentales de los trabajadores y el impacto de las nuevas tecnologías» y el de DIEGO RODRÍGUEZ CEMPELLÍN respecto a «El traslado del domicilio social entre Estados miembros de la Unión Europea».

La siguiente sección contiene tres entrevistas a juristas de reconocido prestigio, que son referente en sus respectivas disciplinas, me refiero a los profesores de Derecho Administrativo Francisco Sosa Wagner y Luis Martín Rebollo, así como el profesor Vincenzo Ferrari, gran promotor de la sociología del derecho en Italia y el extranjero.

Incluye este número de la revista también dos reseñas, dentro la crítica bibliográfica, en particular, las realizadas a la obra «Francisco Beceña. Un procesalista de primera hora», del autor Manuel Cachón Cadenas, presentada por Laura Álvarez Suárez, colaboradora del área de Derecho procesal de la Universidad de Oviedo, y la segunda, a cargo de Alejandra Boto Álvarez, respecto a la obra «Derecho Constitucional profundizado» del profesor Diego A. Dolabjian.

Concluye este volumen además con la una breve referencia a distintas actividades científicas realizadas a lo largo de 2018 en la Facultad de Derecho, y que los miembros de las diversas áreas que la integran han tenido a bien reseñar, con la finalidad propia de esta sección, que no es otra que dar visibilidad a dicha labor investigadora y de transferencia.

Finalmente, debo agradecer tanto al Director de la revista, José María Roca, la oportunidad de haber coordinado este número, lo que ha supuesto una experiencia muy grata e interesante, como al resto de miembros de equipo de la revista, su participación y colaboración activa en su buena marcha, especialmente a Marcos Loredo, secretario del Anuario. Agradecimiento que hago extensivo a Paz Menéndez Sebastián, compañera de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que ha aceptado el reto de hacerse cargo de la coordinación de la revista, tarea que, sin duda, desarrollará con gran acierto y rigurosidad, como avala su trayectoria.

EVA M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Subdirectora y Coordinadora de número.
Universidad de Oviedo

Diálogos jurídicos

ARTÍCULOS

LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: CUESTIONES CRÍTICAS

LAURA ÁLVAREZ SUÁREZ

Doctoranda en Derecho y Colaboradora de Honor del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ASPECTOS GENERALES DE LA OEP.
- III. CUESTIONES CRÍTICAS DE LA OEP.
- IV. LA OEP EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.
- V. VALORACIÓN FINAL.
- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto de estudio la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección (en adelante, Directiva 2011). Dicha norma regula la Orden Europea de Protección (en lo sucesivo, OEP), una institución útil y necesaria en la UE, pero que no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina, debido a las dificultades que plantea su adopción, tanto por las deficiencias que presenta la propia Directiva, como por la heterogeneidad que existe entre las distintas legislaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a la protección de las víctimas.

Estas dificultades se incrementan en materia de violencia de género, pues en la UE no existe un concepto de violencia de género; cada Estado incorpora un concepto distinto y medidas de protección propias para estas víctimas, por lo que éstas varían según el Estado en que se encuentra la víctima. Aunque la OEP pretende mantener las medidas de protección que un Estado miembro ha adoptado para una víctima cuando ésta decide trasladarse a otro Estado miembro, lo cierto es que estas medidas pueden verse afectadas por la disparidad existente en los distintos Estados en lo que respecta al nivel de protección. En el trabajo también se analiza cómo se ha traspuesto en España la Directiva 2011, siendo el legislador español en algunas ocasiones más riguroso que el legislador europeo.

II. ASPECTOS GENERALES DE LA OEP

El objetivo de la OEP es extender las medidas de protección de carácter penal obtenidas por la víctima en el territorio de un Estado miembro (denominado Estado de emisión) a otro Estado miembro (denominado Estado de ejecución) al que la víctima ha decidido trasladarse, ya sea con carácter temporal o permanente. En consecuencia, la OEP se puede definir como un instrumento de reconocimiento mutuo en materia penal, cuya finalidad es asegurar que las medidas de protección adoptadas en un Estado miembro para proteger a una víctima de una infracción penal se mantengan y continúen cuando ésta se traslade a otro Estado miembro⁽¹⁾. Es importante tener en cuenta que para que la OEP pueda adoptarse es necesario que la víctima tenga previsto desplazarse inminentemente, pues la mera posibilidad de plantearse en un futuro un desplazamiento no habilita a ésta para solicitarla⁽²⁾.

La OEP se complementa con lo dispuesto en el Reglamento (UE) N.º 606/ 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección civil (en lo sucesivo, Reglamento 2013), que tiene por objeto la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de la ejecución de medidas civiles de protección a las víctimas dentro de los Estados de la UE, para lo cual utiliza el Certificado⁽³⁾. La Directiva 2011 y el Reglamento 2013 son dos instrumentos normativos diferentes, con mecanismos de reconocimiento distintos (la OEP y el Certificado), pero que buscan una misma finalidad, la cual es proteger a una persona cuando existan motivos fundados para considerar que su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro. Se trata de dos instrumentos de reconocimiento mutuo, no de armonización, lo que implica que su intención no es establecer uniformidad en las medidas de protección de las víctimas previstas en las legislaciones nacionales, sino eliminar las fronteras que existen entre los Estados miembros en lo que respecta a la protección de las víctimas⁽⁴⁾.

Las medidas de protección que motivan la OEP deben haberse adoptado por medio de una resolución penal, bien como pena o bien como medida cautelar, restringiéndose a alguna de las prohibiciones del artículo 5 de la Directiva: a) prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta; b) prohibición o reglamentación de cualquier tipo

(1) GÓMEZ AMIGO, L., «La Orden Europea de Protección y su aplicación en España», *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 43, 2017, pág. 3. FREIXES, T. y ROMÁN, L., *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Editorial Tecnos, Madrid, 2015, pág. 36.

(2) CHAPARRO MATAMOROS, P., «La Orden Europea de Protección», *Revista Boliviana de Derecho*, N.º 14, julio 2012, págs. 20 a 37. Texto disponible en http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2070-81572012000200003&script=sci_arttext (último acceso julio 2018).

(3) El Certificado es un formulario normalizado multilingüe, que contiene toda la información relevante para el reconocimiento y ejecución de las medidas de protección y que se entrega a la persona protegida.

(4) En este sentido, el considerando 8 de la Directiva 2011 dispone que la OEP «no establece la obligación de modificar los sistemas nacionales para adoptar medidas de protección, ni de establecer o modificar un ordenamiento jurídico penal para ejecutar una orden europea de protección».

de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal o por cualquier otro medio; c) prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor que la indicada en la medida. Por su parte, el Reglamento 2013 excluye de su ámbito de aplicación las medidas civiles relativas a resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, ya que éstas se rigen por el Reglamento de Bruselas II bis, de forma que las medidas civiles que recoge el Reglamento 2013 son las mismas que prevé el art. 5 de la Directiva 2011 para la OEP.

En sus orígenes, se pensó en la OEP como una medida destinada únicamente a las mujeres maltratadas, ya que estadísticamente suponían el mayor porcentaje de las víctimas de violencia doméstica. Sin embargo, la protección de la Directiva 2011 también alcanza a los varones maltratados y a los casos de violencia ejercida sobre los niños⁽⁵⁾. Es decir, la OEP, al igual que el Reglamento 2013, se aplica a cualquier tipo de víctima, definida como «persona protegida», y no exclusivamente a las víctimas de violencia de género, siendo su objetivo principal evitar cualquier forma de violencia tanto de género como ejercida en el marco de las relaciones con personas de su entorno próximo, ya sea violencia física, acoso, agresión sexual, acecho, intimidación u otras formas de coerción indirecta⁽⁶⁾. La misma se dirige al Estado al que se vaya a trasladar la persona protegida, al que la Directiva define como Estado de ejecución⁽⁷⁾ (art. 2.6). Esto significa que la eficacia extraterritorial de las medidas de protección no es genérica para todo el territorio de la UE, sino específica para el Estado de ejecución.

La emisión de una OEP no es un trámite automático que se produce ante toda solicitud de la misma que cumpla los requisitos previstos, la autoridad competente del Estado de emisión debe tener en cuenta, entre otros criterios: a) la duración del período o períodos en que la persona protegida tiene la intención de permanecer en el Estado de ejecución y b) la importancia de la necesidad de protección (art. 6.1), careciendo de sentido la adopción de una OEP en supuestos de desplazamientos brevísimos o cuando el peligro de la víctima sea remoto⁽⁸⁾. Asimismo, es importante destacar que, antes de emitir la OEP es obligatorio dar audiencia a la persona causante de peligro, si no ha podido ejercer ese derecho durante la tramitación de la medida de protección (art. 6).

El procedimiento de transmisión de la OEP se configura como un mecanismo sencillo y rápido de comunicación directa entre las autoridades competentes para dictarla (Estado de emisión) y para reconocerla (Estado de ejecución), pudiendo emplearse cualquier medio que deje constancia escrita y en condiciones que permitan

(5) CHAPARRO MATAMOROS, P. «La Orden Europea...» trab. cit. págs. 20 a 37.

(6) ORTIZ, J. C., «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», *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 31, 2013, pág. 2.

(7) GÓMEZ AMIGO, L., «La Orden Europea...» trab. cit., pág. 7.

(8) CHAPARRO MATAMOROS, P., «La Orden Europea...» trab. cit., págs. 20 a 37.

determinar la autenticidad de la OEP⁽⁹⁾. El artículo 10 de la Directiva prevé nueve causas de denegación del reconocimiento⁽¹⁰⁾, entre las que se encuentra que la medida de protección se refiera a un hecho que no constituya infracción penal conforme al Derecho del Estado de ejecución (art. 10 c).

Una vez reconocida la OEP, las medidas de protección acordadas por el Estado de ejecución se llevan a cabo de conformidad con su Derecho nacional, correspondiéndole a la autoridad competente de este Estado la fiscalización de su cumplimiento. Es importante destacar que el Estado de ejecución tiene la obligación de notificar la OEP y las medidas de protección acordadas a la persona causante de peligro, pero sin darle a conocer ni la dirección ni otros datos de contacto de la persona protegida, salvo que sea necesario para la ejecución de la medida acordada (art. 9.3).

En los supuestos de incumplimiento, la autoridad competente del Estado de ejecución puede, entre otras cosas, imponer sanciones penales y adoptar cualquier otra medida como consecuencia del quebrantamiento de la OEP, cuando tal inobservancia constituya infracción penal conforme a su legislación, así como también puede acordar las oportunas medidas provisionales urgentes para poner fin al incumplimiento, a la espera, en su caso, de una ulterior resolución del Estado de emisión (art. 11.2)⁽¹¹⁾. Por su parte, el Estado de emisión conserva su competencia exclusiva, de acuerdo con su Derecho nacional, para acordar la prórroga, revisión, modificación, revocación y anulación de las medidas de protección que fundamentan la OEP y, en consecuencia, respecto de la propia OEP, si bien debe comunicarlo a la autoridad competente del Estado de ejecución.

III. CUESTIONES CRÍTICAS DE LA OEP

A pesar de las buenas intenciones del legislador para ofrecer una protección efectiva a las víctimas que deciden trasladarse a otro Estado miembro, lo cierto es que la OEP ha tenido una escasa aplicación. La regulación de la Directiva 2011 plantea ciertos

(9) La OEP se emite por medio del modelo o formulario del Anexo I de la Directiva 2011, en el que se recoge la información necesaria para su ulterior reconocimiento y ejecución una vez recibida la OEP la autoridad competente del Estado de ejecución procede a su reconocimiento que se efectúa con la misma prioridad aplicable a un caso nacional semejante, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, incluida su urgencia, la fecha prevista de llegada de la persona protegida y la gravedad del riesgo que corre la misma (art. 15 de la Directiva).

(10) Los motivos de denegación de la OEP son: que esté incompleta y no se haya subsanado en el plazo fijado por la autoridad del Estado de Ejecución; que no tenga su fundamento en alguna de las prohibiciones o restricciones del art. 5; el incumplimiento de la exigencia de doble tipificación; la excepción de jurisdicción propia y la concurrencia de causas que excluyan la responsabilidad penal en el Estado de Ejecución (amnistía, inmunidad, prescripción de las actuaciones penales, vulneración del *nem bis in ídem* y minoría de edad).

(11) El considerando 26 de la Directiva 2011 pone de manifiesto que la ulterior decisión del Estado de Emisión puede consistir en la aplicación de una medida privativa de libertad en sustitución de una medida no privativa de libertad inicialmente adoptada como alternativa, por ejemplo, a la prisión preventiva o como consecuencia de la suspensión condicional de una pena.

problemas prácticos, que se ven agravados por la disparidad que existe entre Estados miembros en lo que respecta al nivel de protección que confieren a las víctimas del delito y, sobre todo, en el ámbito de la violencia de género.

El primer inconveniente se encuentra en la complejidad que supone para los Estados miembros la aplicación del sistema normativo que conforman la Directiva 2011 y el Reglamento 2013⁽¹²⁾. Además, la Directiva establece que el Estado receptor debe mantener la protección a la víctima de acuerdo con su legislación nacional (art. 9.1 y 11.1), pero las legislaciones de los Estados que integran la UE son muy disímiles, en concreto, en materia de violencia de género existe una gran heterogeneidad, pues no hay un concepto único y vinculante de violencia de género para los Estados miembro por lo que cada uno incorpora un concepto distinto y medidas de protección propias para estas víctimas. La Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, apoyo y la protección de las víctimas de delitos (en lo sucesivo, Directiva 2012), incorpora un marco conceptual de violencia de género, pero no se trata de un concepto único y vinculante, simplemente amplía y clarifica las locuciones que suelen incorporar los Estados. La Directiva 2012 entiende la violencia por motivos de género como «una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual, la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzosos, la mutilación genital femenina y los denominados delitos relacionados con el honor».

La UE y todos los estados miembros han firmado el Convenio N.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, más conocido como el Convenio de Estambul por la ciudad en que fue adoptado en el año 2011⁽¹³⁾. Esta norma constituye la primera norma legal vinculante que considera la violencia contra la mujer y la violencia intrafamiliar como una grave vulneración de los derechos humanos y una forma de discriminación de la que los estados son responsables y responden de forma adecuada. En su art. 3, el convenio define los distintos tipos de violencia y establece un concepto de violencia contra las mujeres, de violencia doméstica, de género y de violencia contra las mujeres por razones de género⁽¹⁴⁾. Sin embargo, esta norma todavía no se

(12) DE HOYOS SANCHO, M., «Principales avances en derechos, garantías y protección de las víctimas», *Diario la Ley*, Núm. 8955, Editorial Wolters Kluwer, 2017, pág. 3.

(13) Texto disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947 (último acceso diciembre 2018).

(14) El art. 3 del Convenio de Estambul, define la «violencia contra las mujeres» como una violación de los derechos humanos, y una forma de discriminación contra las mujeres, que designa todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad en la vida pública. Por «violencia doméstica» entiende todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o

ha aplicado en los Estados miembros, en España el Pacto de Estado en contra de la violencia de género aprobado por el Pleno del Congreso el 28 de septiembre de 2017, prevé entre sus medidas ampliar el concepto de violencia de género, de acuerdo con lo establecido en el Convenio de Estambul⁽¹⁵⁾.

Aunque es de esperar que en un futuro no muy lejano todos los Estados establezcan un mismo concepto de violencia de género y medidas de protección similares, lo cierto es que en el momento actual no es así, no en todos los Estados se juzga este tipo de violencia en el orden penal, sino que en algunos Estados se juzga en el orden civil, e incluso en el administrativo. Esto implica que, si el agresor reincide en alguno de los Estados que regulan la violencia de género en el orden civil o administrativo, únicamente deberá de pagar una reparación económica, mientras que, en los ordenamientos que juzgan la violencia de género en el orden penal, podría responder con una pena privativa de libertad. Esto puede conducir a que dependiendo del Estado al que pretendan trasladarse, las víctimas prefieran no solicitar la OEP⁽¹⁶⁾.

Otro problema práctico que presenta la Directiva 2011, es que para la misma carece de relevancia la naturaleza penal, civil o administrativa de la autoridad que adopta la medida de protección. Sin embargo, en algunos Estados como España, que sea un órgano administrativo el que adopte la medida de protección excluye al judicial⁽¹⁷⁾. En este sentido, la doctrina ha considerado que es muy difícil de imaginar que un juez español reconozca y ejecute la decisión de un policía o de una autoridad administrativa, ya que sería contrario al sistema constitucional de derechos y libertades fundamentales español; asimismo, si ya es difícil que se produzca el reconocimiento mutuo y la idea de equivalencia entre resoluciones judiciales aún lo es más con resoluciones no jurisdiccionales⁽¹⁸⁾.

Por otro lado, la Directiva 2011 establece una lista tasada y restrictiva de medidas protectoras penales, fuera de las cuales no hay posibilidad de dictar una OEP o de reconocerlas y ejecutarlas en el Estado de ejecución. Esto significa que las medidas nacionales de protección que excedan de las estipuladas en el art. 5 de la Directiva,

haya compartido el mismo domicilio que la víctima. El «género» lo define como todos los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de hombres y mujeres; y la «violencia contra las mujeres por razones de género» como toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de forma desproporcionada.

(15) Texto disponible en: http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_refundido_PEVG_.pdf (último acceso diciembre 2018).

(16) CHAPARRO MATAMOROS, P. «La Orden Europea...» *trab. cit.* págs. 20 a 37.

(17) En concreto, en España los órganos competentes para adoptar la orden de protección son el juzgado de instrucción de guardia o el juzgado de violencia sobre la mujer, atendiendo a motivos de indicios fundados de comisión del delito contra la vida, la integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad y a la situación objetiva de riesgo. Consecuentemente, la orden de protección española es un auto de una autoridad judicial dictado, incluso de oficio, o a solicitud de alguna de las víctimas del art. 173.2 CP, y previa audiencia de la víctima, su agresor y el Ministerio Fiscal.

(18) DEL POZO PÉREZ, M., «La orden europea de protección. Especial referencia a las víctimas de violencia de género», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 19/1, 2012, pág. 178.

en ningún caso pueden ser objeto de la OEP, aunque no impiden su adopción. Por lo que podría ocurrir que una víctima en riesgo con una Orden de protección nacional a su favor con un contenido que no prevea ninguna de las medidas del art. 5, se vea indefensa al trasladarse a otro Estado miembro⁽¹⁹⁾; asimismo, una víctima con una Orden de protección nacional que le confiera una protección más amplia que la que establece el art. 5 de la Directiva podría verse desfavorecida al trasladarse a otro Estado. En particular, las víctimas de violencia de género españolas amparadas por el art. 544 ter LECrim, solo podrán instar un reconocimiento parcial de las medidas que recoge la Orden de protección española, puesto que aparte de medidas penales, también contiene medidas civiles y asistenciales⁽²⁰⁾.

De otro lado, aunque parece lógico informar al agresor del nuevo paradero de la víctima, puesto que podría darse el improbable, pero posible supuesto de que alguien incumpliese una OEP sin saberlo, y fuera condenado por ello. Lo cierto es que el hecho de que la norma obligue a comunicar al potencial agresor el nuevo lugar de residencia o la distancia a la que no puede acercarse respecto de un lugar localizado en el país al que se va a trasladar la víctima, implica revelarle al causante del riesgo el emplazamiento concreto o muy aproximado en el que va a residir la víctima, lo que puede suponer que ésta prefiera salir del Estado de emisión sin la OEP para no tener que comunicarle al causante del riesgo el lugar al que se traslada⁽²¹⁾. La Directiva 2011 intenta solventar este problema matizando en su considerando 22, que deberá tenerse en cuenta el interés de la persona protegida en que no se revele su domicilio ni en que ningún otro dato de contacto se incluya en la prohibición o restricción impuestas a la persona causante de delito, por lo que parece que en principio los datos de localización exacta de la víctima deberán de permanecer en secreto⁽²²⁾.

Otra de las críticas más compartida por la doctrina es que la Directiva 2011 prevé demasiadas causas de no reconocimiento, dejando desprotegidas a las víctimas en numerosas situaciones; así sucede, por ejemplo, en el supuesto de que la medida de protección se refiera a un hecho que no constituya una infracción penal en el Estado de ejecución, o en los casos en que, conforme a su legislación, la persona causante del peligro no puede considerarse responsable. Estas causas de denegación plantean

(19) DEL POZO PÉREZ considera que esta situación es «reprobable», ya que no debería de haberse confeccionado una lista tasada y restrictiva de medidas protectoras penales fuera de las cuáles no hay posibilidad, o bien de dictarse una OEP, o bien de reconocerlas y ejecutarlas. Debería haberse optado por la flexibilidad y diversidad de tradiciones y sistemas jurídicos. («La orden europea...», trab. cit. pág. 175).

(20) El contenido de la orden de protección española es más amplio que el de la OEP, porque contempla, además de medidas penales, medidas de carácter asistencial y medidas civiles temporales; como la guarda y custodia de los hijos, sin perjuicio de la patria potestad compartida o no; el régimen de visitas; la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la víctima; pensión alimenticia; etc. Asimismo, en el orden penal se prevé la prohibición de acercamiento y de comunicación mediante cualquier forma con la víctima; y el incumplimiento de estas medidas puede constituir un delito de quebrantamiento y, dar lugar a que se acuerde el aumento de las medidas penales, e incluso, la prisión provisional.

(21) DE HOYOS SANCHO, M. «La orden europea...», trab. cit., pág. 3.

(22) MORGADE CORTÉS, M., «La orden europea de protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, Núm. 3, 2014, pág. 107.

más inconvenientes en el ámbito de la violencia de género, pues como ya se ha adelantado, en esta materia las legislaciones de los Estados miembros son muy heterogéneas, por lo que no será extraño encontrarse con que un hecho que constituya infracción penal en un Estado no lo sea en otro. Además, también debe tenerse en cuenta la importante labor que supone para el Estado de ejecución determinar si la OEP incurre en alguno de los motivos de no reconocimiento que establece la Directiva 2011⁽²³⁾. A este respecto hay que destacar que en el Reglamento 2013 los supuestos de no reconocimiento son mucho más limitados⁽²⁴⁾.

Por último, también se han señalado como debilidades de la Directiva 2011, que en su art. 2 establece que solo se puede solicitar una orden de protección respecto a medidas cuya finalidad sea prevenir los riesgos originados por una persona física, no pudiendo, por tanto, aplicarse la OEP cuando el riesgo proceda de entes colectivos, olvidando la norma que las mafias y organizaciones, por su carácter transfronterizo, tienen una especial facilidad para actuar en distintos Estados y perseguir a sus víctimas⁽²⁵⁾. De otro lado, la Directiva 2011 no establece plazos específicos para llevar a cabo la tramitación de la OEP; hay quienes entienden que se debería haber previsto e incluso sancionado el incumplimiento injustificado, ya que en lo que concierne a la tutela de las víctimas es esencial la agilidad e inmediatez, y la Directiva se limita a sancionar que las solicitudes de expedición de una OEP deben tramitarse con la diligencia apropiada y sin demora indebida, conceptos jurídicos indeterminados que no permiten exigir límites temporales para su adopción. No obstante, también prevé que «se reconocerá con la misma prioridad que sería aplicable en un caso nacional similar»⁽²⁶⁾.

Aunque la Directiva 2011 presenta ciertos aspectos negativos, la doctrina también ha señalado como puntos positivos que la protección que ofrece la OEP no restringe su aplicación en función de la tipología delictiva; en este sentido, engloba a todas las víctimas de delitos, como las víctimas de trata de seres humanos, de mutilaciones genitales femeninas, de bodas forzosas, de homicidios por defender el honor, de incestos y víctimas de terrorismo, con independencia de su edad o de su sexo, cuando hay un agresor identificado⁽²⁷⁾. Asimismo, la adopción de la OEP exige a la persona agraviada de la necesidad de incoar nuevos procedimientos o de presentar pruebas nuevamente en el Estado de ejecución como si el Estado de emisión no

(23) BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., «La orden europea de protección: analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español», *Diario La Ley*, Núm. 8022, 2013, pág. 6.

(24) El artículo 13 del Reglamento 2013 dispone que únicamente se denegará el reconocimiento de las medidas de protección solicitadas cuando sean manifiestamente contrarias al orden público del Estado miembro requerido o cuando sean incompatibles con una sentencia dictada o reconocida en el Estado miembro requerido.

(25) MORGADE CORTÉS, M., «La orden europea...» *trab. cit.*, pág. 107.

(26) DEL POZO PÉREZ, M., *trab. cit.*, pág. 179.

(27) En este sentido, es importante destacar que, el ámbito de aplicación de la orden de protección en el proceso penal español es mucho más reducido, pues el mismo está limitado a las víctimas de violencia de género y de violencia doméstica.

hubiese impuesto ninguna medida de protección; en otras palabras, el reconocimiento de la OEP por el Estado de ejecución supone que la autoridad competente de este Estado acepta la existencia y la validez de la medida de protección adoptada en el Estado de emisión, reconoce los hechos expuestos en la orden y, además, mantiene esa protección de conformidad con su Derecho nacional, contribuyendo de esta forma a simplificar el acceso a la justicia y a evitar la victimización secundaria⁽²⁸⁾.

IV. LA OEP EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La Directiva 2011 se ha traspuesto al Ordenamiento español mediante la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE (en lo sucesivo, LRM), y la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la anterior. La LRM recoge el régimen jurídico aplicable en España con respecto a todos los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, entre las que se encuentran la resolución de libertad vigilada o la de medidas de vigilancia de la libertad provisional. Por su parte, la Ley Orgánica complementaria modifica algunos preceptos de la LOPJ para atribuir y regular la competencia de los tribunales españoles en estos casos. El régimen jurídico de la OEP se establece en los artículos 130 a 142 LRM, junto con las normas generales del Título Primero de la LRM (arts. 7 a 33), que son aplicables a todos los instrumentos de reconocimiento mutuo, con carácter subsidiario se aplica la LECRim. Como se podrá comprobar a lo largo de este trabajo, la legislación española presenta ciertas singularidades con respecto a la normativa europea, siendo en algunos casos más exigente.

La competencia de los Tribunales españoles para emitir y transmitir una OEP pertenece a los Jueces o Tribunales que conozcan del procedimiento penal en que se ha adoptado la medida de protección (art. 131 LRM). En cuanto a la competencia para reconocer y ejecutar una OEP se atribuye a los Jueces de Instrucción o a los Jueces de Violencia sobre la Mujer del lugar donde la víctima resida o tenga intención de hacerlo (art. 131.2) habiendo optado el legislador por el criterio de la proximidad a la víctima. No obstante, este criterio cede ante el carácter prevalente del reconocimiento de resoluciones de libertad vigilada y de medidas alternativas a la prisión provisional, en los casos en que se hubieran transmitido previamente a la OEP a España, pues en estos supuestos será competente para su reconocimiento y ejecución, el mismo Juez o Tribunal que hubiese reconocido y ejecutado las resoluciones de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional, de acuerdo con el art. 132 LRM.

En cuanto a la emisión y transmisión de una OEP, el art. 133 LRM traspone los requisitos del art. 6 de la Directiva 2011 para que los tribunales españoles puedan emitir una OEP, la diferencia principal con el art. 6 de la Directiva es que la OEP

(28) CARRASQUERO CEPEDA, M., «Orden europea de protección: un paso adelante en la protección de las víctimas», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, Núm. 2, 2014, págs. 108 y ss.

solo puede emitirse en España sobre la base de una resolución judicial penal, ya que únicamente una resolución de este tipo puede ordenar las medidas de protección fundamento de la OEP. En cambio, en el régimen de la Directiva 2011, la OEP puede dictarse por una «autoridad judicial o equivalente», sin que la autoridad judicial deba pertenecer al orden penal. Es importante destacar que la OEP puede transmitirse, de forma simultánea, a varios Estados de ejecución cuando la víctima manifieste su intención de permanecer en varios de ellos (art. 136 LRM).

La LRM es más severa que la Directiva europea en lo que respecta a la audiencia a la persona causante de peligro antes de emitir la OEP, puesto que la Directiva 2011 dispone que la persona causante del riesgo tiene derecho a ser oída antes de emitirse la OEP si no ha tenido este derecho en el procedimiento previo de adopción de la medida de protección (art. 6.4); pero el art. 134.3 LRM dispone que se dará audiencia a la persona causante de peligro, en todo caso, antes de emitir la OEP, aunque con diferente alcance, según haya sido oído o no previamente con respecto a la adopción de medidas de protección. De forma que, si no se le ha oído previamente, se convocará a la persona causante del peligro, asistido de letrado, al MF y a las demás partes personadas a una comparecencia, resolviéndose lo que proceda por medio de auto. En caso de que la audiencia previa sí haya existido, se le debe oír nuevamente antes de dictar la OEP para que pueda realizar alegaciones sobre la necesidad o conveniencia de dictar la OEP, pero no existe la obligación de sujetarse al modelo de vista oral contradictoria⁽²⁹⁾. En cualquier caso, de acuerdo, con lo dispuesto en el art. 22.3 LRM parece posible que la audiencia al causante de peligro se realice por teléfono o videoconferencia.

Se ha considerado, con acierto, que el régimen de la audiencia previa a la persona causante de peligro puede producir una serie de «efectos indeseables», ya que si no puede localizarse a la persona causante del peligro, tampoco puede dictarse la OEP, aun cuando ya se le hubiese oído en el procedimiento previo de adopción de la medida de protección, lo que implicaría dejar a la víctima sin protección, por aplicar una exigencia de audiencia de forma más rigurosa que la Directiva⁽³⁰⁾. Asimismo, el legislador no ha tenido en cuenta que existe la posibilidad de que la OEP no se reconozca en el Estado de ejecución o de que, reconociéndose, el Derecho de este Estado no contenga las medidas aplicables para casos análogos. En estos supuestos, el peligro genérico sobre la víctima puede haberse convertido en real, ya que la persona causante de peligro conoce la intención de la víctima de trasladarse a otro Estado miembro, y más aún si le comunican los datos relativos a la víctima, de acuerdo con el art. 134.3 LRM.

Contra el auto que acuerda la emisión y transmisión de la OEP caben los recursos previstos en el proceso penal español, dependiendo del tribunal y de la fase procesal en que se emita, según el régimen general de recursos contra las resoluciones

(29) GÓMEZ AMIGO, L., «La Orden Europea...» trab. cit., pág. 17.

(30) GÓMEZ AMIGO, L., «La Orden Europea...» trab. cit., pág. 21.

de transmisión de instrumentos de reconocimiento mutuo (art. 13.1 LRM)⁽³¹⁾. La posibilidad de recurrir la decisión de emisión de la OEP es más amplia en el ordenamiento español que en la Directiva 2011, ya que esta última solo se refiere a ella con respecto a la denegación de la emisión de la OEP, mientras que la LRM permite que todas las partes puedan recurrir la decisión sobre la emisión o denegación OEP. Con la particularidad de que, puesto que la resolución que imponga las medidas de protección, como medidas cautelares o como penas, ya ha podido ser objeto de recurso por medio de los medios de impugnación procedentes para la misma, el recurso contra la expedición o denegación de la OEP solo podrá fundarse en la concurrencia o no de los requisitos para emitirla⁽³²⁾.

En lo que respecta a la ejecución de una OEP por la autoridad judicial española, el art. 138 LRM establece que ésta tras recibir una OEP debe decidir sobre su reconocimiento por medio de auto, «sin dilación» y tras dar audiencia al Ministerio Fiscal por plazo de tres días. En particular, la decisión debe adoptarse con la misma prioridad que corresponda a las medidas de protección de las víctimas en Derecho español, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, incluida su urgencia, la fecha prevista de llegada de la persona protegida a España y la gravedad del riesgo que corre. El juez o Tribunal debe informar a la persona causante de peligro, a la autoridad competente del Estado de emisión y a la persona protegida de las medidas adoptadas y de las consecuencias de su incumplimiento, pero no se darán a conocer a la persona causante de peligro la dirección ni otros datos de contacto de la persona protegida, salvo que sea necesario.

El auto que deniega el reconocimiento de la OEP acuerda también su devolución inmediata y directa a la autoridad de emisión, una vez que dicho auto es firme (art. 16.3 LRM). Además, la autoridad judicial española debe notificar la denegación del reconocimiento y los motivos de la misma a la autoridad competente del Estado de emisión y a la persona protegida, debiendo informar a ésta última de la posibilidad de solicitar una medida de protección de acuerdo con su Derecho nacional y de los posibles recursos contra el auto que denegó el reconocimiento. En cuanto a los recursos contra el auto, el art. 24.1 LRM se remite al régimen de recursos de la LECrim., en dichos recursos no cabe revisar los motivos de fondo por los que se haya adoptado la OEP, que sólo pueden ser impugnados mediante un recurso en el Estado de emisión (art. 24.3).

Las causas de denegación de la Directiva 2011 se trasponen por la LRM, pero en distintos artículos por coincidir algunas de ellas con las propias de otros instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales. De esta forma, en el art. 32 LRM

(31) La interposición del recurso no impide la transmisión de la OEP, puesto que no produce efectos suspensivos, tal y como se desprende del art. 13.2 LRM, que sanciona que «en caso de estimación de un recurso, la autoridad judicial española lo comunicará a la autoridad que esté conociendo de la ejecución».

(32) GÓMEZ AMIGO, L., «La Orden Europea...» trab. cit., pág. 22.

se recogen los motivos generales de denegación del reconocimiento⁽³³⁾ y en el art. 140.1 LRM los motivos específicos de denegación de la OEP⁽³⁴⁾. Asimismo, el art. 33 LRM introduce, con carácter general, una causa de denegación del reconocimiento que se suma a las propias de la Directiva 2011, relativa a las resoluciones dictadas en ausencia del imputado, pero se ha considerado que, debido a los requisitos que exige, su aplicación parece «excepcional»⁽³⁵⁾. Si la autoridad competente del Estado de emisión modifica la OEP, la autoridad judicial española, previa audiencia del Ministerio Fiscal, modificará las medidas adoptadas, salvo en los supuestos en que la modificación de la OEP no se acomode a las clases de restricciones que pueden recogerse en la misma o cuando la información transmitida con la OEP modificada esté incompleta y no se haya subsanado dentro del plazo fijado (art. 141 LRM)⁽³⁶⁾.

Los motivos por los que pueden finalizar las medidas de protección adoptadas en ejecución de una OEP se fijan en el art. 142 LRM. El auto que pone fin a las medidas de protección debe notificarse inmediatamente a la autoridad competente del Estado de emisión y a la persona protegida⁽³⁷⁾. Antes de poner fin a las medidas, la autoridad judicial española puede solicitar a la autoridad competente del Estado de emisión que informe sobre la necesidad de mantener la protección otorgada por la OEP, concediéndole un plazo máximo de un mes. Esta posibilidad en la Directiva 2011 solo está prevista para el supuesto en que las medidas de protección concluyan por expiración del plazo máximo para el que estaban previstas; pues como bien apunta la doctrina es el único de los motivos de finalización de las medidas de protección en que éstas no decaen por desaparición de los presupuestos de la OEP, sino por una causa propia del Estado de Ejecución⁽³⁸⁾.

(33) Los motivos generales de denegación del reconocimiento son la vulneración del principio *non bis in idem*; la prescripción de la sanción impuesta; la ausencia del certificado o que éste sea incompleto, manifiestamente incorrecto o no responsa a la medida o falte el certificado, la inmunidad.

(34) Como motivos de denegación específicos se encuentran que las medidas de protección no sean de las que pueden servir de fundamento de una OEP, el incumplimiento de la exigencia de la doble tipificación, el indulto y la minoría de edad de la persona causante de peligro.

(35) GÓMEZ AMIGO, L, «La Orden Europea...» trab. cit., pág. 25.

(36) En los casos en que no procede la modificación de las medidas de protección, debe entenderse que queda sin efecto la OEP anteriormente reconocida y, por tanto, también las medidas de protección adoptadas en ejecución de la misma (arts. 142.1 d) y 142.3 LRM).

(37) De acuerdo con el art. 142 LRM son causas por las que se puede poner fin a las medidas de protección acordadas en base a una OEP las siguientes: a) cuando la autoridad competente del Estado de emisión haya revocado o anulado la OEP, tan pronto como haya recibido la notificación correspondiente; b) cuando existan indicios claros de que la persona protegida no reside ni permanece en España o ha abandonado definitivamente el territorio español; c) cuando, conforme al ordenamiento español, haya expirado el plazo máximo de vigencia de las medidas adoptadas; d) cuando no se haya modificado la medida de protección, en los casos del art. 141; y e) cuando, tras el reconocimiento en España de la OEP, se haya transmitido a nuestro país una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional o de libertad vigilada.

(38) GÓMEZ AMIGO considera un «exceso» que el legislador español haya extendido la posibilidad de solicitar al Estado de emisión información sobre la necesidad de mantener las medidas de protección a todos los motivos de finalización de las mismas; pues no resulta muy apropiado preguntar al Estado de emisión sobre la necesidad de continuar con la protección a la víctima cuando éste haya revocado o anulado la OEP,

V. VALORACIÓN FINAL

La OEP es una institución útil y necesaria en la UE, pero las deficiencias que presenta la Directiva 2011 al regular su procedimiento de adopción y el hecho de que se configure como una norma de mero reconocimiento mutuo y no de armonización, conlleva que, en la actualidad, la OEP no se configure como un mecanismo para proteger a las víctimas todo lo efectivo y eficaz que sería deseable. Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del trabajo, la Directiva 2011 plantea numerosos problemas prácticos, como son la falta de relevancia de la naturaleza de la autoridad que emite la orden, la lista fija y cerrada de medidas que prevé el art. 5, la audiencia a la persona causante de peligro, los excesivos motivos de no reconocimiento, etc.

A lo anterior hay que añadir que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros son muy heterogéneos. Estas diferencias se hacen aún más notorias en el ámbito de la violencia de género, pues cada Estado incorpora un concepto propio de violencia de género, lo que conduce a que las medidas de protección respecto a estas víctimas sean muy dispares entre Estados; la consecuencia es que el nivel de protección de las víctimas de violencia de género varía dependiendo del Estado en el que se encuentren, lo que sin duda limita su derecho a la libre circulación y genera desigualdades entre ciudadanos de la UE.

Si bien es cierto que el legislador europeo no ha tenido en cuenta la diversidad de ordenamientos y tradiciones jurídicas que integran la UE a la hora de regular la Directiva 2011 y, en concreto, al establecer la lista tasada y restringida de medidas del art. 5 de la norma, también lo es que si lo que se pretende es instaurar un sistema que garantice una protección elevada, uniforme y efectiva para las víctimas cuando decidan trasladarse a otro Estado de la UE, es aconsejable que se aproximen y armonicen las legislaciones de los Estados miembros en esta materia. Aunque la UE ha llevado a cabo distintas iniciativas para acercar las legislaciones de los Estados, como la Directiva 2012, las diferencias entre los Estados siguen siendo muy significativas.

Es evidente que la Directiva 2011 precisa de una reforma que ayude a solventar todas las dificultades que plantea la norma a la hora de adoptar una OEP, pero también es necesaria una mayor uniformidad jurídica entre los Estados miembros. Sobre todo, en materia de violencia de género parece imprescindible e inaplazable que el legislador europeo apruebe una norma que regule de forma integral y específica este fenómeno, estableciendo un concepto único y vinculante de violencia de género, y medidas mínimas de protección y apoyo para estos casos, de acuerdo con lo previsto en el Convenio de Estambul.

Por último, en lo que respecta a España, aunque es uno de los Estados miembros que más derechos y protección confiere a las víctimas, y en particular, a las de violencia de género, considero que a la hora de trasponer la Directiva 2011, en vez

ni cuando existan indicios de que la persona protegida no se encuentra en el territorio español (GÓMEZ AMIGO, L., «La Orden Europea...», trab. cit., pág. 28).

de minimizar las dificultades que presenta la norma europea, las ha incrementado; así sucede con la audiencia a la persona causante de peligro, exigencia más rigurosa que en la propia Directiva 2011.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., «La orden europea de protección: analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español», *Diario La Ley*, Núm. 8022, 2013.
- CARRASQUERO CEPEDA, M., «Orden europea de protección: un paso adelante en la protección de las víctimas», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, Núm. 2, 2014.
- CHAPARRO MATAMOROS, P., «La Orden Europea de Protección», *Revista Boliviana de Derecho*, N.º 14, julio 2012, págs. 20 a 37. Texto disponible en http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2070-81572012000200003&script=sci_arttext (último acceso julio 2018).
- DEL POZO PÉREZ, M., «La orden europea de protección. Especial referencia a las víctimas de violencia de género», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 19/1, 2012.
- FREIXES, T. y ROMÁN, L., *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Editorial Tecnos, Madrid, 2015.
- GÓMEZ AMIGO, L., «La Orden Europea de Protección y su aplicación en España», *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 43, 2017.
- DE HOYOS SANCHO, M., «Principales avances en derechos, garantías y protección de las víctimas», *Diario la Ley*, Núm. 8955, Editorial Wolters Kluwer, 2017.
- MORGADE CORTÉS, M., «La orden europea de protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, Núm. 3, 2014.
- ORTIZ, J. C., «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», *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 31, 2013.

DERECHO, JUEZ, ESTADOS Y LEGISLADORES ¿UN NUEVO PARADIGMA?

RAFAEL ARENAS GARCÍA

Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Barcelona

Muchas gracias al Decano por la invitación a participar en este acto. Agradecimiento que hago extensivo a la Facultad y a la Universidad. Para mí es un enorme honor y un inmenso placer participar hoy en esta celebración de San Raimundo de Peñafort, siempre solemne, y a la que asistí en no pocas ocasiones durante los 11 años en los que esta Facultad fue mi casa; primero como alumno de lo que ahora es grado y luego como estudiante de doctorado y docente.

Como para muchos, quizás para la mayoría sino todos, los años de la primera formación jurídica fueron decisivos para los que siguieron. Y añado lo de «primera» a «formación» porque nuestra vida no puede ser más que de estudio continuo, un estudio que no acaba con el grado, el máster o el doctorado. Mi forma de entender el Derecho, de aplicarlo, enseñarlo o comentarlo es una consecuencia de esos once años en esta Facultad, desde la primera lección recibida, impartida entonces por el tristemente ya fallecido Gerardo Turiel, hasta las conversaciones con «las Pilares» durante horas en el departamento, o en los cafés con los compañeros de Público, Constitucional, Mercantil, Trabajo, Civil...

Recuerdo ahora esto porque muchos de vosotros os encontráis ahora en el punto en el que me encontraba yo hace casi 30 años. Habéis dedicado los últimos cuatro años a estudiar Derecho y habéis aprendido mucho, seguro. No creáis a quienes os dicen que ahora es cuando comenzáis a aprender; los años que acabáis de pasar son el cimiento de todo lo que vendrá después. Lo que hayáis entendido y asimilado bien nunca lo olvidaréis; lo que no hayáis adquirido en estos años deberá ser estudiado más adelante con más esfuerzo y, probablemente, con peores resultados. El almacén jurídico que ahora tenéis será la base de todo lo que hagáis en el futuro. Podréis ampliar esta o aquella habitación, levantar una torre o cambiar la fachada, pero el plano de vuestro hogar jurídico, su planta, será difícilmente modificable. Para bien o para mal. Seguro que para bien.

Porque el Derecho no es un conjunto de conocimientos, sino una forma de ver la realidad. Una herramienta que nos permite, ante cada acción determinar su valoración jurídica. Quizás no, al menos en mi criterio, saber si es justa o injusta, porque el concepto de justicia suele incluir un elemento subjetivo que en el Derecho

debería reducirse al mínimo; pero si averiguar si la acción que juzgamos entra en lo permitido, obligado o prohibido en un determinado ordenamiento jurídico. Entre lo meramente legal o ilegal y lo justo o injusto creo que el concepto de «ajustado a Derecho» se adecua más a lo que quiero expresar.

Y esta herramienta está compuesta por conocimiento de normas que se proyectan directamente sobre la realidad; pero también de procedimientos, porque el Derecho no puede ser entendido al margen de los mecanismos de creación e integración de normas. Y esta idea de procedimiento o proceso es inescindible de nuestra comprensión actual del Derecho. Las reglas de debate y razonamiento, las que rigen la resolución de los conflictos y las que permiten la creación de normas son una parte esencial de esta herramienta.

Y todo ello, a su vez, en el marco de unos principios que nos pueden parecer tan evidentes que a veces no reparamos en ellos; unos elementos esenciales que, cuando los asumimos como propios, nos convierten en juristas, en lo que vosotros ya sois.

Para mí, uno de esos principios esenciales está vinculado a lo que aprendí en la primera clase de la carrera, la que, como decía antes, me impartió Gerardo Turiel. En ella explicó algo muy sencillo; pero en la que está la clave de todo lo que vino luego: el derecho es un conjunto de normas, de mandatos podríamos decir para simplificar, que pueden proyectarse sobre la realidad. En cada caso deberemos determinar si se dan o no las circunstancias previstas por el mandato. Si concurren deberemos o podremos implementar lo que establece la norma. La cuestión de si concurren o no en el caso concreto las circunstancias previstas en la norma puede ser objeto de debate y originar un conflicto. Para resolver este conflicto contamos con los jueces, quienes establecen de una manera autorizada la correspondencia entre la norma y la realidad.

Norma general, realidad y norma singular. Y el juez como instrumento que realiza una proyección de la norma sobre la realidad para producir mandatos concretos, derechos y obligaciones específicos.

Como podéis ver, algo muy sencillo, muy evidente que llevo practicando desde hace casi 33 años. Algo que seguro que es también evidente para todos vosotros. Forma parte de esos elementos esenciales en nuestro «formateado» jurídico. Precisamente la asunción de mecanismos como estos es esencial en la formación inicial del jurista.

Ahora bien, también hemos de ser conscientes de que esos principios mutan, se transforman, y aquí se encuentra quizás el mayor desafío, asumir que aquello que dábamos por sentado puede cambiar y nosotros hemos de adaptarnos a ese cambio. De eso es de lo que quisiera hablar hoy.

Todos hemos sido educados como juristas en una determinada concepción del Derecho que, por resumir y con trazo grueso, podríamos etiquetar como «codificación», no en el sentido de que tengamos un Código Civil, un Código Penal o, lo que es lo mismo, una Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino en el de que asumimos que el Derecho funciona, en líneas generales como nos describía en nuestra primera clase de la Licenciatura Gerardo Turiel. El Derecho es entendido como un conjunto de normas que forman un sistema en el que las normas generales pueden proyectarse

sobre la actividad humana y convertirse en normas singulares, mandatos y reglas individualizadas. Todos podemos a través de mecanismos de deducción realizar esta transformación, y de hecho todos lo hacemos diariamente cuando, por ejemplo, levantamos el pie del acelerador al ver una señal de limitación de velocidad. Estas normas singulares, sin embargo, pueden ser no meramente deducidas, sino encontrarse «positivizadas», así en el caso de que es un Juez quien formula esa norma singular, ese mandato deducido de las normas generales.

Junto a estos elementos –que, no oculto, tomo de un libro que hace más de 20 años me recomendó y prestó muy cerca de aquí el profesor García Amado, «Sistemas normativos», de Alchourrón y Bulygin– hay algo más que caracteriza el Derecho que hemos estudiado: esas normas generales son usualmente formuladas por escrito y son obra de un legislador que, además, se identifica con el poder público en un determinado territorio. Seguramente no habéis olvidado que a vosotros como a mí nos explicaron en los primeros cursos de Derecho los mismos profesores de Derecho Constitucional: que Derecho y Estado eran términos sinónimos.

Ese poder público que legisla ejerce el control de un territorio y una población y, además, nombra a los jueces que han de ofrecer la interpretación autorizada de dichas normas generales.

Estado, legislador, Derecho, juez... todo parece encajar. Es cierto que hay más elementos a considerar. El Derecho internacional, por ejemplo, pero esos otros elementos podían ser explicadas a través de un modelo en el que el Estado es el centro, en el que el Derecho y el Estado se identifican y en el que los jueces son instrumentos de cada ordenamiento jurídico para completarlo mediante la positivización de normas singulares, mediante la proyección autorizada de las normas generales sobre la realidad social.

Sin duda, las cosas nunca fueron así de sencillas, pero esto es lo que sucede con todos los modelos: simplifican la realidad para poder entenderla, y lo mismo sucede con el que acabo de presentar. Se trata de una simplificación, pero que puede servirnos para entender en gran medida el Derecho en el que hemos sido educados y en el que hemos vivido durante más de un siglo. Es un modelo del que todos somos deudores en lo que se refiere a nuestra comprensión del fenómeno jurídico.

¿Podemos mantener este modelo? Seguramente sí, pero creo que hoy en día, entrado ya el siglo XXI, comienzan a surgir dudas. Quizás no podamos decir que aún no encajan con este modelo, pero sí que puede haber razones para cuestionar el paradigma. Esto es lo que me gustaría plantear.

Creo que el elemento que quizás hace más clara la posibilidad de dicho cuestionamiento es el Derecho de la Unión Europea. Sin entrar en los muchos matices que aquí tendríamos que abordar; lo cierto es que el Derecho europeo se configura como un sistema jurídico que, al menos de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, se diferencia de los sistemas jurídicos estatales, tiene prevalencia sobre ellos y, además, con independencia de las previsiones de los Derechos nacionales. Esto en sí mismo no cambia nada las cosas respecto a la situación que he descrito someramente hace un momento, la que representa el Derecho que llamaba «de la

codificación»; pero estos elementos (carácter diferenciado del ordenamiento europeo y supremacía) van unido a otro que sí tiene un potencial transformador, me refiero al efecto directo del Derecho de la Unión Europea, que ha de ser aplicado directamente por los operadores jurídicos estatales, también con independencia de las previsiones de sus derechos nacionales.

Como digo esto puede cambiar las cosas. De alguna forma el Derecho europeo reclama también para sí los operadores jurídicos nacionales, incluidos sus jueces; y esto, como veremos, sí que puede introducir un cambio relevante en el paradigma que vincula Derecho, Estado, Jueces y Legisladores.

Pasemos un momento por la rama del Derecho a la que me dedico, el Derecho internacional privado. En el Derecho internacional privado es fundamental la distinción entre el Derecho del foro y el Derecho extranjero. Se entiende que cada Juez tiene un Derecho propio, su *lex fori*, que se diferencia de los Derechos extranjeros. Respecto a la *lex fori* los jueces desarrollan un papel diferente que respecto a los Derechos que no le son propios. Uniéndolo a lo que veíamos antes, vemos que respecto a la *lex fori* el Juez es un aplicador oficial, un instrumento del ordenamiento de su *lex fori*, mientras que no asume este papel en relación con los Derechos extranjeros.

En la Unión Europea, sin embargo, los jueces lo son de su propio ordenamiento, pero también, como consecuencia del efecto directo del Derecho europeo, del Derecho de la UE. De ahí la expresión «el juez nacional como juez comunitario» (en la época de las Comunidades Europeas, claro), expresión que hoy deberíamos cambiar por «el juez nacional como juez europeo», entendiéndolo «juez europeo» como juez del Derecho de la Unión Europea.

Quizás este concepto, el juez nacional como juez europeo no pasa de ser una metáfora, una licencia poética. Hace tiempo intenté tomármelo en serio y ver qué salía de ahí. No tuve excesivo éxito y no saque gran cosa en claro. El profesor Espiniella también abordó esta posibilidad en un artículo más serio y riguroso que el mío; pero en cualquier caso es un acercamiento que, a mi conocimiento, no ha sido seguido.

Pese a ello creo que no debemos olvidarlo. Esta «doble observancia» del Juez nacional, quien debe aplicar de manera directa tanto su Derecho nacional como el Derecho europeo plantea algunas dudas y dificultades que podrían ser de interés.

De acuerdo con lo que acabamos de ver, esta condición de juez nacional y juez europeo implica que el Juez nacional tiene dos *lex fori*: su ley nacional y el Derecho de la Unión Europea. Un Derecho, el europeo, que no puede ser considerado como una parte del Derecho nacional.

Y si el Juez tiene dos *lex fori* deberá determinar cómo se articulan ambas. Y lógicamente las reglas sobre la articulación de ambos ordenamientos no se integrarán formalmente en ninguno de ellos, pues eso supondría tanto como subordinar uno al otro. Esas reglas deberían situarse por encima de ambos ordenamientos. Es como si al poner en relación los Derechos nacionales con el Derecho europeo a través del Juez surgiera Derecho de la nada. Un Derecho que no es ni Derecho nacional ni Derecho europeo.

Si lo quisiéramos explicar en términos kelsenianos deberíamos, quizás, identificar normas no escritas que dieran razón de la articulación en un solo «suprasistema» tanto el Derecho de la UE como los diferentes Derechos nacionales de los Estados miembros. Dentro de cada uno de estos subsistemas tanto las Constituciones nacionales como el Derecho originario europeo serían normas superiores en cada uno de estos ordenamientos, pero nos haría falta otra norma que articulara todos estos diferentes sistemas jurídicos. Estas últimas normas serían las que tendría que aplicar cada Juez para articular su propio Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea.

Quizás demasiado complicado. Creo que era el profesor González Vega quien hace también más de veinte años, en una conversación informal, me comentaba que podría ser que Kelsen no fuera el recurso más eficaz para explicar las relaciones entre los Derechos nacionales y el Derecho europeo. Al fin y al cabo –ya añadido yo– los planteamientos de Kelsen surgieron en el momento en que reinaba el paradigma de la codificación y, quizás, pueden no adaptarse bien a un Derecho que opera cuando se han modificado algunos elementos de ese paradigma. Quizás.

Y para explorar algunas vías a los lados del camino, sería bueno volver al Juez y considerar cuál es su papel en estos casos en los que varios ordenamientos se lo disputan.

Lo primero es que el Juez ya no puede ser considerado como un instrumento de los ordenamientos jurídicos nacionales. El juez tiene una posición especial en relación con el Derecho del Estado que lo designa, pero esta relación no es un monopolio, no excluye otras.

Hemos insistido en la que mantiene con el Derecho de la Unión Europea, pero esta relación tampoco agota el catálogo de ordenamientos con los que el Juez se vincula de una manera directa. Así, en el caso de España se constata que al menos algunos jueces han establecido también una relación especial con el Derecho de la Comunidad Autónoma en la que tienen su sede. No quiero seguir por aquí –aunque luego tendré que volver un momento a esta idea– porque nos desviaríamos; pero me gustaría señalarlo porque esta múltiple vinculación del Juez lo aleja del planteamiento reduccionista que lo identifica con la concreción autorizada de las normas de un determinado ordenamiento para acercarlo a la de una autoridad designada por un determinado poder público, que seguramente es también legislador; pero sin que esta designación suponga exclusividad en la función. Al contrario, una vez designado el Juez podrá aplicar elementos normativos que no pertenecen al ordenamiento que lo ha dotado de autoridad. Es cierto que las reglas que aplicará estarán implícitas en dichos ordenamientos, pero la necesidad de considerarlas simultáneamente (no jerárquicamente) cambia la posición del Juez respecto al Derecho.

El Juez ya no se limita a una función que idealmente debería ser mecánica respecto a un determinado sistema jurídico –aunque sabemos que en realidad nunca fue mecánica– sino que tiene una función autónoma de creación jurídica. En cierta forma recupera el papel medieval de «conocedor» del Derecho, que ha sido designado por una determinada autoridad, el Rey, por ejemplo; pero sin que tal designación limite su función a la aplicación del Derecho creado por dicha autoridad. La identificación

entre el poder público que designa al Juez y el legislador que produce el Derecho que vincula de manera directa al Juez desaparece o, al menos, se difumina.

¿Es esto un planteamiento meramente teórico o tiene alguna consecuencia práctica? Yo creo que sí que tiene consecuencias, tal como intentaré mostrar a continuación. Aunque ya advierto que evitaré hacer juicios o valoraciones sobre estas consecuencias y me limitaré básicamente a intentar describirlas. Y como veremos, esta negativa a juzgar también es una consecuencia de este cambio de modelo que planteo.

En primer lugar: antes comentaba que a nivel infraestatal también se aprecia que el Juez actúa no como instrumento de un único ordenamiento jurídico, sino asumiendo la existencia de una pluralidad de ordenamientos. En esta línea, en varias docenas de sentencias dictadas en Cataluña se justifica la aplicación del Derecho catalán sobre la base del principio de territorialidad; como si los jueces catalanes tuvieran una especial obligación de aplicación del Derecho catalán, obligación que no afecta de igual manera a los jueces con sede en otras partes del territorio español.

Decía hace un momento que no juzgaría, pero no puedo dejar de indicar que considero un error estas decisiones, pues son difícilmente compatibles con el principio de unidad de la jurisdicción española. Ahora bien, una cosa es que sean un error y otra que no sean significativas, ya que nos permiten apreciar cómo los jueces asumen la posibilidad de que diferentes ordenamientos les vinculen simultáneamente. El juez que tiene su sede en Cataluña se percibe como juez catalán cuando aplica el Derecho específico de la Comunidad Autónoma y como juez español cuando aplica la normativa estatal. Ya digo que entiendo que no es correcto, pero, como digo, es significativo.

En segundo término: la articulación no solamente es de ordenamientos jurídicos, sino también de jurisdicciones o tribunales. En concreto, los jueces nacionales han de integrar las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; lo que obliga a llevar al límite, o más allá, la interpretación de las normas del Derecho nacional. Además, todo esto exige una actitud creativa por parte del Juez, en ocasiones sobrepasando el marco fijado por las normas de origen interno.

Pondré algunos ejemplos. Cuando cursaba el Doctorado en esta Facultad realicé un trabajo con el profesor Piloñeta sobre la entonces reciente sentencia *Marleasing*, aquella donde se estableció la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional respecto a las directivas que aún no hubieran sido transpuestas. Recuerdo que tanto Luis Manuel como yo éramos críticos con la sentencia y sus consecuencias; seguramente porque para nosotros los criterios de interpretación de la norma formaban parte del sistema completo que era el Derecho español, y la posibilidad de introducir en ese sistema un imperativo externo se nos antojaba incongruente.

Desde una perspectiva de «Derecho de la codificación» basado en ordenamientos jurídicos estatales quizás teníamos algo de razón, pero esta nueva realidad: la coexistencia del ordenamiento europeo y de los ordenamientos nacionales nos aporta constantemente ejemplos de estos imperativos que proceden del ordenamiento europeo y que han de ser implementados con las herramientas del Derecho nacional. Así, por

ejemplo, en el caso de la sentencia Océano del Tribunal de Luxemburgo, también en un caso relativo a España, en la que se exigió que los jueces verificaran de oficio su competencia en casos de cláusulas de elección de tribunal en procedimientos con consumidores. Esta exigencia de verificación de oficio ¿cómo puede convertirse en real si la normativa de origen interno no establece los mecanismos para ello? Una actitud creativa del juez se impone.

En materia de Derecho de sociedades también nos encontramos con situaciones parecidas. En la Sentencia *Sevic* se estableció que los diferentes Estados miembros de la Unión Europea deberían admitir la fusión internacional de sociedades si regulaban la fusión interna. No era posible limitar la fusión de sociedades a las sociedades regidas por el Derecho del Estado que establecía la regulación. Este mandato, dirigido a autoridades y jueces, obligaría a una interpretación «imaginativa» de la normativa interna si en ella no se preveía de manera expresa ese supuesto de fusión. Sin salir de las sociedades, eso mismo se aprecia en las Sentencias *Cartesio* y *VALE*, que establecieron la necesidad de admitir la transferencia internacional del domicilio social cuando esa transferencia implicaba también la transformación de la sociedad, que se convertiría en una forma societaria del país al que se trasladaba el domicilio de la sociedad.

De acuerdo con lo que acabamos de ver resulta que dos factores confluyen en los jueces actualmente: por una parte, dejan de ser meros instrumentos de un ordenamiento para tener que articular varios sistemas de Derecho positivo a partir de criterios que no descansan en ninguno de los sistemas jurídicos que los reclaman. Por otra parte, este cambio formal de posición viene acompañado de la necesidad de adaptar mandatos que precisan en ocasiones una interpretación creativa de los Derechos nacionales.

El resultado es un Juez que en algunos casos se parece más a un legislador. Los tribunales internacionales y en particular el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos muestran el camino, con decisiones que más parecen la formulación de reglas generales que la identificación de mandatos concretos derivados de estas reglas generales; pero este carácter de cuasilegislator puede trasladarse también a los tribunales nacionales como consecuencia, entre otros factores, de la necesidad de cumplir con los mandatos que se derivan de las jurisdicciones internacionales.

Este mayor activismo judicial se ve favorecido por otro factor de una cierta relevancia: la sociedad actual es más compleja y plural que la de hace unas décadas, y por eso las soluciones que se esperan de los tribunales son también más exigentes. Instituciones clave en nuestra sociedad como el matrimonio y la filiación se han transformado profundamente. Además, y esto me toca de cerca, la intensificación del contacto con otros ordenamientos complica de maneras diversas la realidad regulada: desde la gestación por sustitución realizada en el extranjero hasta la sustracción internacional de menores, la utilización en los contratos internacionales de garantías reguladas por derechos extranjeros o la introducción de condenas por daños punitivos en decisiones de los tribunales españoles. Se trata de ejemplos de

situaciones en las que el Juez quizás se centre más en el resultado pretendido que en una aplicación ciega de la normativa identificada como relevante.

Finalmente, a esto hay que añadir la proliferación normativa. En mi época de estudiante ya se hablaba de la «legislación motorizada», quizás ahora tengamos que referirnos a la «legislación aerotransportada» para indicar la creciente producción normativa en los ámbitos más variados. Esta creación de normas quizás responda también a la necesidad, que en este caso sufre el legislador, de dar solución a situaciones que no encajan de manera evidente en la regulación existente. Ante esta situación puede ser difícil evitar la tentación de introducir normas *ad hoc* que quizás aparentemente solucionen el problema planteado, pero que podrían desequilibrar la estructura del sistema jurídico. De nuevo en estos casos una actitud creativa del juez resulta indicada.

Un juez más libre, con mayores exigencias y con una pluralidad de ordenamientos a los que recurrir; y dentro de cada uno de estos ordenamientos una proliferación mayor de normas. ¿Existe alguna guía en este laberinto? Creo que sí, creo que esa guía existe, y se concreta, en buena medida, en el catálogo de Derechos humanos.

No entraré en el valor intrínseco de los derechos humanos ni en su justificación jurídica o metajurídica, sino que me centraré en el papel que juegan en un universo jurídico complejo como el que he intentado describir. En este escenario una serie de principios, reglas o garantías relativamente reducido –y, por tanto, manejable– ampliamente reconocido internacionalmente y con una cierta rigidez (las modificaciones no son tan frecuentes como en otros ámbitos) es ideal para dotar de una cierta estructura y permanencia al conjunto del Derecho. Creo, como digo, que los Derechos humanos cumplen actualmente esta función.

A la vez, son también elementos que favorecen la creatividad judicial; sobre todo en aquellos casos en los que varios derechos fundamentales confluyen y dicha confluencia, que supone un conflicto, es resuelta por el mecanismo de la ponderación entre derechos. Y soy consciente de que aquí en Oviedo hay especialistas que han estudiado con detenimiento esta técnica y la han confrontado a otra que partiría de que no existe este tipo de conflicto y que en vez de la ponderación hemos de acudir a la delimitación entre derechos, diferenciando entre aquello que aparentemente está cubierto por el derecho y lo que realmente lo está, reduciendo de esa forma las posibilidades de conflicto y eliminando la necesidad de recurrir a la ponderación. Es una perspectiva que creo que me explicó por primera vez el profesor Ignacio Villaverde en esta misma casa hace más de veinte años y sobre la que sigo leyendo lo que escribe sobre ella el profesor Miguel Presno.

No entraré en el debate entre ponderación y delimitación, pero sí apuntaré que quizás este debate es una muestra de la pugna entre el Derecho «de la codificación» y ese nuevo paradigma que intenta imponerse. Entre limitar al juez mediante la aportación de criterios que faciliten la interpretación de la norma general y admitir la inherente flexibilidad en la aplicación del Derecho por parte del Juez, aunque sea conduciéndonos a auténticos *deus ex machina*. La delimitación entraría quizás más en la primera perspectiva mientras que la ponderación lo haría en la segunda,

una perspectiva en la que se asume que la decisión judicial tiene un carácter inevitablemente creativo que irá más allá de las normas positivizadas. Se admite que hay elementos normativos que están más allá de las normas formalizadas y que de esos elementos también bebe el juez, aunque nosotros no accedemos directamente a ellos, sino tan solo a través de las decisiones judiciales. Algo parecido, como no se nos ocultará, a lo que sucede en los países del *Common Law*.

Asumir esta posición más creativa del juez tiene también consecuencias para los académicos, entre los que me incluyo. Así que confesaré: cuando comenzaba mi tarea académica mis comentarios a las decisiones judiciales solían ser críticos. Examinaba con ojos de contable riguroso lo que se decía y las razones que se utilizaban y denunciaba lo que me parecían errores, incorrecciones o fallos en el razonamiento. Con el tiempo he probado otro enfoque, uno en el que empatizo con el razonamiento del juzgador, con el resultado de que mis comentarios son más explicativos que críticos. Y en eso, me parece, también nos acercamos al mundo del *Common Law*.

Hace unos años –no muchos– estaba en unas jornadas en las que, como es habitual entre nosotros, criticábamos con dureza ciertas decisiones judiciales. Un profesor de Estados Unidos que nos acompañaba nos preguntó qué sentido tenía aquella crítica que hacíamos, cuál era nuestro propósito. Al fin y al cabo, la jurisprudencia es la que es –nos venía a decir– y quizás fuera más útil explicarla que pretender que el sol saliera por el oeste y se pusiera por el este.

Creo que comienzo a entender ese planteamiento. Un juez cada vez más creador precisa comentaristas que explique las razones y consecuencias de sus decisiones, no otros jueces inmisericordes que destrocen sus sentencias... bueno, al menos con carácter general. Si obramos de esta manera quizás descubramos más mundos de los que nos imaginamos. Al fin y al cabo, el futuro será –creo– de jueces creativos que cada vez se alejarán más de aquello que nunca fueron: la boca de la ley.

A estas alturas y si no os he aburrido soberanamente, quizás estéis pensando que lo mejor a lo que se puede dedicar un jurista es a ser juez. Bien, no digo que no; pero también debéis recordar que las decisiones judiciales no son obra exclusivamente del Juez. El enorme poder del Juez, capaz de convertir en mandatos concretos las normas generales, se ha de ver compensado por las limitaciones del procedimiento. El procedimiento es sagrado, pues es lo que permite encauzar el mayor poder del ordenamiento jurídico: la transformación de normas generales en mandatos que vinculan directamente a personas concretas. De esta manera el Juez se ve constreñido por lo pedido y excepcionado por las partes y no puede ir más allá de los términos del debate que han fijado éstas. Es por esto por lo que en buena medida son los abogados y fiscales tan responsables como el juez de las decisiones que se dictan. Si optáis por asumir otro rol diferente del de Juez no olvidéis nunca que también sois un elemento esencial, insustituible, para la producción de la sentencia.

A lo que sí os animo a todos es a que asumáis con entusiasmo vuestra tarea jurídica. Sea el Derecho de la codificación o el nuevo paradigma que os comentaba, el Derecho siempre será un instrumento esencial en la sociedad. El Derecho complementa o cristaliza los consensos sociales, y cuando estos consensos no existen,

el Derecho garantiza la igualdad y la convivencia. Si en una sociedad sin consensos algunos optan por no respetar la ley ¿qué opciones les quedan a los otros más que someterse o actuar también ellos al margen de la ley?

Respetad, por tanto, el Derecho. Es una tela muy fina que nos separa de la guerra o de la esclavitud. Una tela fina, más fina de lo que a veces pensamos.

En cualquier caso, os deseo que el Derecho os dé tantas satisfacciones como me ha dado a mí, y a tantos otros, durante tantos siglos.

Muchas gracias

EL DELITO CONTRA LA SEGURIDAD Y LA VIDA DE LOS TRABAJADORES: ESPECIAL REFERENCIA A LA VALORACIÓN PENAL DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

SAÚL JAVIER DE CASTRO MEJUTO

Letrado de la Administración de Justicia

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. DETERMINACIÓN DE LOS TIPOS.
 - 1. Tratamiento penal específico de la seguridad laboral.**
 - 2. Tipo básico (art. 316).**
 - 2.1. Elementos objetivos que conforman el tipo.
 - A. No facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad adecuadas.
 - B. Infracción de normas de prevención de riesgos laborales.
 - C. Puesta en peligro grave de la vida, salud e integridad física de los trabajadores.
 - 2.2. Naturaleza del delito, especial o común. Delito de riesgo o de peligro concreto.
 - A. Naturaleza del delito, especial o común. Aproximación a la delimitación subjetiva del tipo.
 - B. Delitos de peligro concreto.
 - 2.3. Bien jurídico protegido.
 - 3. Modalidad imprudente.**
 - 3.1 Alcance general del art. 317.
 - 3.2. Mención a los artículos 142 y 152 del CP.
 - 4. Situaciones concursales. Delitos de peligro/homicidio/lesiones.**
- III. DELIMITACIÓN SUBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.
 - 1. Responsabilidad penal del empresario persona física. El incumplimiento del deber de seguridad como punto de partida.**
 - 2. Responsabilidad penal en el caso de empresa corporativa.**
 - 2.1. Potencial responsabilidad de la persona jurídica.
 - 2.2. Identificación de las personas físicas penalmente responsables.

- A. Planteamiento general.
- B. Actividades concretas. El caso particular de la dirección facultativa en el sector de la construcción.

2.3. Posibles medidas penales accesorias frente a la empresa corporativa.

3. Relevancia de la conducta del trabajador accidentado en la determinación de la responsabilidad penal empresarial.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ILÍCITO PENAL.

- 1. Ejercicio efectivo de la acción de reclamación por daños. ¿Contra quién se acciona?.
- 2. ¿Ante qué orden jurisdiccional se puede reclamar? La reserva de acciones y el efecto de cosa juzgada.
- 3. Determinación cuantitativa de la indemnización.

V. A MODO DE BALANCE FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

El exuberante avance de la ciencia y de la tecnología, de la que estamos siendo testigos en los últimos tiempos, no ha servido, antes al contrario, para mermar las estadísticas de siniestrabilidad laboral. El número de accidentes laborales, muchos de ellos con irreparables resultados, lejos de disminuir aumenta a diario, quizá debido a factores tales como la rotación laboral, el abuso de la subcontratación, la temporalidad, etc. Pues bien, la producción de estos desafortunados sucesos genera una serie nada desdeñable de consecuencias de diverso calado, que pueden alcanzar no sólo al empresario en el concepto clásico del término, sino a otras muchas personas de la órbita empresarial. De todas esas consecuencias las que a este estudio interesan son las estrictamente penales, ello por varias razones de peso, en primer lugar, porque en contra de lo que sucedía en otros tiempos, a día de hoy la persecución penal de empresarios y responsables de prevención se está volviendo un lugar común en los accidentes laborales con repercusiones particularmente graves para los trabajadores accidentados (fallecimientos y lesiones invalidantes), y, en segundo lugar, porque si bien en un primer momento la doctrina se volcó en el análisis de los nuevos tipos penales laborales, ese entusiasmo doctrinal se ha ido relajando en los últimos tiempos (al menos con el enfoque que aquí interesa, cierto es que no con otros), y las últimas reformas del CP –no estrictamente en el tipo laboral, sino en otras reglas colindantes–, aconsejan una reconsideración del tema, en la que, además, se tengan en cuenta los nuevos criterios jurisprudenciales, no sólo del orden penal sino también del social.

Este propósito, obviamente, exige la previa delimitación de los tipos penales, tanto desde el estricto prisma objetivo (conductas sancionadas), como desde el subjetivo (sujetos penalmente responsables). Así las cosas, este estudio tiene por objeto ofrecer al lector una aproximación –muy elemental, dada la índole de este trabajo– al delito contra la seguridad y la vida de los trabajadores, a fin de determinar qué conductas producidas en el marco de un accidente laboral pudieran tener encaje en el tipo penal, qué sujetos pueden resultar responsables criminalmente del

accidente y qué responsabilidades pecuniarias pueden derivarse de dicho acontecer. Esta última cuestión, la de la responsabilidad civil, merece especial atención en tanto que los criterios de las jurisdicciones social y penal no han resultado siempre plenamente coincidentes.

Tomando este propósito como punto de partida, el presente ensayo se divide en tres partes diferenciadas, pero necesariamente interrelacionadas, esto es: determinación objetiva de los tipos penales aplicables (con análisis de la modalidad dolosa y de la imprudente del delito de peligro de los trabajadores y su coexistencia o concurso con otros posibles delitos: homicidio y lesiones); identificación de los sujetos a quienes puede exigírseles responsabilidad penal (con una breve referencia a la problemática específica de las obras en construcción); y consecuencias civiles de la comisión de ilícito penal (responsable directo y subsidiario de la indemnización por daños, vías de exigencia de responsabilidad, determinación de la cuantía indemnizatoria y convivencia de resoluciones judiciales en la materia). Vaya por delante que no se pretende más que un acercamiento a vuelo de pájaro a la temática expuesta, que probablemente en no pocas cuestiones alcanzaría para un estudio monográfico específico, imposible de afrontar en una visión general de la problemática en cuestión, que es lo que aquí se ofrece.

II. DETERMINACIÓN DE LOS TIPOS

1. Tratamiento penal específico de la seguridad laboral

En tanto que persona y como derivación de la dignidad que como tal le corresponde (art. 10 CE), el trabajador por cuenta ajena es titular de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución, y entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), a su vez conectado con el derecho a la seguridad e higiene, cuya salvaguarda –conforme al art. 40.2 de la misma Carta Magna– se encomienda al Estado («... los poderes públicos... velarán por la seguridad e higiene en el trabajo...»), debiendo entenderse por tal bien –seguridad en el trabajo– la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanantes de las condiciones materiales de la prestación del trabajo⁽¹⁾. Y reiterando aquel mandato constitucional, el art. 4.2.d) ET proclama como derecho básico del trabajador el relativo a «su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales», y el art. 14.1.l) del EBEP establece como derecho individual de todo empleado público «recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo».

La tutela específica de este bien –seguridad/integridad– se desarrolla primordialmente en dos ámbitos normativos complementarios: en el preventivo–laboral a través de la LPRL (Ley 31/1995, de 5 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales), que es transposición de la Directiva 89/391/CEE; y en el administrativo–sancionador

(1) ARROYO ZAPATERO L., *Manual de Derecho penal del Trabajo*, Wolters Kluwer, 1988, págs. 154 y ss.

por la LISOS(Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

Por lo que se refiere a la LPRL, de entre sus minuciosas disposiciones son destacables –a los efectos de este trabajo– tres puntos. En primer lugar, respecto del alcance abstracto de la obligación empresarial de garantizar la seguridad e integridad de los trabajadores, ha de señalarse el carácter imperativo con la que la Ley se manifiesta, al proclamar que el trabajador tiene «... derecho a una protección eficaz...» (art. 14.1), que el empleador «... deberá garantizar la seguridad... en todo los aspectos relacionados con el trabajo... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad» (art. 14.2) y que la «efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador». En segundo término, sobre la normativa aplicable se indica que la misma «está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito» (art. 1). Y para concluir, sobre su ámbito de aplicación, cumple señalar que la «Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas» (art. 3).

Por su parte, la LISOS califica de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales las «acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta ley» (art. 5.2), tipificando las concretas infracciones en los arts. 11 a 13, y regulando las correspondientes sanciones económicas en el art. 40.2, en función tanto de la calificación de la falta –leve, grave o muy grave– cuanto de su grado –mínimo, medio y máximo–con importes que van desde los 40 a los 819.780 euros.

En un ámbito distinto –el que ahora precisamente nos interesa–, tanto como respuesta a la elevada siniestralidad laboral derivada de la falta de condiciones preceptivas de seguridad⁽²⁾, cuanto por cumplimiento de la exigencia constitucional de que el Estado velara por la seguridad e higiene en el trabajo, se introdujo en el Código Penal el art. 348 bis a) por la LO 8/1983, de 25 de junio. Como se ha señalado, hasta entonces la única referencia específica a la protección de la salud e integridad del trabajador se hacía en el art. 427 CP de 1973 (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre), que imputaba las diversas modalidades del delito de lesiones a quienes «por infracciones graves de las leyes de trabajo ocasionen quebranto apreciable en la salud o en la integridad corporal de los obreros». Y fuera de esta específica referencia

(2) LASCURAÍN SÁNCHEZ J.A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en VV.AA., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson 2018.

legal, los intereses del trabajador frente al empresario se encontraban penalmente protegidos del mismo modo que los del resto de los miembros de la comunidad⁽³⁾.

Con la reforma del Código Penal de 1983, el art. 348.bis. a), antes reseñado, pasó a rezar del modo siguiente: «Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas».

Esta técnica de protección penal especial y específica de la seguridad en el trabajo quedó luego considerablemente mejorada en el Código Penal de 1995, quedando desde entonces los arts. 316 y 317, con el tenor que mantienen hoy.

2. Tipo básico (art. 316)

Dispone el artículo 316 del CP que *quienes con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. A nadie se le escapa el hecho de que con frecuencia los accidentes de trabajo son el desenlace natural del incumplimiento empresarial de las medidas preventivas. Pues bien, la primera parte de este trabajo se dedica, precisamente, a la determinación de en qué casos el accidente laboral pudiera tener encaje en el tipo descrito, lo que lógicamente, exige la previa concreción objetiva del tipo penal, a efectos de valorar a qué conductas se refiere.*

2.1. Elementos objetivos que conforman el tipo

Son varias las conductas que integran el tipo básico recogido en el artículo 316 del CP:

- A. No facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad adecuadas

La conducta sobre la que se construye el tipo descrito debe ser entendida como «no hacer posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin», esto es: no posibilitar los medios necesarios para conseguir las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Su alcance ha dividido a la doctrina, que muestra posturas enfrentadas,

(3) BAJO M., BACIGALUPO S., *Derecho Penal Económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, segunda edición, págs. 698-699.

entre quienes apuestan por una apreciación restrictiva, entendiendo que la conducta penal consiste en no facilitar los medios materiales de protección, excluyendo la no exigencia del uso de los mismos, la selección o formación inadecuada de los trabajadores y, en general, cualquier otra modalidad que provoque que la prestación laboral se desarrolle en condiciones de seguridad inadecuadas o no suficientes⁽⁴⁾, y quienes optan por tesis más aperturistas, defendiendo una concepción más amplia que abarque tanto los medios materiales como los personales y organizativos. La jurisprudencia parece haber tomado partido por esta última opción⁽⁵⁾.

Se trata, en todo caso y en contraposición con el artículo siguiente, de una modalidad dolosa, lo que significa que han de concurrir una serie de elementos, a saber: conciencia de la infracción de la correspondiente norma de prevención de riesgos laborales, conocimiento de la ausencia de haberse facilitado los elementos imprescindibles de seguridad y existencia de una grave situación de peligro creada como consecuencia de la omisión de las dos anteriores. En otras palabras, la conducta penada implica el conocimiento y voluntad del autor en relación con los citados elementos. Es obvio, por tanto, que el elemento subjetivo doloso no pasa por la intencionalidad de la conducta en la idea de perseguir la causación del resultado dañoso contra la vida o la salud, que lo encuadraría en otros tipos penales, como serían el homicidio o las lesiones. Sucede, no obstante, que cuesta aceptar que el sujeto actúe con dolo donde se integran los tres elementos citados y no se manifieste el más que probable resultado de su acción, sabiendo que se puede dar; se estaría, si sucede esto último, además de en el artículo 316 CP, ante una conducta dolosa eventual en grado de tentativa con resultado de muerte, modalidad que se analizará al hablar de problemas de naturaleza concursal⁽⁶⁾.

Téngase en cuenta, en todo caso, que nos hallamos ante un comportamiento omisivo, pero, al serle exigido un resultado de peligro, su estructura es la de un delito de omisión impropia o de comisión por omisión⁽⁷⁾. La posición de garante surge, de acuerdo al artículo 11 del CP cuando exista *una específica obligación legal o contractual de actuar* o cuando el omitente *haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*, esto es: las fuentes de ese deber de actuar serían la Ley, el contrato y el actuar precedente, en principio, porque, si atendemos a la redacción del artículo 316 CP expresamente se refiere a la primera y desecha las dos siguientes, lo que se traduce en que la

(4) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo* Civitas, Madrid, 1994, pág. 441.

(5) AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 193, y STS 12 de noviembre 1998, RC 1687/98, SAP Barcelona n.º 65/05 de 7 de enero, o SAP Cantabria n.º 2038/04 de 31 marzo, entre otras muchas. Es acertado destacar la SAP de Valencia n.º 125/01, de 18 de mayo, que afirma que la inexigencia en el uso de medidas de seguridad, aunque podría tener cabida en el ya derogado artículo 348 del CP anterior, no puede tenerla en el actual.

(6) MORILLAS CUEVA, L., *La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud laboral*, Cuadernos Derecho Judicial, 2005, pág. 45.

(7) STS de 4 de junio de 2002, RC 3307/02.

posición de garante nace desde el mismo momento en que se contrata al trabajador, por aplicación de los artículos 4 y 19 del Estatuto Trabajadores (RDL 2/15, de 23 de octubre) y artículo 14 LPRL, ya mencionado en la introducción, que imponen al empresario un deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

B. Infracción de normas de prevención de riesgos laborales

1.º). Cualidad de norma penal en blanco

Las normas penales en blanco son entendidas como aquéllas en donde el supuesto de hecho, o al menos una parte del mismo, se encuentra recogido o regulado por otra norma a la que se remite⁽⁸⁾. Éste es, precisamente, el supuesto en el que se enmarca el artículo 316 en su comienzo, pues el comportamiento omisivo ha de ponerse en relación con la normativa extrapenal relativa a la prevención de riesgos laborales y en las disposiciones que la desarrollan, sin cuya infracción no cabe incurrir en este delito de riesgo.

El problema, pese a lo dicho, es que tal técnica podría generar dudas desde la perspectiva del principio de legalidad –por el rango de la Ley a la cual se remite la norma penal y por posible lesión de las exigencias de taxatividad del tipo penal–, y del principio de intervención mínima. Hay que entender que cuando el precepto legal infringido presenta la estructura que estamos analizando, el legislador introduce en el tipo normas extrapenales cuya vulneración se convierte, de hecho, en requisito necesario para la completa realización del mismo y la aparición del injusto penal (prohibición). Dicho de otro modo, sólo puede darse la conducta delictiva si existe, en primer lugar, una infracción de tales normas, que son las que definen el ámbito del riesgo permitido, ámbito no disponible por el legislador penal y a cuya delimitación coadyuvan intereses de diversos sectores sociales (empresarios y sindicatos, en lo que aquí interesa). La solución para evitar esta consecuencia indeseable pasa por arbitrar tal remisión de manera que se añada un factor de lesividad propiamente penal, como es el peligro grave mencionado en el siguiente punto, de tal modo que la remisión a la norma administrativa sea, al margen de necesaria para configurar el injusto penal, no obstante insuficiente para la completa definición del mismo.

El Tribunal Constitucional dispone que la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco, en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, únicamente son constitucionalmente admisible cuando concurren los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, para que la conducta calificada de delictiva quede

(8) LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal*, Universitas, 2013, pág. 143.

suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada⁽⁹⁾.

2.º). *Inexigibilidad de gravedad en la infracción*

En el ámbito de la remisión penal a la infracción de la normativa en materia preventiva, a diferencia del anterior art. 348 bis a) –la comisión del delito requería «infracción grave de los reglamentos de seguridad e higiene»– actualmente no es exigible legalmente ninguna graduación de gravedad, sino que este elemento normativo y concepto jurídico indeterminado –la «gravedad»– se traslada desde la infracción al resultado de peligro, de manera que en la actualidad lo relevante no es ya la gravedad de la infracción cometida, sino que el peligro resultante sea grave, de ahí que podamos encontrar infracciones leves que pongan en peligro el bien jurídico protegido, e infracciones graves que no representen una amenaza para aquél⁽¹⁰⁾.

Lo dicho comporta, obviamente, que para formalizar el tipo deba existir un nexo de causalidad entre la infracción de la norma y la efectiva puesta en peligro de la vida, salud o integridad, de tal modo que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente del acto antecedente, no siendo bastante el uso de simples conjeturas⁽¹¹⁾.

3.º). *El convenio colectivo como norma de seguridad*

Dado que el art. 316 CP dispone como elemento del tipo la «infracción de las normas de prevención de riesgos laborales», y que a su vez el art. 1 de la LPRL proclama que la normativa aplicable a efecto preventivo–laboral «está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito», surge entonces la decisiva cuestión acerca de si la remisión a las normas extrapenales comprende, aparte de las normas propiamente dichas –cualquiera que sea su rango, legal o reglamentario– los convenios colectivos, habida cuenta de la referencia que tal precepto de la Ley de Prevención hace a las «normas convencionales».

Gran parte de la doctrina considera que la remisión penal en blanco comprende igualmente las cláusulas normativas de los convenios colectivos estatutarios, básicamente por dos consideraciones: Primera, porque se trata de disposiciones a los que el art. 37.1 de la CE y derivadamente el art. 82.2 ET atribuyen no solamente eficacia obligacional, sino también la eficacia propia de toda norma jurídica, en tanto que constitucionalmente dotadas de fuerza vinculante *erga omnes*, dentro de

(9) SSTC 127/1990, de 5 de julio; y 62/1994, de 24 de marzo.

(10) AGUADO LÓPEZ S., *El delito contra la seguridad en el trabajo*, Tirant lo Blanch, 2002

(11) STS de 27 de octubre de 1990, RC 3903/88, STS 2871/91, de 23 de septiembre o STS de 19 diciembre 1992, RC 3609/91, entre otras.

su ámbito funcional y territorial y durante todo el tiempo de su vigencia, y a las que expresamente sitúa el art. 3.º 1.b) ET en el orden jerárquico inmediatamente después de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado⁽¹²⁾. Y segunda, porque tales disposiciones convencionales siempre resultarán favorables para los trabajadores –coadyuvando con ello a la acción preventiva–, en tanto que si ya con carácter general las previsiones convencionales han de respetar las garantías mínimas establecidas por las leyes y reglamentos (arts. 3.3 y 85.1 ET), más específicamente proclama el art. 2.2 LPRL que sus disposiciones y las de su desarrollo reglamentario «tendrán en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos».

Sin embargo, no faltan autores que manifiestan sus dudas respecto de que la técnica de reenvío utilizada por el art. 316 CP alcance a los convenios colectivos, porque «la admisibilidad de la norma penal en blanco quizás no pueda llegar a autorizar que por convenios colectivos se decida el contenido de la norma penal»⁽¹³⁾. Ni quienes sostienen que de *lege ferenda* hubiera sido más adecuado limitar la remisión a las leyes y reglamentos, de acuerdo con el principio de intervención mínima⁽¹⁴⁾

En nuestra opinión, si una característica esencial de la Ley –y con mayor motivo de la penal– es la generalidad de sus destinatarios, la posibilidad de que el reenvío de que tratamos se extienda a la negociación colectiva colisiona con aquella cualidad y el consecuente tratamiento igualitario, siendo así que el convenio colectivo destaca precisamente por la diversidad de su posible ámbito aplicativo, funcional y territorial, hasta el punto de que puede limitarse a los trabajadores de una empresa o centro de trabajo, o incluso de un departamento o sección, por lo que bien se comprende que aquellos principios –generalidad e igualdad– son difícilmente compatibles con la idea de que por mor de concretas medidas preventivas negociadas por los interlocutores sociales, un mismo acaecimiento laboral pueda implicar en una determinada empresa o centro de trabajo un delito previsto en el art. 316 CP pero no en otra empresa próxima o en distinto centro de trabajo de la misma en los que no se hubiesen pactado colectivamente idénticas normas de prevención.

Tampoco parece acorde al principio de intervención mínima propio del Derecho Penal, conforme al cual solo debe proteger los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves, y a la naturaleza pública del *ius puniendi* que en exclusiva corresponde al Estado, que el tipo penal de que tratamos pueda complementarse –mediante el cauce del reenvío– por la voluntad concorde de los sujetos privados

(12) SSTC 58/1985, de 30 de abril; y 121/2001, de 4 de junio. SSTS, Sala Social, de 24 de enero de 1992, RC. 1467/91; 29 de abril de 1993, RC 459/92; 4 de mayo de 1994 RC 3311/93; 9 de febrero de 2010, RC 105/09; 28 de septiembre de 2011, RC 25/11; 24 de septiembre de 1912, RC 127/11; 14 de noviembre de 2012, RC 241/11; 4 de febrero de 2013, RC 33/12; 22 de octubre de 2013, RC 110/12; 13 de mayo de 2014, RC 181/13; y 16 de julio de 2014, RC 110/13.

(13) VARELA CASTRO, L., «Los delitos contra la vida y la integridad física de los trabajadores», *Cuadernos de Derecho Judicial* V 2008, pág. 32.

(14) AGUADO LÓPEZ S., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 218.

que están legitimados para la negociación colectiva, y que en su supuesto extremo resultan ser un empresario individual y un delegado de personal (arts. 62 y 87 ET)⁽¹⁵⁾.

Con todo, la cuestión nos parece un tanto bizantina, pues la minuciosidad legal y reglamentaria en materia de prevención de riesgos laborales hacen difícilmente imaginable que el incumplimiento de unas posibles prescripciones preventivas pactadas por negociadores particulares puedan comportar el «peligro grave» para la salud e integridad física de los trabajadores que el tipo penal requiere, pues con independencia de la elemental exigencia de que «la norma suplementada sea objetivamente mejorable y que la mejora sea determinable como tal»⁽¹⁶⁾, más bien parece que –como incluso se desprende de la propia Exposición de Motivos– las posibilidades que la LPRL atribuye a los convenios colectivos básicamente se refieren a la organización de las formas de participación de los trabajadores en la prevención de riesgos en la empresa (arts. 34 a 39 y Disposición Transitoria Primera LPRL), y que difícilmente pueden incidir en la concreta creación de un grave riesgo para salud e integridad de los empleados.

Finalmente, ha de señalarse que en todo caso la cuestión únicamente afectaría a los convenios estatutarios, por lo que los convenios extraestatutarios siempre se hallarían fuera del tipo penal. Y ni que decir tiene que para que el convenio colectivo tuviese la naturaleza estatutaria y el carácter de norma jurídica de afectación general tendría que haber sido negociado cumpliendo las exigencias contenidas sobre la negociación colectiva en el Título III del Estatuto de los Trabajadores (arg. ex arts. 3.1.c y 82.3 ET)⁽¹⁷⁾.

Tal exclusión de los denominados pactos «extraestatutarios», viene impuesta por dos consideraciones de diferente orden. De una parte, al no cumplir los mismos –por definición– las exigencias subjetivas, objetivas y procedimentales impuestas por el título III ET, carecen de la eficacia general o *erga omnes* que caracteriza a los convenios «estatutarios», gozando únicamente de una eficacia personal limitada o reducida a los trabajadores y empresarios representados en la negociación, y rigiéndose «por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual, los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código civil)» (SSTC 121/2001, de 4 de junio, FJ 5; y –Pleno– 8/2015, de 22 de enero, FJ 4)⁽¹⁸⁾, con lo que ya de por sí estarían privados de la cualidad de «norma» que la formación del tipo penal requiere. Y, sobre todo, porque «existen determinadas

(15) En general sobre el tratamiento que a la prevención de riesgos se da en la negociación colectiva (aunque sin particular referencia a la cuestión que aquí interesa), sólo por citar alguno de los más recientes, LOUSADA AROCHENA, F. y RON LATAS, R.P., «La negociación colectiva sobre prevención de riesgos laborales: significación y delimitación de los espacios negociales» *CEF*, n.º 427, 2018, 91-113.

(16) STS Sala Cuarta 9 de marzo de 2011, RC 118/10.

(17) SSTs, Sala Social, 6 de octubre de 2009, RC. 3012/2008; 29 de marzo de 2010, RC. 37/2009; 21 de diciembre de 2015, RC. 6/15; 18 de febrero de 2016, RC. 282/14; 18 de febrero de 2016, RC. 93/15; 23 de febrero de 2016, RC. 39/2015; 06 de junio de 2017, RC. 204/16; y 19 de diciembre de 2017, RC. 195/16.

(18) SSTs Sala Cuarta 14 de diciembre de 1096, RC. 3063/95; 25 de enero de 1999, RC. 1584/98; 06 de octubre de 2009, RC. 3012/08; 09 de febrero de 2010, RC. 105/09; 29 de marzo de 2010, RC. 37/09; 12 de abril de 2010, RC. 139/09; 09 de marzo de 2011, RC. 118/10; 23 de octubre de 2012, RC. 594/12; 14 de mayo de 2013, RC. 285/11; 25 de julio de 2013, RC. 100/12; y 29 de marzo de 2016, RC. 127/15.

materias que por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria, dado que en estas materias la regulación pretendida no se va a limitar a disciplinar las condiciones de trabajo de unos trabajadores individualmente considerados, sino que, a través de la organización de la acción preventiva en la empresa, afectan a todos y requieren una regulación uniforme, y “en ese sentido ha de entenderse la referencia al convenio colectivo y a los acuerdos de la empresa con los representantes de los trabajadores, pues en ambos supuestos quienes pactan lo hacen en su calidad de empresarios, de una parte, y de representantes legales o sindicales de los trabajadores, de otra, con la finalidad de que los acuerdos que alcancen afecten a todos los representados en el ámbito correspondiente y a quienes en el futuro accedan al mismo”»⁽¹⁹⁾.

C. Puesta en peligro grave de la vida, salud e integridad física de los trabajadores

Finalmente llegamos al tercer elemento necesario para la concreción objetiva del tipo, y es que con la conducta omisiva e infractora se genere un peligro grave para los trabajadores. Por tal peligro debe entenderse la situación fáctica que implica la probabilidad de que se produzca la lesión⁽²⁰⁾. Tal circunstancia ha de ser concreta, determinada y grave, valorándose esta última consideración por dos criterios: grado de probabilidad del resultado dañoso y gravedad del resultado probable, cuya extensión será ponderada en atención a las circunstancias del supuesto en concreto⁽²¹⁾.

Sin perjuicio de la falta de concreción de su valoración, las normas extrapenales aportan criterios para llevarla a cabo. Así, el artículo 4.2 LPRL entiende por «riesgo laboral» la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo; para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se atenderá conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo. O su apartado 4.º, que entiende como «riesgo laboral grave e inminente» aquél que resulta probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores.

2.2. Naturaleza del delito, especial o común. Delito de riesgo o de peligro concreto

A. Naturaleza del delito, especial o común. Aproximación a la delimitación subjetiva del tipo

El alcance concreto de la conducta penada viene también, como es lógico, determinado por la delimitación subjetiva de quiénes pueden cometer la conducta que el CP

(19) SSTS 01 de junio de 2007, RC. 71/06; 09 de marzo de 2011, RC. 118/10; 25 de julio de 2013, RC. 100/2012; y 16 de julio de 2014, RC. 110/13.

(20) ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal del trabajo*, Praxis, 1988, pág. 162.

(21) SAP Cuenca n.º 16/01, de 21 de febrero o SAP Madrid n.º 880/03, de 6 octubre.

describe. En este sentido, es imprescindible tener en cuenta que los denominados delitos comunes son aquéllos que pueden ser cometidos por cualquier persona, en tanto que en los llamados especiales sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad. Como se ha destacado por la doctrina, lo que realmente diferencia el delito especial del delito común no es tanto que el tipo exija un requisito de carácter personal en el sujeto activo, cuanto que dicho requisito pueda predicarse de cualquier persona o sólo de un número determinado de ellas⁽²²⁾. Por regla general, esa cualidad –requisito– consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de «delitos de infracción de deber»⁽²³⁾. Se encuentran, a su vez, subdivididos en dos, los propios, en los que el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena, y los impropios, en los que la cualidad del autor sólo determina una agravación⁽²⁴⁾. No existe duda de que el artículo 316 encuadra a la perfección dentro de la modalidad especial propia, ya que no cualquiera puede ser su autor, sino tan sólo quien tiene una posición especial frente al bien jurídico, estando supeditado a los deberes de seguridad impuestos por la legislación laboral⁽²⁵⁾.

Es obvio que la innegable trascendencia que en la determinación del tipo tiene la configuración del sujeto responsable obliga a su detenido estudio, lo que se lleva a cabo en la segunda parte de este trabajo, parece oportuno adelantar las siguientes consideraciones sobre la deuda de seguridad a la que se refiere la fórmula legal utilizada por el art. 316 CP «legalmente obligados». En primer lugar, que si bien tal deber de seguridad se atribuye al empresario en los arts. 4.2.d) y 19 ET, el art. 20.1 consiente la delegación de su poder directivo («... bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue»). En segundo término, que el art. 2.1 de la LISOS solamente contempla al empresario como sujeto responsable de las distintas infracciones y, por lo tanto, de las relativas a los deberes de seguridad e higiene. En tercer lugar, que, en idéntica línea, el art. 14 de la LPRL omite toda referencia al encargado y ciñe la deuda de seguridad al empleador («el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio...»). Y, finalmente, que el art. 318 CP admite –como veremos en el apartado correspondiente– la posibilidad de exigir responsabilidad al encargado en todos los delitos contra los derechos de los trabajadores, tratándose de personas jurídicas, lo que suscita la cuestión –de la que trataremos luego– de si tal referencia puede alcanzar al encargado de empresa titularidad de persona física.

En todo caso, como se desarrollará más extensamente en su momento, no debe nunca perderse de vista que se trata de un delito especial propio y que muy

(22) AGUADO LÓPEZ S., *El delito contra la seguridad en el trabajo*, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 260.

(23) ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General T. I Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, pág. 337.

(24) BACIGALUPO, E. *Derecho Penal Parte General*. Hammurabi, 1987, pág. 510.

(25) GÓMEZ MARTÍN, V., *El Enigmático art. 318 CP: Diez cuestiones controvertidas*, Edisofer, 2009, pág. 230, así como SAP Madrid Secc. 16.ª n.º 743/09, de 26 de noviembre o SAP Madrid Secc. 7.ª n.º 154/10 de 24 de febrero, entre otras.

concretamente se construye sobre la base de la confianza especial que vincula al empresario con la esfera laboral de los trabajadores, los cuales prestan servicios en la creencia de que no sufrirán menoscabo alguno en su actividad. Siendo así la naturaleza de este deber, su transferencia a la persona que asuma las funciones de administración y la correlativa imputación de responsabilidad penal como autor del delito, no sólo responde a que haya asumido aquella posición de garante, sino por haber generado una confianza especial en los trabajadores respecto de la deuda de seguridad y haberla roto⁽²⁶⁾.

B. Delitos de peligro concreto

Tal como se viene indicando en el supuesto analizado, no basta la idoneidad lesiva en abstracto, sino que es imprescindible que la probabilidad derive en un peligro concreto y grave. Es decir, este tipo penal exige la generación efectiva y real de un riesgo para los trabajadores, que además ha de merecer la consideración de grave. Así las cosas, mientras que en los denominados delitos de peligrosidad, la acción u omisión realizada ha de ser calificada como peligrosa con un juicio *ex ante* por el juzgador sin referirse a un resultado de concreto peligro para el bien jurídico protegido, en los llamados de peligro concreto, como el que nos ocupa, éste es un resultado que debe derivar del incumplimiento de las disposiciones sobre seguridad en el trabajo, debiendo su detección realizarse desde una perspectiva *ex post*, con atención a todas las circunstancias presentes⁽²⁷⁾.

2.3. Bien jurídico protegido

En buena medida, la configuración de la gravedad del riesgo antes descrita viene determinada por la consideración que merezca el bien jurídico protegido. No en vano, la función legitimadora del bien jurídico está dada primordialmente por la necesidad de justificar la promulgación de una ley punitiva, fundar la relevancia del bien al que se refiere, y evidenciar al menos cierta ofensividad de la conducta que se reprime. Todo esto tiene el valor de otorgar la posibilidad de evaluar la utilización del instrumento penal en relación con el nivel de daño social de los comportamientos que se pretende penalizar⁽²⁸⁾.

La doctrina española, en el tratamiento de este tema, sostiene dos posturas bien diferenciadas. La primera de ellas afirma que el bien jurídico protegido es la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores individualmente considerados, mientras

(26) GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, J. M Bosch, 1999, pág. 256.

(27) SAP Toledo N.º 89/13, de 21 noviembre.

(28) YACOBUCCI G., *El sentido de los principios penales* s, Ábaco, 2002, pág. 198.

que la segunda considera que se está protegiendo la «seguridad en el trabajo» como un bien jurídico supraindividual autónomo respecto de los bienes individuales.

Por lo que respecta a la primera, sus seguidores estiman que nos hallamos ante un delito de peligro concreto cuyo bien jurídico es individual, coincidente con el resultado material del delito⁽²⁹⁾. Afirman que la esencia del delito no puede descansar en la infracción de un deber de seguridad fundamentado en normas de Derecho Público indisponibles.

Por el contrario, la tesis colectivista considera que el bien jurídico penalmente protegido es la seguridad en el trabajo, entendida como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de prestación del servicio. Las consecuencias directas de tal afirmación son que para la aplicación del delito no va a ser exigible la concurrencia de un resultado efectivo lesivo contra la vida o la salud, que el consentimiento prestado por el trabajador en relación con la asunción de riesgos no va a tener eficacia, y que se podrá aplicar un concurso ideal en caso de que, derivado de la infracción de las normas de prevención, acontezca la muerte o lesiones en un trabajador⁽³⁰⁾.

Existe una modalidad de esta segunda doctrina, colectivista asimismo, pero que no la circunscribe en la «seguridad en el trabajo», sino en la vida y salud de los trabajadores en cuanto tales, y no como sujetos individualmente considerados titulares de los bienes jurídicos de carácter personal⁽³¹⁾.

Quizás sería conveniente mencionar una tercera vía, la intermedia, que combina dos bienes jurídicos diferentes: el de naturaleza individual, cuando nos referimos a la vida o la salud de un trabajador, y colectiva, al hablar de la seguridad e higiene en el trabajo, que actúa de manera instrumental y no autónoma respecto al primero⁽³²⁾.

Nuestra Jurisprudencia, salvedades puntuales aparte, es clara al decantarse a favor de la segunda de las doctrinas, considerando que el artículo 316 tipifica un delito de estructura omisiva, o más propiamente de infracción de un deber que protege la seguridad en el trabajo, bien jurídico autónomo y, por tanto, independiente de la efectiva lesión que en todo caso merecería calificación aparte⁽³³⁾. En este sentido se ha dicho que la figura tiene la estructura característica de un delito de omisión y de peligro concreto grave, que lo configura autónomamente de los delitos de resultado y permite la compatibilidad entre ambos si el resultado lesivo se produce, aplicándose como regla general el principio de consunción del art. 8.3.º del CP (SSTS 1188/1999, de 14 de julio; y 4012/2002, de 4 de junio), porque «supone el reconocimiento de

(29) AGUADO LÓPEZ S., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 79 y ss.

(30) ARROYO ZAPATERO L., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 155 ss.

(31) TERRADILLOS BASOCO J.M., *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 55.

(32) MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ C., *Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 533.

(33) SAP Murcia 375/2009, de 23 de octubre, AAP Sevilla 679/2009, de 22 de octubre o AAP La Rioja 60/10, de 25 febrero, entre otras muchas.

un interés susceptible de protección, la clase trabajadora en cuanto tal, como sujeto de derechos» (STS 5761/2002, de 29 de julio). Por eso no procede la renuncia anticipada a la «seguridad en el trabajo» por parte del trabajador, en tanto que no le pertenece en exclusiva, manteniéndose incólume la obligación empresarial de defensa de la seguridad⁽³⁴⁾. Sobre este último punto ha de resaltarse que como bien jurídico colectivo es irrenunciable e indisponible para el trabajador, quien no puede aceptar válidamente el incumplimiento de las medidas que deben evitar o minimizar la situación de riesgo, y ello lo subraya el art. 2.2 LPRL, al preceptuar que sus disposiciones y las de «normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible»⁽³⁵⁾.

Dos últimas observaciones en este apartado del bien jurídico. La primera –que se tratará con más detalle a continuación– es que el tipo del art. 316 parte de la mera existencia del peligro en sí mismo, sin necesidad de resultados lesivos, de modo que si el riesgo grave al que se ha sometido al trabajador no tiene consecuencias lesivas para él –no hay lesiones, ni muerte–, la calificación del delito será exclusivamente la del artículo 316 (salvo que se trate de un supuesto imprudente del artículo 317); pero si se materializa en algún daño entrarán a escena otros tipos penales, en los términos que a continuación se verán. Y la segunda es que la tutela que refiere el art. 316 CP no se limita a la «integridad física» del trabajador, sino que comprende igualmente su «salud», con lo que es claro que la protección penal que otorga alcanza también a su «integridad psíquica», que bien pudiera verse comprometida en el contexto de la actividad laboral, por lo que el legislador penal ampara al trabajador frente a los «riesgos psicosociales» (estrés, acoso, etc.), que, por otro lado, incluso han merecido ya respaldo jurisprudencial en su consideración como accidente de trabajo (así, la STS 18 de enero de 2005, RC. 6590/03, para trastorno psíquico de Ertzaina).

3. Modalidad imprudente

3.1. Alcance general del art. 317

De acuerdo con el artículo 317 del CP, cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.

Destaca la doctrina que el delito contra la seguridad de los trabajadores es el único del Título XV («De los delitos contra los derechos de los trabajadores») en que se pena su comisión por imprudencia. Singularidad que se justifica por razones de carácter político-criminal, habida cuenta de que: a) de un lado, la realidad jurisprudencial muestra que ordinariamente la conducta del empresario responde al modelo imprudente, en tanto que no persigue la puesta en peligro del trabajador,

(34) SAP Sevilla n.º 223/10, de 7 abril.

(35) POMARES CINTAS E, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, de Derecho Penal Español, parte especial II, Director F. Javier Álvarez García, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 910.

sino la reducción de costes o el incremento de la productividad, confiando en que la infracción de las normas de prevención no comporten peligro para el trabajador; b) de otra parte, la imprudencia es de prueba más accesible que el dolo, en tanto que éste comporta un elemento subjetivo –conocimiento y voluntad de crear el riesgo– de difícil probanza; y c) finalmente, tratándose de bienes jurídicos esenciales –como la vida o la salud–, la puesta en peligro inconsciente (imprudencia inconsciente) es muchas veces tanto o más peligrosa como la puesta en peligro consciente (dolo o imprudencia consciente), precisamente por el mayor descontrol de la trascendencia del deber de cuidado⁽³⁶⁾.

La modalidad delictiva imprudente, como complemento de la anterior dolosa, está conformada también por dos partes o elementos: a) el objetivo, que supone la infracción de la norma de cuidado (el denominado *desvalor de acción*) y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (*desvalor de resultado*); y b) el subjetivo, que requiere –a su vez– de un elemento positivo, el de haber querido la conducta descuidada, y de otro negativo, no querer el resultado que se ha producido.

En el referido elemento objetivo –el llamado «desvalor de resultado»– requiere imputación objetiva, que básicamente supone la necesidad de que el resultado haya sido causado por la infracción del deber de cuidado y que pueda imputarse objetivamente a la misma⁽³⁷⁾.

Destaquemos que la jurisprudencia ha concretado los cuatro elementos que han de existir para poder hablar de imprudencia⁽³⁸⁾: 1) una acción u omisión voluntaria, aunque carente de malicia o intención, ya sea directa o eventual; 2) un factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, que son el conjunto de reglas en el que una comunidad fundamenta su racional expectativa de elusión de riesgos o peligros; 3) la omisión negligente o reprochable por el sujeto del conocimiento previo de las consecuencias nocivas previsibles y evitables

(36) AGUADO LÓPEZ S., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 402 y sigs.

(37) Esta imputación objetiva no tendrá lugar cuando a pesar del riesgo creado no era previsible el concreto resultado, cuando éste no tenga nada que ver con la infracción cometida, o en los casos de comportamiento alternativo concreto, en los que el resultado se hubiera producido de todos modos. Quizás, el mayor problema que se puede encontrar el operador jurídico es el de diferenciar entre dolo eventual y culpa consciente. Al respecto, existen dos teorías: la del consentimiento y la de la probabilidad. La primera de ella, considerando que en ambos casos el resultado se presenta como posible para el autor, basa la diferencia en el ámbito de la voluntad, por cuanto el dolo eventual exige una actitud interna favorable a la realización del tipo (conformidad o resignación con el resultado), y en la imprudencia no (el sujeto emprende la acción confiando que el resultado no se producirá, bien porque confía en su propia capacidad, bien porque espera la posible intervención de un tercero). La segunda, por el contrario, sitúa la diferencia entre las dos en el ámbito del conocimiento, de modo que concurre el dolo eventual si en el momento de la acción el sujeto es consciente de la alta probabilidad de realización del tipo, y culpa consciente si únicamente se representa el resultado como posible.

(38) Valgan como ejemplo, las SSTs de 14 de febrero de 1997, (RJ 1997, 1357), de 26 de julio de 2000, RC 4716/98 y de 17 de mayo de 2001, (RJ 2011, 5513), o la SAP de Madrid, de 23 de febrero de 2004 (ARP 2004, 599).

de su actuar o ausencia de acción; y 4) finalmente, la existencia de una relación de causalidad entre el resultado dañoso soportado y de la acción u omisión realizada.

Señala la doctrina que, en definitiva, la imprudencia en el delito de peligro del art. 317 ha de recaer o bien sobre los dos elementos del tipo (la conducta y puesta en peligro) o bien solo sobre uno de ellos, de manera que pueden presentarse dos combinaciones: 1.^a) Dolo en la conducta e imprudencia en el peligro (así, no se facilita el cinturón de seguridad –sabiendo que se infringe una norma– porque se cree que no hay peligro); 2.^a) Imprudencia en la conducta e imprudencia en el peligro (así, no se facilita el mecanismo de seguridad, pese al peligro, porque se considera que ni tan siquiera existe obligación de proporcionarlo)⁽³⁹⁾.

De otra parte, la imprudencia puede ser de dos clases: grave, que es la que regula el artículo 317, y leve o simple. Diferenciar ambas es una tarea compleja, y no puede definirse de manera taxativa⁽⁴⁰⁾. Con todo, puede afirmarse que la grave, equivalente a la antigua temeraria, es la omisión del deber de diligencia más elemental, suponiendo la falta de conciencia y de voluntad del sujeto, imprevisor de la reglamentación existente por descuido informativo o minusvalorador del peligro que su no aplicación genera, obrando en la creencia o confianza de que el peligro no va a tener lugar, lo que la diferencia del dolo eventual⁽⁴¹⁾; mientras que la leve requerirá una menor ausencia de diligencia, inferior previsibilidad del evento dañoso y una no tan elevada infracción de los deberes de cuidado que del garante se espera.

Hay que entender que la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales por sí misma no es elemento decisivo para concretar la imprudencia, ni su modalidad, siendo lo más importante la intensidad de la infracción del deber de cuidado, por tanto⁽⁴²⁾.

3.2. *Mención a los artículos 142 y 152 del CP*

No debe perderse de vista el hecho de que, según la doctrina mayoritaria, en los delitos imprudentes no cabe participación, sólo autoría principal. Esto resulta compatible con que a un mismo resultado típico concurren las imprudencias de varios sujetos. En tales supuestos, y de acuerdo con un sector doctrinal, deberían apreciarse tantas

(39) AGUADO LÓPEZ S., *El delito...*, op. cit., pág. 398

(40) Hay que tener en cuenta que el propio artículo 14 del CP, al referirse al error vencible o invencible, establece como criterios para valorarlo tanto las circunstancias del hecho como las personales del autor.

(41) VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, Bosch, 2002, pág. 100. En este sentido, STS de 26 de julio de 2000, RC 4716/98.

(42) No resulta correcto entender que sólo existe imprudencia grave cuando se infringen todas las previsiones exigibles al garante de seguridad (como por ejemplo se hace en la SAP Rioja n.º 97/05, de 13 de mayo), ya que, una cosa es calificar correctamente como grave una conducta imprudente en tales casos, y otra muy distinta entender que únicamente en aquel supuesto es posible calificar la conducta como tal.

autorías imprudentes como personas hayan dado lugar a la producción del resultado infringiendo cada uno la norma de cuidado general y personal⁽⁴³⁾.

El Tribunal Supremo, suele considerar como autores a todos los que contribuyen, en menor o mayor medida, a la producción del resultado, ya sea muerte, ya sea lesiones. Además, hay que tener presente que la concurrencia de culpas no determina automáticamente la degradación de todas calificándolas de leves, sino que, atendiendo a la entidad del descuido de expectativas socialmente exigibles y al deber de cuidado omitidos, unas pueden ser graves y otras no⁽⁴⁴⁾.

No procede detenerse aquí en la extensa valoración de qué sujetos resultan legalmente responsables, ya que es objeto de mención en otro apartado, tan sólo precisar que su concreción no resulta sencilla y ha de atenderse a la casuística, ya que la empresas están conformadas por una pluralidad de personas mediante un sistema de organización vertical y horizontal, en el que se confía en las instrucciones dadas por el superior y en que las órdenes dadas presumiblemente se van a cumplir por el subordinado. Y es precisamente en estos casos, cuando el sujeto ha actuado con una excesiva confianza, cuando podríamos hablar precisamente de imprudencia⁽⁴⁵⁾.

Existe un amplio catálogo de fuentes normativa de los deberes de seguridad laboral respecto de los delitos imprudentes: disposiciones legales y reglamentarias, normas culturales o de común experiencia, o incluso profesionales, que son las que rigen una determinada actividad⁽⁴⁶⁾. Como se comprenderá, este elenco, relevante a efectos de integrar un delito imprudente, es mucho más amplio que las normas de seguridad que es preciso infringir a efectos del artículo 316 CP, llegándose, incluso, a considerar como tal modalidad delictiva a accidentes derivados de infracciones de cuidado no laborales⁽⁴⁷⁾.

4. Situaciones concursales. Delitos de peligro/homicidio/lesiones

En los tiempos en los que la legislación penal no sancionaba la conducta analizada, si como consecuencia del accidente laboral se producía algún resultado lesivo, el suceso era calificado directamente como homicidio o lesiones imprudentes. Pero desde que nuestra legislación penal decidió, en los términos vistos, dar cobijo específico a los delitos contra la seguridad de los trabajadores, cuando el accidente laboral termina

(43) QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi, Elcano, 2000, pág. 365.

(44) STS Sala Penal n.º 860/2001 de 17 de mayo 2001. Sobre esta cuestión, GARCÍA QUIÑONES J.C., «La concurrencia de culpas entre trabajador y empresario en los accidentes de trabajo (configuración legal y tratamiento jurisprudencial)», en VV.AA., *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales: XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, 2013.

(45) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 303.

(46) ARROYO ZAPATERO, L., *Manual del Derecho...*, *op. cit.*, pág. 65.

(47) STS Sala Penal n.º 270/98 de 2 marzo.

con la vida de uno o varios trabajadores o les causa lesiones, surgen las dudas de qué tipo penal aplicar. Para solventar el interrogante es preciso comenzar recordando qué regulación tienen hoy esos delitos colindantes, que pueden concurrir con los descritos en los arts. 316 y 317⁽⁴⁸⁾.

En primer término, si el accidente acaba con la vida de uno o varios trabajadores, entrarán en juego dos delitos diferentes en función del grado de imprudencia empresarial concurrente. Si el empresario ha incurrido en lo que ahora el CP denomina imprudencia «menos grave», la conducta sería calificable de delito leve de imprudencia con resultado de muerte, a tenor de lo dispuesto en el art. 142.2 CP, mientras que si el fallecimiento es el resultado de una imprudencia grave del empresario, éste podría incurrir en un delito de homicidio imprudente de los tipificados en el art. 142.1 CP. Similar regla diferenciadora funciona cuando el accidente provoca al trabajador o trabajadores afectados lesiones o enfermedades: si éstas traen causa en una imprudencia «menos grave», estaremos ante el delito leve de imprudencia con resultado de lesiones (art. 152.2 CP), mientras que, si ha mediado imprudencia grave, podría hablarse de un delito de lesiones imprudentes del art. 152.1 CP⁽⁴⁹⁾.

La primera cuestión que aclarar es que no habrá un problema de concurso o concurrencia de delitos cuando el suceso dañoso traiga causa en una imprudencia menor o no grave del empresario –merecedora, en su caso, de una sanción administrativa–. Este tipo de imprudencia no se sanciona desde el prisma del delito de peligro, pues, como se vio, el art. 317 está pensando en imprudencias graves y el art. 316 se refiere a la generación dolosa del peligro grave para la vida o la seguridad de los trabajadores. De modo que, si una imprudencia no grave del empresario derivase en el fallecimiento del trabajador o en la producción de lesiones, sólo entrarían en juego los delitos leves de imprudencia menos grave con resultado de lesiones o muerte, tipos que, con independencia del desenlace final, carecen de pena de prisión, limitándose la condena a una multa pecuniaria.

En segundo lugar, es preciso partir de la realidad de que el que podemos llamar delito laboral específico o delito de peligro (arts. 316 y 317), se consuma, como se acaba de señalar, antes del daño, y sin necesidad de éste, esto es, con la mera puesta en peligro de los trabajadores, siempre que dicho peligro pueda considerarse grave. Esta realidad arroja una consecuencia inmediata: en los casos en los que el incumplimiento preventivo –el riesgo grave–, no finaliza con daño alguno, sólo cabrá aplicar el tipo del art. 316 (si medió dolo) o del art. 317 (mediando imprudencia grave).

La complejidad concursal, por tanto, se suscitará a la hora de gestionar la convivencia entre el delito de homicidio imprudente (imprudencia grave con resultado de muerte), el de lesiones por imprudencia grave y los delitos específicos laborales

(48) En general sobre esta temática puede consultarse, por ejemplo, DÍAZ GARCÍA CONLLEDO M., «El delito contra la seguridad en el trabajo: algunos problemas del dolo y la imprudencia, concursales y relativos al art. 328 del Código Penal», *Revista del Poder Judicial*, n.º 80, 2005.

(49) Las consecuencias punitivas varían en función del resultado de las lesiones (por todas, SAP Badajoz Penal, 14 de noviembre de 2016, RC Apelación 416/16).

de peligro (con dolo y con imprudencia grave). La coexistencia de estos tres tipos delictivos no es en modo alguno pacífica, ni entre la doctrina científica ni en la judicial. Una parte de la doctrina entiende que el delito de resultado absorbe siempre al de peligro (concurso de leyes), de manera que el delito de homicidio o de lesiones absorbería al especial laboral de riesgo. Esta solución tiene la evidente desventaja de neutralizar el sentido del delito especial, que quedaría prácticamente vacío de contenido, además de poder darse la paradoja de que esta absorción de delitos terminase con la imposición de una pena menor de la que se impondría de aplicarse sólo el específico de peligro, no en vano, éste se castiga con las penas de prisión de seis meses a tres años, mientras que los otros delitos pueden tener castigo menor. En particular, esto se aprecia cuando la imprudencia empresarial deriva en una lesión que simplemente menoscaba la integridad corporal o la salud física o mental del trabajador; en este caso se prevé pena de prisión de tres a seis meses, que se eleva de seis meses a dos años si se tratare de una pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal o una deformidad, y de uno a tres años si se trata de pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, de un sentido, impotencia, esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica. Como se puede apreciar, incluso las lesiones más graves tienen una pena igual o inferior a la prevista para el delito doloso de riesgo –que oscila de los seis meses a los tres años–. De este modo, la absorción sólo podría considerarse aceptable en los casos de imprudencia grave (art. 317), nunca en los de peligro doloso⁽⁵⁰⁾.

Así las cosas, la mayoría de la doctrina entiende que la absorción del delito de peligro por el de resultado sólo es posible cuando el trabajador fallecido o lesionado es el único sujeto a riesgo⁽⁵¹⁾. Tesis que parece acoger también mayoritariamente la jurisprudencia que entiende que, configurado como un delito de peligro concreto, si se produce el resultado que se pretendía evitar con las medidas adoptadas, el delito de resultado absorberá al de peligro (regla de la consunción del art. 8.3 CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva⁽⁵²⁾; mas cuando el resultado producido constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad, deberá estimarse que ha habido un concurso ideal de delitos previsto en el artículo 77 CP⁽⁵³⁾.

(50) Como se ha dicho, esta corriente no está exenta de críticas, pues, como algunos autores destacan, supone prescindir del hecho de que el bien jurídico protegido en el delito de peligro es más que el sujeto individualmente considerado, la colectividad de trabajadores, como se indicó en el apartado anterior, y mal puede asumirse la teoría de la progresión del daño cuando los bienes jurídicos cercenados son de diferente titularidad. En este sentido, VARELA CASTRO L., «Los delitos contra la vida y la integridad física de los trabajadores», en VV.AA., *La protección penal de los trabajadores: tipos, instrucción y enjuiciamiento*, Cuadernos de Derecho judicial, V, 2008, pág. 46.

(51) TERRADILLOS BASOCO J.M., *La siniestralidad laboral como delito*, Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 134-ss.

(52) Véase la STS de 4 de junio de 2002, RC 3307/00.

(53) Parece la postura adoptada como mayoritaria por la jurisprudencia, sobre todo a partir de la STS de 14 de julio de 1999, RC 3738/98, que alude al concurso ideal de delitos en estos casos –después la de 4 de junio de 2002, RC 3307/00, 2554/2001, de 22 de diciembre o STS 537/2005, de 25 de abril–. También

No obstante, prueba de que la cuestión es francamente controvertida es la existencia de una tercera línea de interpretación, la que afirma que el delito contra la salud o contra la vida sanciona el daño a la persona del trabajador como tal persona –no como trabajador–, mientras que el delito de peligro sanciona la lesión del bien jurídico protegido colectivo, esto es, la seguridad en el trabajo, con independencia de que el trabajador se encontrara solo y no existiera un «excedente de riesgo». Esta tesis permite dotar de real autonomía al delito contra la seguridad en el trabajo, pues éste existiría siempre que se cumpliesen las condiciones de los arts. 316 o 317, independientemente de si se produce o no un resultado lesivo o del número de afectados⁽⁵⁴⁾. El propósito final de esta línea interpretativa es, obviamente, que en caso de eventual concurrencia entre el tipo laboral y otros, sean todos evaluados de modo autónomo, castigando ambos delitos, mediante la regla del concurso ideal, tanto si el trabajador se encontraba solo, como si compartía espacio con otros trabajadores que igualmente quedaron sometidos al riesgo grave⁽⁵⁵⁾. No obstante, como se acaba de señalar, la jurisprudencia sólo admite tal concurso si medió esa concurrencia de resultados (trabajador accidentado) y peligro adicional (otros trabajadores en peligro).

III. DELIMITACIÓN SUBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

1. Responsabilidad penal del empresario persona física. El incumplimiento del deber de seguridad como punto de partida

Tal como se adelantó en su momento, el presente trabajo se estructura en tres partes diferenciadas, consagrándose esta segunda a la identificación del sujeto responsable del tipo penal, teniendo en cuenta que el artículo 316 del Código Penal considera responsables a quienes «*con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados...*». Es evidente, por tanto, que para afrontar el tratamiento de esta cuestión es preciso partir del hecho de que el tipo penal que nos ocupa se edifica sobre la base de deber de seguridad del empresario, que radica en el poder de dirección que ostenta sobre los trabajadores, estableciendo el artículo 20.1

apuestan por ella otras sentencias, como las SAP Cantabria de 19 de febrero de 2007 RC Apelación 220/06; 7 abril 2017, Proc. 463/16. Por ejemplo, si lo que se pretendía evitar era la muerte de un trabajador y ésta tiene lugar, procedería aplicar la regla de la consunción, pero debería estarse a las normas del concurso si esa muerte constituye uno de los muchos posibles resultados de esa misma conducta omisiva, ya que en idéntica situación de peligro se encontrarían trabajando, en su caso, la generalidad de los que desempeñan sus funciones en una obra.

(54) Es interesante mencionar que el artículo 350 CP se refiere expresamente al 316, previendo un concurso, en apariencia, real, al disponer que «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 316, incurrirán en las penas previstas en el artículo anterior los que (...) infrinjan las normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos, y pongan en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o el medio ambiente».

(55) ÁLVAREZ GARCÍA F.J., MANJÓN CABEZA OLMEDA A., VENTURA PÚSCHEL A., *Derecho Penal Español Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 916.

ET la obligación del trabajador de realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien delegue, y en las posibilidades de aquél de despedir (art. 54.1 ET) o sancionar disciplinariamente (art. 58 ET) en caso de incumplimiento laboral⁽⁵⁶⁾. Ahora bien, que el empresario sea el principal sujeto obligado no quiere decir que no lo estén, y por ello sean también responsables, otros sujetos implicados en el proceso productivo, especialmente todos aquéllos que actúen en la cadena jerárquica de la empresa ejerciendo los poderes empresariales en relación con el deber de seguridad antes señalado⁽⁵⁷⁾.

No hay que olvidar, en este sentido, que el empresario puede desarrollar su deber de seguridad de tres maneras diferentes: de modo directo, indirecto y por delegación. En el caso de los empresarios personas físicas es relativamente frecuente tanto la asunción directa como la indirecta. En el primer caso, se ocupará el patrono de forma inmediata de gestionar toda la seguridad de sus subordinados, en el segundo se valdrá de otras personas para llevar a cabo esta labor, impartiendo instrucciones precisas sobre las medidas preventivas a adoptar. Tanto en un caso como en otro, el responsable penal será exclusivamente el empresario, en tanto que en el segundo supuesto (ejercicio indirecto), hay que entender que las personas que *de facto* se ocupen de la prevención carecen de un margen relevante de autonomía debido a la concreción de las órdenes y al deber de obediencia derivado de su posición en la empresa, manteniéndose por tanto incólume la responsabilidad del empresario.

Desde el punto de vista que aquí interesa, la tercera forma de gestión de la prevención es sin duda la que genera más complejidades, en tanto que supone que las funciones de seguridad son completamente delegadas en personas con capacidades específicas. Tal delegación puede conllevar una exoneración de la responsabilidad penal del empresario⁽⁵⁸⁾, al no poder exigirse al empleador una observancia diaria y en todo punto del lugar del trabajo de las medidas de seguridad que encargó a personal cualificado. Ahora bien, para que el empresario persona física pueda quedar exonerado de responsabilidad penal por delegar la prevención habrá tenido que dar cumplimiento a tres deberes básicos⁽⁵⁹⁾: deber de elección, exigiendo que la

(56) El fundamento de tal imputación es doble: a) el empresario, en tanto que propietario de los medios de producción y creador de los riesgos, debe responsabilizarse de las posibles lesiones que sufran sus trabajadores durante su prestación laboral, por cuanto no en vano se erige como el máximo beneficiario del producto de dicha actividad; b) él, en tanto titular de los poderes de dirección y organización, no sólo tiene derecho a coordinar los diferentes elementos personales y materiales propios de la actividad productiva, sino que está obligado a adoptar, vigilar y exigir el cumplimiento de todas aquellas medidas de seguridad necesarias para proteger, en última instancia, al personal a su cargo.

(57) MUÑOZ CONDE F., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pág. 354.

(58) STS, Sala Penal, de 26 de marzo de 1994 RC 693/93 o la 1233/02, de 29 de julio. La doctrina está dividida en este sentido. Véase sobre esta cuestión, HORTAL IBARRA J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005; FEIJOO SÁNCHEZ B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid 2007; SILVA SÁNCHEZ J.M., «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», En VV.AA., *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997.

(59) STS, Sala Penal, 1188/99 de 14 de julio.

delegación se realice en persona con capacidad suficiente para controlar la fuente de peligro; deber de instrumentalización, facilitando al delegado los medios adecuados para llevar a cabo tal control; y deber de control en sí, incrementando las medidas de cautela específicas para verificar que la delegación se desenvuelve dentro de las premisas que le son propias⁽⁶⁰⁾. Dicho de otro modo, si el empresario no proporciona los medios requeridos y adecuados para llevar a cabo correctamente la prevención, la delegación no podrá eximirle de responsabilidad penal⁽⁶¹⁾.

Téngase en cuenta, en todo caso, que la delegación exonerante a la que se está aludiendo es exclusivamente aquélla en la que el empleador encarga bien a un empleado específicamente formado para ello, bien a un servicio externo y especializado, las tareas preventivas. Situación que ninguna relación guarda con el hecho de que el empresario pueda hacer a los trabajadores indicaciones concretas para el cumplimiento de las obligaciones previstas en la LPRL, y cuya inobservancia podría derivar en una sanción disciplinaria, pero en modo alguno en una exoneración de responsabilidad penal –con el matiz que se dirá a propósito de la imprudencia del trabajador en el apartado correspondiente–. Valor exonerante que tampoco conecta con las labores preventivas llamadas a asumir los miembros de los órganos de representación unitaria que desarrollan el cargo de delegados de prevención (art. 35 LPRL), básicamente porque su tarea carece de propiedades directivas del proceso productivo o de facultades de adopción de medidas organizativas dirigidas a lograr un medio de trabajo más seguro –salvo en el supuesto de paralización de la producción en caso de que aprecien un riesgo grave e inminente en caso de que el empresario haya obviado labores de prevención (art. 21.3 LPRL), que no es, empero, una obligación, sino un derecho– dirigiendo su actuación de acuerdo a su propio saber y entender. Tal actuación pudiera, en caso de falta de diligencia, dar lugar a una revocación de su cargo, pero nada más, y desde luego ninguna incidencia exoneratoria puede tener en la responsabilidad penal del empleador⁽⁶²⁾.

2. Responsabilidad penal en el caso de empresa corporativa

2.1. Potencial responsabilidad de la persona jurídica

Como se acaba de ver cuando el riesgo grave para la seguridad y la vida de los trabajadores que ha derivado en el accidente de trabajo (prescindiendo ahora de la problemática del concurso del que se habló respecto de los casos de fallecimiento o

(60) SAP Alicante 106/10 de 8 de febrero.

(61) En este sentido, JORGE BARREIRO A., «Cuestiones conflictivas de los tipos penales contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y sus repercusiones procesales», en VV.AA., *La protección penal de los trabajadores: tipos, instrucción y enjuiciamiento*, Cuadernos de Derecho judicial, V, 2008, pág. 167-169.

(62) APARICIO TOVAR, J., *La obligación de seguridad y los sujetos obligados*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2006, pág. 26.

lesiones del trabajador) acontece en el marco de una prestación de servicios para una persona física, será ésta, en su condición de empresario obligado a la adopción de las medidas preventivas, la responsable penal del ilícito, con las salvedades hechas para los casos de delegación de la obligación preventiva⁽⁶³⁾. Pero si el tipo penal se materializa en el entorno de una persona jurídica la identificación del responsable penal puede resultar mucho más complicada, especialmente en las comerciales organizadas sobre estructuras departamentales complejas, en las que la figura del empresario en el sentir clásico del Derecho Laboral se diluye, asumiendo distintas personas físicas las responsabilidades gestoras y directivas de las diversas áreas.

En el contexto descrito varias son las cuestiones a las que debe darse respuesta. La primera es la relativa a si resulta posible la imputación de responsabilidad penal a la propia persona jurídica –empresa– en la que el accidente se ha producido mediando incumplimiento de la normativa preventiva. La cuestión se había suscitado especialmente a raíz de la introducción en el año 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Según dispone el artículo 31 bis.1.b), cabe imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, si el delito se ha cometido en su nombre o por su cuenta, y se ha beneficiado directa o indirectamente de tal comisión, cuando el ilícito se ha llevado a cabo por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en su nombre u ostentan facultades de organización y control dentro de la organización. Igualmente cabe imputarles responsabilidad por los delitos de los que se benefician y que se cometen por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas (representantes legales o miembros de los órganos de gobierno) han podido llevar a cabo los hechos en cuestión por mediar por parte de aquellos un incumplimiento grave de sus deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad (recuérdese que la gravedad viene en realidad más referida al peligro que la infracción). Pues bien, se trata de decidir si el incumplimiento grave de las medidas preventivas pudiera tener encaje en alguno de estos supuestos, derivando de ello una potencial condena penal de la comercial.

La respuesta es, a día de hoy, claramente negativa. En efecto, con carácter general, se había venido entendiendo que los delitos contra los derechos de los trabajadores no deberían ser incluidos en el catálogo delictual susceptible de generar aquella responsabilidad⁽⁶⁴⁾. De hecho, la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado excluía tal tipo de la clasificación y evidenciaba lo que entendía una incoherencia del legislador⁽⁶⁵⁾. Pero el tema ha quedado definitivamente zanjado con la sentencia

(63) STS de 17 de octubre de 2001, RC 809/00.

(64) Como si, por ejemplo, lo están los de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas del artículo 318 bis, contra los recursos naturales y medio ambiente del art. 325, o la trata de seres humanos del artículo 177 bis del Código penal, entre otros muchos.

(65) A mayor abundamiento, de acuerdo a la Circular 1/2016, son dos los modelos que permiten sustentar la responsabilidad de la persona jurídica con carácter general: a) el sistema vicarial (aunque reconoce que, en realidad, y pese a que el legislador diga en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo modificadora del Código Penal que no nos hallamos ante este modelo, en realidad es uno de

121/2017, de 23 de febrero RC 1916/2016, del Tribunal Supremo, en la que claramente se sostiene que una persona jurídica no puede ser acusada por este delito a tenor del artículo 31 bis del CP, –sin perjuicio de la responsabilidad civil subsidiaria, claro está– dado que el artículo 318 no se refiere a él.

Descartada esta posibilidad queda decidir quién debe, entonces, asumir la responsabilidad penal cuando el accidente laboral ha traído causa en la inobservancia grave –dolosa o imprudente– de las medidas preventivas.

2.2. *Identificación de las personas físicas penalmente responsables*

A. Planteamiento general

La respuesta al interrogante que se acaba de formular debe buscarse en el artículo 318 CP, que reza: «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código». El precepto reproducido tiene dos contenidos diferentes que merecen reflexión, el primero: qué personas físicas serán las penalmente responsables del accidente laboral y el segundo qué medidas puede el juez imponer a las personas jurídicas en estos casos.

Lo primero que conviene destacar, respecto de la identificación del sujeto activo del delito que lleva a cabo el art. 318 CP, es que la llamada que en él se hace a los «administradores o encargados del servicio» alude específicamente a quienes tienen encomendada la labor preventiva, en la medida en que son los responsables últimos de la facilitación de los medios preventivos. Es decir, no es una imputación general a los administradores y encargados, sino una particular a quienes administran y se encargan del servicio preventivo. Eso sí, esta responsabilidad no alcanza sólo a quien jurídicamente tiene atribuida la condición de administrador o encargado del servicio preventivo, sino a quien *de facto* ejerce «facultades de dirección y organización sobre

transferencia simple) por el que permite la atribución de responsabilidad a la persona jurídica debido a la previa actuación delictiva de una persona física, siempre que se evidencie un hecho de conexión entre ambas, pues de otro modo la responsabilidad de la persona jurídica devendría en objetiva; b) sistema de culpabilidad por defecto de organización, en el que existe una imputación cuando se han quebrantado deberes de supervisión, vigilancia y control, apartándose de las exigencias del buen ciudadano corporativo; desde tal perspectiva, se requiere la existencia de un previo deber de garante. En realidad, optar por uno u otro modelo es importante en la práctica, ya que si se considera que nos encontramos ante el primero, la acusación deberá probar en juicio que el delito se ha cometido por la persona física y ésta tiene una conexión con la empresa o persona jurídica, correspondiendo a la defensa demostrar que se ha cumplido con el control exonerante de responsabilidad, mientras que si estimamos que el segundo debe ser el aplicable, la acusación debería probar no sólo la comisión delictiva, sino también que la compañía ha incumplido sus deberes de vigilancia y control.

la prestación laboral con incidencia en esta materia»⁽⁶⁶⁾, tenga o no encomendada formalmente esta tarea⁽⁶⁷⁾. Quedando excluidos de esta responsabilidad los administradores meramente formales sin facultad decisiva alguna en la materia preventiva⁽⁶⁸⁾.

Pero además de administradores y encargados, el precepto imputa responsabilidad también a otros sujetos relacionados con los medios preventivos, esto es: a «quienes conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello». Esta fórmula legal permite castigar penalmente, además de a los cargos de la persona jurídica, a los mandos intermedios o incluso a los subalternos si tienen conocimientos y están en situación adecuada para evitar el peligro y no lo hacen⁽⁶⁹⁾, lo que puede resultar crucial en el caso de los técnicos de prevención⁽⁷⁰⁾, que no dejan de ser empleados del empresario, pero que al fin y a la postre son los responsables de los equipos de protección⁽⁷¹⁾.

Con todo, se trata de una materia eminentemente casuística, en la que hay que estar a cada caso concreto, examinar qué ha ocurrido y si existía o no una verdadera capacidad de poder evitar la infracción de medidas. Téngase en cuenta, además, que la declaración de responsabilidad de uno de ellos no imposibilita la de otros, en lo que se ha dado en llamar responsabilidad en cascada⁽⁷²⁾.

Lo que sí conviene dejar claro es que esta remisión a «quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello», a nuestro entender no puede alcanzar ni los representantes de los trabajadores (Delegados de Prevención –ex art. 19.4 ET y 21.3 y 36.2 LPRL– y miembros del Comité de Seguridad y Salud), ni a aquellos que, dentro de un plano administrativo, velan por el cumplimiento de las normas en materia de prevención (Inspección de Trabajo)⁽⁷³⁾, pues dichos sujetos carecen de competencia en relación a la adopción de los medios necesarios para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y, como ya se dijo, no están obligados a paralizar la actividad, sino únicamente facultados para ello⁽⁷⁴⁾.

(66) SAP Madrid de 31 de marzo de 2016, RC Apelación 861/15. Además, sobre esta cuestión, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. Y DE CASTRO FERNÁNDEZ L.F., *Accidente de Trabajo: Procedimientos administrativos y soluciones procesales*, Claves Prácticas Francis Lefebvre, 2018, pág. 148.

(67) STS, Sala Penal, de 26 de julio de 2000, RC 4716/98.

(68) SAP Cádiz de 20 de marzo de 2003, RC Apelación 18/03.

(69) STS, Sala Penal, de 29 de julio de 2002, RC 3551/00.

(70) Véase en este sentido la SAP Badajoz de 14 de noviembre de 2016, RC Apelación 416/16. Sobre la responsabilidad de los técnicos de prevención, LOUSADA AROCHENA F., «Las responsabilidades de los técnicos de prevención», *Revista de Derecho Social*, n.º 22, 2003, págs. 79-90.

(71) Según ha entendido la doctrina de estos criterios judiciales resulta que la condición de sujeto activo del tipo penal no se deriva de una relación jerarquizada entre sujetos (empresario/trabajador) sino de su relación objetiva con los hechos, es decir: será responsable quien tenga posibilidad fáctica de evitar la situación de peligro y estando jurídico-laboralmente obligado a hacerlo, no lo hace (MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. Y DE CASTRO FERNÁNDEZ L.F., *Accidente de Trabajo...*, *op. cit.*, pág. 148).

(72) STS, Sala Penal, de 26 de julio de 2000, RC 4716/98.

(73) AGUADO LÓPEZ, S., *El delito...*, *op. cit.* pág. 331 y ss.

(74) HORTAL IBARRA, J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, 2005, pág. 298.

La extensión de la autoría a los mismos resultaría incorrecta por dos motivos: a) en primer lugar, porque se impone una posición de garante a unos sujetos que, pese a que podrían llegar a tener conocimiento de la situación de grave riesgo nacida de la omisión del sí obligado legal de las medidas de seguridad, carecen de dominio funcional bastante para adoptarlas y, consiguientemente, para evitar la puesta en peligro de los trabajadores afectados; b) en segundo lugar, porque mediante la cláusula del artículo analizado, se dota de relevancia jurídico penal a una conducta, como es la no paralización, que, de acuerdo al concepto jurídico de «medios» aquí defendido, carece de la misma. Este obviar la paralización, en tanto que manifestación del deber de vigilancia, será sancionado conforme al derecho administrativo/laboral, pero nunca de manera criminal.

B. Actividades concretas. El caso particular de la dirección facultativa en el sector de la construcción

Según tiene dicho nuestra jurisprudencia⁽⁷⁵⁾, cuantos «dirigen» y se hallan al cuidado de una obra deben impartir cuidadosamente las instrucciones oportunas de acuerdo con las medidas de seguridad, actuando como garantes de la salvaguardia de la integridad física de cuantos trabajadores participen en la ejecución de los diversos trabajos, poniendo a contribución cuantas previsiones y experiencias técnicas sean convenientes a tal fin, sin que puedan bastar advertencias generales⁽⁷⁶⁾. Es evidente que el empresario principal y, en su caso, los contratistas y subcontratistas, son responsables, en el ámbito que les corresponda, de la seguridad de los trabajadores de la obra, con lo que ello conlleva en cuanto a la posibilidad de imputarles responsabilidad penal, teniendo en cuenta que cada empleador será responsable de la seguridad de sus trabajadores, siendo además el empresario principal (promotor de una obra en la actividad que le es propia)⁽⁷⁷⁾ el obligado a llevar a cabo la adecuada coordinación de las labores preventivas, así como el obligado a la seguridad en los lugares comunes de prestación del servicio. Desde esta perspectiva, la imputación de responsabilidad penal se acomodará a lo dicho en los apartados precedentes, mediante la identificación de la persona física responsable de la prevención de riesgos en la obra en cuestión, por ejemplo, el coordinador de seguridad⁽⁷⁸⁾.

(75) STS n.º 1524/89, de 15 de mayo.

(76) A decir verdad, en concreto fue la STS n.º 1654/87, de la Sala de lo penal, de 28 de septiembre, la que proscribió los generales advertimientos, siendo ratificada con posterioridad por la n.º 546/90, de la misma Sala, de 17 de febrero, en la que no entendía como válidos los avisos «de viva voz», exigiendo dicha cautela de modo individual a cada trabajador.

(77) En algún caso se ha entendido que no cabe imputar responsabilidad al promotor de una obra ajena a su actividad empresarial (SAP, Penal, de 23 de abril de 2014, RC Apelación 60/2014).

(78) En este sentido, SSAP, Castellón, de 9 de enero de 2017, RC Apelación 570/16, Madrid de 30 de marzo de 2016, RC Apelación 829/15. Sobre esta temática, MIÑARRO YANINI M., «La prevención de riesgos laborales en las contratas y subcontratas», *Documentación Laboral*, n.º 68, 2003, págs. 83-111.

En todo caso, quizá lo que más llame la atención en este concreto sector productivo es el alcance que la responsabilidad penal puede tener en la llamada dirección facultativa de la obra, integrada por uno o varios técnicos designados por el promotor para ocuparse de la dirección y del control de la ejecución de una obra, y compuesta normalmente por un director de obra y un director de ejecución⁽⁷⁹⁾. No existe una titulación específica para desempeñar tales funciones, pudiendo ser tanto ingenieros industriales, de caminos o arquitectos, pero debe tratarse de personas con formación suficiente, elemento a valorar a la hora de exigírseles mayor o menor responsabilidad por cualquier evento dañoso sufrido, y son los que mayor conocimiento y presencia en la obra deben tener para saber si existe o no un riesgo para los trabajadores que allí desempeñan su trabajo, de ahí que puedan resultar imputados penalmente, no quedando exentos de responsabilidad en el caso de haber delegado tal obligación en otro trabajador⁽⁸⁰⁾.

Normalmente, el director de obra suele ser un arquitecto y el director de ejecución un arquitecto técnico⁽⁸¹⁾. Ambos asumen competencias de coordinación relativas al plan de seguridad y a la adopción de medidas destinadas a impedir el acceso a personas no autorizadas⁽⁸²⁾. Por ello, puede imputárseles responsabilidad penal si no cumplen correctamente las funciones que les son propias, ya sea entendiendo que aunque no son los responsables últimos de la prevención (como garantes) sí son cooperadores necesarios, ya sea considerándolos personas físicas responsables en la sociedad corporativa ex art. 318 CP. De hecho, aunque la responsabilidad penal del arquitecto es excepcional, pero existe⁽⁸³⁾, la del arquitecto técnico constituye la

(79) Sobre la posible imputación de responsabilidad a los promotores en su condición o no de empresarios directos del trabajador, puede consultarse, C. MONERRI GUILLÉN, *La responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo*, Laborum, 2017. La autora aborda también la temática de la imputación de coordinadores de obra, arquitectos y aparejadores. Tampoco cabe prescindir del hecho de que la jurisprudencia civil ha venido exigiendo una particular conducta negligente o de mala praxis, que dificulta su condena (STS de 24 de abril de 2014, Rec. 116/12).

(80) STS, Sala Penal, n.º 1188/99, de 14 de julio.

(81) El director de obra es el agente que dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, urbanísticos y medioambientales, de acuerdo al proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto (art. 12 Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre), mientras que el director de la ejecución de la obra es aquél que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar la construcción cualitativa y cuantitativamente y la calidad de lo edificado (art. 13 LOE).

(82) Imputando responsabilidad penal al arquitecto director de obra en su condición de integrante de la dirección facultativa y autor del Estudio de Seguridad y Salud, concedor por ello de la fuente de peligro (AAP Vizcaya de 22 de noviembre de 2002, RC Apelación 135/02). También a aparejadores si dirigen la ejecución material de las obras y son responsables de la seguridad (SAP Baleares de 20 de septiembre de 2017, RC Apelación 224/17).

(83) STS, Sala Penal, 535/99, de 26 de marzo, entre otras. Hay que mencionar que en aquellos supuestos en los que el arquitecto pretenda eximirse alegando que ya había dado las órdenes oportunas en materia de seguridad laboral, éstas deben constar debidamente anotadas en el Libro de Órdenes con al pie la fórmula «enterado» rellenada por el jefe o encargado de la obra (STS, Sala Penal, 2444/92, de 15 de julio, ROJ 15487/92).

tónica general. Esta tendencia se apoya en el Decreto 265/1971, de 19 de febrero, por el que se regulan las facultades y competencias profesionales de los arquitectos técnicos, que les atribuye el deber de exigir el cumplimiento de la normativa preventiva, pero también en su frecuente papel de jefe o director de obra, que acumula con frecuencia al de coordinador de seguridad⁽⁸⁴⁾, siendo el Alto Tribunal quien ha promovido una comprensión amplia de su responsabilidad con base en sus deberes genéricos del artículo 1.a) Decreto mencionado y la inclusión del deber de exigencia de la toma de medidas dentro del tenor del artículo 316 CP⁽⁸⁵⁾, no limitándose, por tanto, y por su condición de mandos intermedios, a los supuestos de delito de peligro a partir del artículo 318 CP⁽⁸⁶⁾.

A colación de lo anterior, en algún caso se ha dado el supuesto en que, existiendo arquitecto y director de obra, y sosteniéndose idéntica acusación para ambos, ha resultado absuelto el primero siendo condenado el segundo⁽⁸⁷⁾, o bien que ni siquiera haya existido la misma respecto a aquél, pero sí respecto a este último en exclusiva⁽⁸⁸⁾.

Lógicamente, a lo anterior habrá que sumar la responsabilidad del encargado de la obra, en la medida en que pueda asumir las labores preventivas por delegación empresarial, en los términos vistos⁽⁸⁹⁾.

2.3. Posibles medidas penales accesorias frente a la empresa corporativa

El hecho de que por la vía descrita pueda identificarse a la persona física penalmente responsable del delito preventivo no significa, ni mucho menos, que la empresa persona jurídica para la que prestaba servicios el trabajador o trabajadores accidentados quede exenta de todo tipo de responsabilidad y nada pueda hacerse contra ella. Además de la responsabilidad civil que puede imputársele, y sobre la que volveremos, la empresa puede ser objeto de una serie nada desdeñable de medidas sancionadoras. Así, de acuerdo al apartado primero del artículo 129, en caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones,

(84) SAP Madrid 232/00 de 4 julio.

(85) CASTELLANO RAUSELL P., *Imprudencia en el ámbito laboral*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 3, 2002 pág. 77-78.

(86) En este sentido, JORGE BARREIRO A., «Cuestiones conflictivas de los tipos penales contra la vida...», *loc. cit.*, pág. 174-5; MARTÍN LORENZO M., ORTIZ DE URBINA GIMENO I., DOPICO GÓMEZ-ALLER J., *Derecho penal de la Construcción*, Comares, Granada, 2006.

(87) STS, Sala Penal, 1329/01, de 5 septiembre o SAP Valencia 125/01, de 18 de mayo.

(88) STS, Sala Penal, 335/01, de 6 marzo o SAP Alicante 185/02, de 20 de abril.

(89) Imputando responsabilidad penal al encargado de la obra, STS, Sala Penal, de 14 de julio de 1999, RC 3738/98.

grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33, pudiendo, asimismo, acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

Si acudimos al precepto mencionado, por tanto, las medidas que pueden imponerse, a tenor de la interpretación jurisprudencial, a las empresas como consecuencia del incumplimiento preventivo son:

a. Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

Al igual que el resto que vamos a mencionar, se trata de una pena potestativa, en la que deberán tenerse en cuenta tres criterios a la hora de decidir sobre su efectiva imposición y su extensión (artículo 66 bis 1.º CP): la necesidad de aplicarla, como medio para prevenir la continuidad delictiva o sus efectos; sus consecuencias económicas y sociales, especialmente las referidos a los trabajadores; y el puesto que dentro de la estructura de la persona jurídica ocupaba la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

El mayor problema que se plantea con esta medida es concretar qué debe entenderse por suspensión de actividades y su alcance, esto es, si debe resultar extensible a toda actividad de la persona jurídica, a diferencia de la pena de prohibición de realizar determinadas actuaciones, prevista ya en otro apartado de este mismo artículo, o únicamente a parte de su actividad. Lo cierto es que, existiendo ya una previsión específica circunscrita a actuaciones particulares, lo correcto sería hacerla omnicomprendiva de toda actuación, aunque ello supondría en la práctica una muerte técnica de la empresa y, por ende, una especie de disolución⁽⁹⁰⁾.

Sea como fuere, su plazo máximo de duración no podrá exceder de cinco años, que es la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el supuesto en que el mismo delito fuera cometido por una persona física. No obstante, para poder imponerla por un período que supere los dos años, es imprescindible que concurra alguna de las dos circunstancias referidas en el artículo 66 bis 2.º, a saber: reincidencia –remitiéndonos a qué se entiende por tal de acuerdo al artículo 28.8 CP⁽⁹¹⁾– y que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de los ilícitos penales, apreciándose tal hecho cuando la actividad legal de la misma sea menos relevante que su actividad ilegal.

b. Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

Con idénticas condiciones y requisitos que los ya visto en el apartado anterior.

(90) En este sentido, ya la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado se refería a ésta, indicando que deberá ser solicitada tan sólo en supuestos graves o bien concretar el ámbito de la actividad que deba suspenderse.

(91) De acuerdo al artículo 22.8 CP, hay reincidencia cuando esa misma persona hubiera sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título del Código Penal, siempre que sea de la misma naturaleza.

c. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

Son dos, por tanto, las modalidades de prohibición a que pueden condenarse:

– *Temporal*. El plazo máximo de duración no podrá exceder de quince años y, en cualquier caso, nunca podrá ser superior a la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el mismo delito fuera atribuible a una persona física. Distinguimos dos posibilidades:

* si se impone por un período superior a dos años, en cuyo caso se exigirán idénticos requisitos a los ya vistos al hablar de la suspensión,

* o mayor a los cinco años, en el que deberá concurrir alguna de las circunstancias referidas en el art. 66 bis 2.º:

+ Que nos hallemos ante un supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del primer número del artículo 66 CP, la denominada reincidencia cualificada, existente cuando el culpable, al delinquir, hubiera sido condenado ejecutoriamente por, al menos, tres delitos comprendidos en el mismo Título del Código, siempre que sean de la misma naturaleza.

+ Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para fines delictivos, con la aclaración antes mencionada

– *Definitiva*. Para que pudiera aplicarse con este carácter, será preciso que concurra alguna de las circunstancias mencionadas para la imposición de la pena por tiempo superior a cinco años.

d. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

El art. 71.1 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, contiene la prohibición de contratar con la Administración Pública para las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y para aquéllas cuyos administradores o representantes, de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, hayan sido condenados mediante sentencia firme por delitos, entre otros, contra los derechos de los trabajadores.

En los casos en que por sentencia penal firme así se prevea, la duración de la prohibición de contratar será la prevista en la misma. En los casos en los que ésta no haya establecido plazo, esa duración no podrá exceder de cinco años desde la fecha de la condena por sentencia firme. (Art. 72.6 de la misma Ley).

e. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la

sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y establecerá quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

3. Relevancia de la conducta del trabajador accidentado en la determinación de la responsabilidad penal empresarial

La seguridad y salud en el trabajo, sobre la que se construye el tipo penal que nos ocupa, tiene una doble cara: de una parte, el ya visto deber de seguridad del empresario, y, de otra, la obligación del trabajador de contribuir a la adecuada observación de aquel deber. Este deber del trabajador alcanza tanto al cumplimiento de las obligaciones preventivas genéricas –observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten, respetar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias impuestas, y velar por su propia seguridad y salud y por la de otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo (art. 29.1 LPRL)– como de las específicas –usar adecuadamente la maquinaria, equipos y cualquier medio con los que desarrolle su actividad, los sistemas y equipos de protección facilitados por el empresario de acuerdo a sus instrucciones, y no poner fuera de funcionamiento y emplear de modo adecuado los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen–, de acuerdo a su capacidad y aptitud para hacer frente a los riesgos, y conforme a su formación y a las instrucciones del empresario⁽⁹²⁾.

Obviamente, el incumplimiento de estos deberes puede acarrear sanciones al trabajador, pero no sólo eso, la relevancia del incumplimiento puede tener repercusión en la condena penal del empresario. De hecho, tradicionalmente la jurisprudencia, cuando en la producción del resultado lesivo concurría la propia conducta descuidada o negligente de la víctima, echaba mano de la denominada doctrina de

(92) En el supuesto de una situación que entrañe un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores, deberá ser puesto en conocimiento de manera inmediata a su superior jerárquico directo, a los trabajadores designados para realizar actividades de protección o prevención, y, en su caso, al Servicio de Prevención. Por lo que respecta a los deberes de cooperación con el empresario y de colaboración con la Administración Pública, sus obligaciones se recogen en los puntos 5 y 6 del artículo 29 párrafo segundo, pudiendo, en caso de considerar que las medidas adoptadas no fuesen lo suficientemente efectivas, acudir a la Inspección de Trabajo (art. 40 LPRL).

la *concurrencia de culpas*, para reconsiderar la responsabilidad del empleador⁽⁹³⁾. Tal doctrina, aplicada de manera general al ámbito de la imprudencia, suponía la realización de un examen separado de las conductas concurrentes y la determinación de la importancia de cada una de ellas en la producción del resultado, lo que conllevaba la admisión práctica de la denominada «compensación de culpas». El mero concurso de culpa en la forma de actuar de la víctima no exoneraba de responsabilidad penal al sujeto activo de manera inmediata, pero cuando su influencia era muy relevante en el resultado producido, podía debilitar y degradar la responsabilidad empresarial, llegando incluso en los casos de magnitud superior a determinar la directa exoneración del agente⁽⁹⁴⁾.

A nuestro entender, a día de hoy⁽⁹⁵⁾, y a la luz de las actuales configuraciones del tipo penal, la incidencia de la imprudencia del trabajador debe necesariamente conectarse con la conducta empresarial. Si el empresario ha incurrido en una infracción preventiva grave con puesta en peligro de los trabajadores parece razonable que la conducta imprudente del trabajador pueda, en su caso, atenuar la intensidad de la pena, pero no eximirle de responsabilidad⁽⁹⁶⁾. Cuestión distinta, claro está, es que el accidente haya traído causa exclusiva en la conducta del trabajador, sin infracción preventiva empresarial de ningún género. En este caso, habrá que absolver al empresario, pero no por una compensación de culpas, sino por la ausencia de culpa en una de las partes (el empresario), es decir, por la no conformación del tipo penal⁽⁹⁷⁾.

(93) Sobre esta temática, puede verse, Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, «Responsabilidad civil del empresario y obligación de prever las distracciones e imprudencias no temerarias», en VV.AA., *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales: XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, 2013.

(94) Algunas STS, Sala Penal, dictadas entre los años 1957 y 1977 consideraron que se producía tal ruptura del nexo causal cuando el trabajador sufría el accidente al actuar contra las prohibiciones expresas de los responsables, y en otros casos, se degradó tal responsabilidad cuando, sin contravenir órdenes específicas, el mismo trabajador había propiciado una situación de riesgo concreto con su actuar previo (STS 1134/90, de 30 de marzo, 4191/90, de 22 diciembre o 3690/91, de 20 de noviembre).

(95) STS, Sala Penal, 1611/00, de 19 de octubre, 1654/01, de 26 de septiembre, o SAP Madrid 85/04, de 23 de febrero.

(96) La cuestión no es pacífica en la doctrina. Para algunos autores, atendiendo a la amplia normativa actual en materia de prevención de riesgos queda poco margen al significado de la culpa del trabajador cuando se han incumplido las normas de prevención de riesgos, pero para otros sigue siendo procedente aplicar la compensación a través de la teoría directa de la causa eficiente. Sobre este debate doctrinal, ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, 1981, pág. 202; LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso...*, *op. cit.*, pág. 527; AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra...*, *op. cit.*, pág. 418-419.

(97) Si, como regla general, no cabe en el Derecho penal la compensación de culpas, en el específico ámbito de la seguridad en el trabajo esta regla debe interpretarse con criterios aún más rigurosos, que llevan a relativizar la relevancia del comportamiento del trabajador no sólo en el momento de constar la existencia de imprudencia, sino a la hora de valorarla. Y ello es así porque el deudor de seguridad es el obligado de garantizarla aplicando la diligencia exigible, mientras que el trabajador, que tiene deberes relativos a su propia seguridad, no es deudor de la misma frente a nadie. Por tanto, la asunción de riesgos desmesurados no puede dar lugar a exigirle responsabilidad criminal, es obvio; técnicamente, no se trata de compensar culpas penales concurrentes, sino de valorar en su contexto la conducta imprudente del deudor de seguridad.

Dicho de otro modo, el incumplimiento preventivo por parte del empresario si tiene la gravedad –referida al peligro– que el CP exige será constitutivo de delito, medie o no imprudencia del trabajador, porque será tal inobservancia grave de las normas que ha derivado en la puesta en riesgos la que habrá de juzgar el juez penal, haya sido ésta o no la causa del accidente laboral– de hecho, ya dijimos que es posible que se incurra en el tipo penal sin que llegue a producirse ningún accidente. Es decir, para exigir responsabilidad penal al empresario no habrá que probar la relación de causalidad entre el accidente (de producirse éste) y la infracción preventiva, porque es en sí misma esta última (la infracción) la que genera responsabilidad⁽⁹⁸⁾. Y si no hay peligro grave sancionable penalmente, es irrelevante que la causa del accidente sea o no la imprudencia del trabajador, pues esta consideración tendrá trascendencia a otros efectos –de sanciones administrativas o de Seguridad Social–, pero no a los penales que aquí interesan⁽⁹⁹⁾.

Ahora bien, a la hora de evaluar si efectivamente se ha producido un peligro grave derivado de un incumplimiento preventivo sí puede tener relevancia el tipo de imprudencia en el que ha podido incurrir el trabajador. No se olvide que según dispone el artículo 15.4 LPRL «La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador». De este precepto se puede deducir la obligación empresarial de adoptar las medidas preventivas tomando en cuenta la posibilidad de que los trabajadores incurran en imprudencias no temerarias, pudiendo entenderse que la ausencia absoluta de tal consideración, esto es, prescindir de la posible concurrencia de imprudencias no temerarias en la valoración de riesgos, es una forma más de poner en grave peligro la seguridad y la vida de los trabajadores, por incumplimiento de las medidas preventivas.

En este punto concreto se hace obligada la distinción entre la imprudencia profesional, y la equivalente a la culpabilidad⁽¹⁰⁰⁾, o imprudencia temeraria⁽¹⁰¹⁾, que es la omisión por parte del trabajador de la más elemental de las diligencias, identificándola el Tribunal Supremo como aquella que excede de la mera imprudencia grave o infracción

(98) Sobre la problemática de las cargas probatorias, IGARTUA MIRÓ M.T., «Carga de la prueba en responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional y tutela de la seguridad y salud en el trabajo en España», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 2, n.º 2, 2014, págs. 1-30.

(99) Sobre la posibilidad del trabajador de oponerse a las órdenes empresariales que pueden conllevar un ilícito penal, véase, por ejemplo, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Derechos de los trabajadores ante las órdenes empresariales medioambientalmente injustas», *RDS*, n.º 78, 2017, págs. 43-ss.

(100) COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTÓN T.S., *Derecho Penal, Parte General* Tirant lo Blanch 1990 págs. 471 (entienden que esta imprudencia debe ser entendida desde dos elementos, como infracción del deber de cuidado y la previsibilidad de resultado).

(101) La jurisprudencia añade una tercera categoría de imprudencia, la denominada simple. Se trata de la que comprende conductas derivada del cansancio, los despistes y las simples distracciones, tal y como sugiere el artículo 15.4 de la LPRL al referirse a «imprudencias no temerarias», pudiendo identificarse con la conducta poco cuidadosa del trabajador, exenta de temeridad y desvinculada de la prestación de servicios. Pero a los efectos que aquí interesan tendría la misma consideración que la profesional (ALONSO OLEA M. Y TORTUERO PLAZA J.L., *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 83).

de reglamentos⁽¹⁰²⁾. Nuestros Tribunales entienden que esta modalidad supone la asunción de riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves, ajenos a la conducta usual de las personas, constituyendo un patente y claro desprecio tanto al riesgo como al más elemental de los cuidados, poniéndose el trabajador de manera consciente y caprichosa ante un peligro cierto⁽¹⁰³⁾, y que, en caso de producirse, podría llegar a descartar la responsabilidad de sus superiores.

Por el contrario, la imprudencia profesional, es aquélla que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira por la repetición de los mismos actos y de los que, al resultar monótonos, resulta una disminución de la atención exigida, considerando improbable que acaezca un accidente⁽¹⁰⁴⁾, no existiendo, por tanto, la conciencia de un posible riesgo⁽¹⁰⁵⁾. Este tipo de imprudencia es el que el empresario debe prever a la hora de adoptar las medidas preventivas necesarias. Es más, si el empleador conoce el comportamiento descuidado del subordinado, está obligado a adoptar las medidas oportunas y hacer cumplir sus disposiciones, so pena de incurrir en la infracción de su deber de cuidado, pudiendo incluso, exigirle de manera coactiva el cumplimiento exacto de las cautelas y prevenciones establecidas⁽¹⁰⁶⁾. Desde esta perspectiva, la imprudencia profesional no puede tener repercusión de ningún género en la consideración penal de la responsabilidad empresarial, porque entre las obligaciones preventivas del empresario está prever las imprudencias profesionales y, en la medida de lo posible, atajarlas.

La imprudencia temeraria, sin embargo, sí puede tener alguna relevancia desde la responsabilidad penal del empresario. En la medida en que es imprevisible, el empleador no puede prepararse de ninguna manera frente a ella, de modo que, como se dijo, si la imprudencia temeraria se combina con una ausencia absoluta de infracción preventiva por parte del empresario no se generará ninguna responsabilidad empresarial, acontezca o no el accidente, que además, de producirse, por el juego del art. 156.4 LGSS(RD-Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social), no podrá ser considerado como accidente laboral, pues la imprudencia quiebra el nexo causal entre la lesión y el trabajo⁽¹⁰⁷⁾. Si, por el

(102) STS Sala Social 711/88 social, de 10 de mayo.

(103) SSTS, Sala Social, 711/88, de 10 mayo, de 18 septiembre 2007, RC 3750/06, STSJ, Sala Social, Aragón 849/08, de 5 de noviembre, Castilla León (Burgos) 907/04, de 28 de diciembre.

(104) STSJ, Sala Social, Castilla La Mancha 472/06, de 16 de marzo.

(105) STSJ, Sala Social, Madrid 640/06, de 18 de septiembre; en el mismo sentido STSJ Madrid 875/03, de 23 junio.

(106) SAP Cantabria Sección 4.ª 38/04 de 31 marzo.

(107) STS, Sala Social de 18 de septiembre 2007, RC 3750/06. A los efectos estrictamente laborales, y teniendo en cuenta las características configuradoras de esta clase de imprudencia, puede decirse que la imprudencia es exonerante si el acto es grave, anormal y extraordinario, no guarda relación alguna con el trabajo a realizar, si consistió en una imprudencia extra profesional o si, además, de temeraria, sólo mantiene una conexión remota con el trabajo, siendo un acto innecesario para la actividad laboral (STSJ, Sala Social, Madrid 1789/06, de 18 de septiembre). Es fácilmente comprensible que si la imprudencia temeraria rompe el nexo causal ente trabajo y lesión, confiriendo naturaleza común al accidente, debe ser objeto de apreciación

contrario, la imprudencia temeraria se combina con la infracción grave de medidas preventivas con puesta en peligro del trabajador por parte del empresario, éste será penalmente responsable, porque el tipo del art. 316 CP se habrá conformado, pero a la hora de calificar las consecuencias de la culpabilidad empresarial, en la valoración del resultado final –en su caso, accidente con lesiones o fallecimiento– deberá tomarse en consideración la conducta temeraria del trabajador, a efectos de mermar al menos la responsabilidad civil del empresario en la generación del resultado dañoso, que no en la consumación del tipo penal⁽¹⁰⁸⁾.

Es cierto que la distinción entre la imprudencia temeraria y la profesional no siempre es sencilla en la práctica, sobre todo en algunos contextos profesionales⁽¹⁰⁹⁾. De hecho, cabría plantearse si la imprudencia profesional puede en algún caso ser temeraria si el trabajador omite las más elementales normas de precaución de modo consciente confiando en su propia capacidad o habilidad personal. La respuesta, que, en principio pudiera ser afirmativa, debe ser, no obstante, negativa: la imprudencia temeraria ha de tener por causa motivos extralaborales; si el empleado se coloca en situación de alto riesgo en interés de una mejor o más rápida realización de su labor, lo que en cualquier otro ámbito sería una clara temeridad, aquí debe ser calificada como imprudencia profesional⁽¹¹⁰⁾, con las consecuencias descritas desde el prisma de la responsabilidad penal empresarial⁽¹¹¹⁾.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ILÍCITO PENAL

La última cuestión a la que debe hacerse referencia es la relativa a las consecuencias civiles que la comisión del ilícito penal laboral puede traer consigo. Es una obviedad que la existencia de un accidente de trabajo puede generar una obligación de reparación pecuniaria de los daños y perjuicios causados. Ahora bien, el alcance y configuración de esta responsabilidad, que emerge con

siempre restrictiva, no presumiéndose nunca (MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. y VELASCO PORTERO T., «El accidente de trabajo en la más reciente jurisprudencia», *Actualidad Laboral*, n.º 10, 2008, pág. 1194; STSJ, Sala Social, País Vasco n.º 1988/05, de 6 de septiembre).

(108) Sobre la irrelevancia de la autopuesta en peligro como circunstancia que exima de responsabilidad penal, VARELA CASTRO L., «Los delitos contra la vida y la integridad física...», *loc. cit.*, pág. 42-43 y 72.

(109) ALONSO OLEA M. Y TORTUERO PLAZA J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 1995, pág. 79.

(110) SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «La Imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 84, 2009, citando a SÁNCHEZ ICART, F.J., «La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo», en VV.AA., *Hacia una legislación integral sobre accidentes de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ, 2007 pág. 115; TERRADILLOS BASOCO, J., *Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional. Concurrencia de culpas*, CGPJ, 2005. Este hecho tiene importancia práctica, sobre todo a los efectos del pago del recargo de prestaciones, permitiendo modularlas, que no excluirlas (STSJ, Sala Social, Andalucía –Málaga– n.º 1044/03, de 2 de junio o Cantabria 1274/05, de 12 de diciembre, entre otras).

(111) SAP Málaga de 30 de septiembre de 2016, RC Apelación 72/16.

independencia de que se hayan o no abierto diligencias penales o haya recaído sanción administrativa, no puede correr la misma suerte si el accidente resulta de la posible comisión de un delito que si no es así, entre otras razones por la imposibilidad de duplicar las reclamaciones para obtener la satisfacción plena del daño⁽¹¹²⁾. Es por ello por lo que, aunque las cuestiones problemáticas que rodean esta reclamación son múltiples y todas de innegable interés, por obvias razones de espacio nos limitaremos a algunas estrictamente relacionadas con su gestión procesal y que guardan relación directa con la configuración subjetiva del tipo que se ha analizado en el apartado anterior.

1. Ejercicio efectivo de la acción de reclamación por daños. ¿Contra quién se acciona?

Como es lógico, la legitimación activa para iniciar la reclamación pecuniaria corresponderá al trabajador accidentado o a sus causahabientes en caso de fallecimiento de éste. La legitimación pasiva, sin embargo, requiere de alguna precisión. Con carácter general, «toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios» (art. 116.1 CP), porque según dispone el ar. 109.1 CP «La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados». Ello significa que en la vía penal el juez identificará al sujeto activo del delito contra la seguridad de los trabajadores, en los términos que se vieron en su momento, y éste será el responsable civil principal de la reparación del daño.

Cuando el sujeto activo del delito es el empresario persona física, la reclamación de responsabilidad civil se dirigirá también contra él, sin mayor dificultad (salvo los ya comentados casos de delegación exonerante, en los que se accionará frente al sujeto que asume la delegación). Pero en el caso de que el delito se cometa en una empresa corporativa, el juez identificará el sujeto activo conforme a las reglas de determinación subjetiva del tipo penal que se vieron en su momento, debiendo accionar contra él el trabajador o su familia. Pero no se acaba en dicho sujeto la responsabilidad civil, ya que según dispone el artículo 120.4 CP son responsables civiles «Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios». De lo que se deriva que, aunque el empresario persona jurídica pueda no ser el responsable penal del accidente, ello no le exime de la obligación de asumir una posible responsabilidad civil subsidiaria por la comisión de un delito contra la seguridad de los trabajadores por parte de quien finalmente fuese declarado responsable criminal. De modo que deberá también accionarse contra la empresa corporativa, a fin de obtener la reparación pecuniaria del daño.

(112) STS, Sala Social, de 22 de diciembre 2014 Rec 3364/13 o de 3 de octubre 2017 RC 2008/15.

2. ¿Ante qué orden jurisdiccional se puede reclamar? La reserva de acciones y el efecto de cosa juzgada

El ejercicio de la responsabilidad civil derivada del accidente laboral con comisión de un delito contra la seguridad de los trabajadores puede, a día de hoy, transitar por dos vías distintas, a saber: ser ejercida dentro del proceso penal, o bien tramitarse en una reclamación específica. Así, dispone el artículo 109.2 CP, que «El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil». La literal lectura del precepto nos llevaría a pensar que el perjudicado por el delito contra la seguridad de los trabajadores debe acudir a la jurisdicción civil si quiere obtener una reparación pecuniaria separada del daño. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que tras la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre), este orden judicial es el competente para el conocimiento de cuantas cuestiones derivan del accidente de trabajo (a salvo de las penales) (art. 2.b), sin que resulte, por ende, apropiado ya acudir a la jurisdicción civil para reclamar una indemnización por daños derivados de esta causa⁽¹¹³⁾. Así las cosas, si la comisión del delito previsto en los artículos 316 y 317 CP deriva en un accidente de trabajo la indemnización por daños que puede reclamarse al empresario (en los términos vistos), será conocida por el juez penal o por el social.

En efecto, los damnificados por la comisión del ilícito penal tienen dos opciones: ejercitar las acciones civiles junto con las penales⁽¹¹⁴⁾, que es lo más habitual, o segregarlas, para su ejercicio en el orden social. Para que esta segunda opción sea viable, la parte actora habrá tenido que realizar la correspondiente reserva en la vía penal de las acciones civiles, pues de no hacerlo expresamente, se entiende que la reclamación pecuniaria del daño va unida a la penal.

Esta posibilidad de reservarse las acciones civiles para su ejercicio fuera del proceso penal obliga, en primer término, a plantearse en qué momento puede ejercitarse dicha reclamación. Para evitar la simultaneidad judicial sobre los mismos hechos, la relación existente entre los artículos 40 LEC, y 111 y 112 LECR, conlleva que la acción civil se interrumpa en tanto no se dicte sentencia en el ámbito penal⁽¹¹⁵⁾, aun cuando el artículo 86.1 de la LRJS 36/2011 de 10 de octubre, disponga de modo categórico que en ningún caso se suspenderá el procedimiento laboral por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos. Ciertamente, parece razonable entender que una reserva de acciones civiles debe conllevar la espera a que se dicte la decisión penal.

(113) Sobre esta problemática, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. Y DE CASTRO FERNÁNDEZ L.F., *Accidente de Trabajo: Procedimientos administrativos y soluciones procesales*, Claves Prácticas Francis Lefebvre, 2018, pág. 284-ss.

(114) Recordemos que el Ministerio Fiscal está obligado, haya o no acusación particular, a ejercer la acción civil, salvo renuncia o reserva expresa (STC 17/2008).

(115) Tal es así que se impide que pueda comenzar a correr el plazo prescriptivo de la acción sobre reclamación de daños derivados del evento dañoso en la vía social (STS, Sala Social, 12 de febrero 1999 RC 1494/98; de 6 de mayo de 1999, RC 2350/97; de 20 de abril de 2004, RC 1954/03; de 17 de febrero de 2014, RC 444/13) en tanto no haya sido declarada la firmeza del pronunciamiento penal.

De otra parte, si no se reservan las acciones no cabrá exigir en una demanda social posterior su reclamación, pues la acción civil se entiende agotada ya en la vía penal⁽¹¹⁶⁾, al tratarse de pretensiones de la misma naturaleza⁽¹¹⁷⁾. En efecto, en principio, si no se produce esta esencial reserva, la decisión penal sobre la reparación civil del daño producirá efecto de cosa juzgada en la vía social, cerrando la puerta a un nuevo conocimiento judicial de la reclamación⁽¹¹⁸⁾. Ahora bien, esta afirmación requiere de alguna matización o aclaración. Primero, la cosa juzgada negativa, preclusiva de cualquier proceso ulterior, según dispone el artículo 222.º LEC exige identidad de sujetos, objeto y causa de pedir⁽¹¹⁹⁾. Tal identidad debe entenderse concurrente en el caso que nos ocupa cuando lo que se pretende en el pleito social es obtener una indemnización del empresario como consecuencia del daño causado con el accidente laboral, y ello con independencia de que en la vía penal la responsabilidad empresarial no sea penal sino estrictamente civil subsidiaria, en los términos señalados.

En segundo lugar, el juego de tal efecto de cosa juzgada expuesto únicamente tiene sentido cuando la sentencia penal es condenatoria, de modo que se aprecia la comisión del delito y la responsabilidad civil derivada del mismo (asumida como principal por el sujeto activo del ilícito y subsidiaria por el empresario). Pero si la sentencia penal es absolutoria, sin reserva expresa de acciones civiles, la solución será diferente. Así, si la resolución penal fue absolutoria, y, por ello, no entró a examinar cuestiones referidas a acciones civiles derivadas, podría acudir posteriormente a la vía social con el propósito de obtener una indemnización, pues las acciones civiles habrán quedado imp juzgadas⁽¹²⁰⁾, haya o no habido reserva de acciones.

(116) STS, Sala de lo Civil, de 3 de febrero 2012 RC 1589/2009, en consonancia con el artículo 112 LECR, y de la Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2014, RC 3364/13.

(117) STS, Sala Social, 30 de junio de 2010 RC 4123/08.

(118) STS, Sala Social, 3 de octubre 2017 RC 2008/15.

(119) En ello insiste la Sala de lo Social del STS de 15 de diciembre de 2008, RC 14/07. Ciertamente, cuando se pretende la entrada del efecto negativo de la cosa juzgada, la jurisprudencia social —cierto es que con carácter general, no referido al caso que nos ocupa— es tajante al exigir que el objeto de este segundo proceso sea «idéntico» al primero; identidad que tiene que proyectarse sobre todos los elementos de la pretensión, es decir, sobre los sujetos, el objeto y el fundamento de aquella, lo que no sucede en el efecto positivo de la cosa juzgada, en el que, conforme al número 4 del artículo citado de la LEC, concurre la identidad subjetiva y una cierta identidad en los fundamentos en la medida en que lo decidido en la primera sentencia actúa como «antecedente lógico» para la segunda, pero no hay identidad en los objetos de lo pretendido (STS de 27 de marzo de 2013, RC 1917/2012; 13 de marzo de 2014, RC 1287/13, 27 de octubre de 2015, RC 373/14). Aunque esta misma doctrina apuesta por mitigar el rigor en la apreciación de las identidades, con especial incidencia en la subjetiva pues, en este precepto, en relación con el artículo 10 del propio texto legal, la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes, tanto de las que comparezcan y actúen en juicio como a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso (SSTS de 20 de octubre de 2004, RC 4058/03; 24 de enero de 2005, RC 5204/03; 3 de mayo de 2010, RC 185/07; 9 de diciembre de 2010, RC 46/09; 18 de abril de 2012, RC 163/11; 26 de diciembre de 2013, RC 386/13; 4 de noviembre de 2014, RC 3226/13; 10 de marzo de 2015, RC 597/14; 10 de noviembre de 2015, RC 360/14; 27 de octubre de 2015, RC 373/14).

(120) STS, Sala Social, 22 diciembre 2014 RC 3364/13.

Cuestión distinta es que la sentencia penal absolutoria se hubiese fundamentado en la inexistencia misma de los hechos, no ya en la insuficiencia de los mismos para constituir delito. En estos casos, si el juez penal considera que no ha habido incumplimiento preventivo alguno por parte del empresario (ni de las personas físicas obligadas), esta apreciación, lógicamente, debe vincular positivamente al juez social que no podrá, en consecuencia, fundar responsabilidad civil alguna en la existencia de hechos declarados inexistentes⁽¹²¹⁾. Ello pese a que los actuales criterios de imposición de responsabilidad por daño derivado del accidente de trabajo que maneja hoy la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Esta jurisprudencia había sostenido tradicionalmente que la responsabilidad civil por el accidente de trabajo es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional⁽¹²²⁾, pero en los últimos años ha venido abandonando esta rigurosa –por subjetiva– concepción, insistiéndose en la simple exigencia de culpa sin más, aunque con exclusión de la responsabilidad objetiva en sentido estricto⁽¹²³⁾.

3. Determinación cuantitativa de la indemnización

La última cuestión a la que debe hacerse referencia es la relativa a la cuantificación del daño, que debería conformarse en atención a las mismas reglas tanto si la decisión la adopta el juez penal, como si lo hace el social, por mediar reserva de acciones. El principio que debe regir a la hora de su concreción cuantitativa es el de reparación íntegra del daño (art. 1101 CC), tratándose de una cuestión no tan sencilla, en principio, ya que el ordenamiento español carece de instrumentos para determinar objetivamente el valor económico que pueden tener tanto los daños físicos como los morales, exigiendo tan sólo que el Juzgador valore la realidad de los mismos en el concreto e individual supuesto que se le plantea, sin que apriorísticamente se deba atender a ningún límite en la fijación de la compensación económica final.

Para salvar tal carencia⁽¹²⁴⁾, el orden social de la jurisdicción acude frecuentemente al baremo de accidentes de tráfico, a efectos de cálculo de tales indemnizaciones de manera orientativa⁽¹²⁵⁾, y los jueces penales empiezan también a emplearlo. El sistema indemnizatorio a que nos estamos refiriendo está recogido en el RDL 8/2004 de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que diferencia en su artículo 34 tres objetos de valoración– muerte, secuelas y lesiones temporales– y tres clases de perjuicios– personales, particulares y patrimoniales–, ordenándose en su artículo

(121) STC 15/2002 o STC 17/2008. En este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. Y DE CASTRO FERNÁNDEZ L.F., *Accidente de Trabajo...*, *op. cit.*, pág. 284-285.

(122) SSTS 7 de febrero de 2003 RC 1648/02, o 22 enero 2002 RC 471/02, entre otras.

(123) SSTS 14 de julio 2009 RC 3576/08 o 23 de julio 2009 RC 4501/07, entre otras.

(124) STS 2 de febrero 1998 RC 124/1997; STS 17 de febrero 1999 RC 2085/1998.

(125) AP Tarragona 15/06/2007 EDJ 164920.

49.1 que anualmente han de ser publicadas las nuevas cuantías indemnizatorias actualizadas⁽¹²⁶⁾.

En todo caso, por lo que a este estudio interesa, conviene reparar en que el objetivo es la reparación plena referida, por lo que decida sobre ella el juez social o el penal, la indemnización habrá de ser siempre adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar o compensar todos los daños y perjuicios sufridos que queden acreditados en la esfera personal, laboral, familiar y social, exigiéndose una proporcionalidad entre el daño y su reparación, de tal modo que los perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena⁽¹²⁷⁾. Ello se traduce en la necesidad de descontar en la determinación del montante indemnizatorio⁽¹²⁸⁾, tanto los importes de las prestaciones de Seguridad Social por conceptos homogéneos –no así los que no guarden tal homogeneidad⁽¹²⁹⁾–, como los generados por la existencia de seguros privados del empresario (aseguramientos de indemnizaciones por daños en sentido estricto o mejoras convencionales de las prestaciones)⁽¹³⁰⁾.

Ahora bien, y de esto no debe olvidarse tampoco el juez penal que calcula la indemnización, del monto final no cabe descontar el importe del llamado recargo de prestaciones⁽¹³¹⁾, que como se sabe es un porcentaje de la prestación de Seguridad Social fijado en una horquilla que va desde el 30 al 50% y que está llamado a abonar directamente el empresario infractor (no penal, sino administrativamente por comisión de una infracción de la legislación preventiva), sin

(126) Por ejemplo, para este año, se encuentran en la resolución de 31/01/18 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

(127) STS 17 de febrero 1999 RC 2085/1998.

(128) Muy extensamente sobre esta cuestión, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. Y DE CASTRO FERNÁNDEZ L.F., *Accidente de Trabajo...*, *op. cit.* pág. 286-ss.

(129) AP Cádiz 15 de septiembre 2015 RC Rec 107/15. En este punto ha existido una evolución jurisprudencial, ya que inicialmente se había optado por un tratamiento separado entre la indemnización satisfecha y cualquier clase de suma pecuniaria percibida con cargo a la Seguridad Social, de modo que la primera podía calcularse sin tener en cuenta a esta segunda. Es a partir de la STS 17 de febrero 1999 RC 2085/1998, de las que, por ejemplo, la STS de 9 de octubre de 2001 RC 159/01 o de 24 de julio 2008 RC 1899/01 son reflejo, cuando cambia tal criterio, entendiéndose que debe existir una plena interdependencia entre la una y la otra, ya que, cuando el accidentado se dirige al empresario por la compensación de lo no resarcido, el daño ya se ha limitado, dado que una parte del mismo ya fue indemnizada, constituyendo lo opuesto una «sobre indemnización». Con todo, siguen existiendo voces discrepantes, que siguen decantándose por una compatibilidad entre las mismas (AP Burgos 3 de septiembre 2010, RC 53/10). En todo caso, en la Sala Social, del TS es consolidada y pacífica la doctrina que sostiene el descuento de las prestaciones siempre que responda a conceptos homogéneos, partiendo de que el daño es único (por todas, SSTS de 17 de julio de 2007, RC 513/06; 3 de octubre de 2007, RC 2451/06; 30 de enero de 2008, RC 414/07; 14 de julio de 2009, RC 3576/08; 23 de julio de 2009, RC 4501/07; 17 de febrero de 2015, RC 1219/14; y 12 de septiembre de 2017, RC 1855/15. En este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. Y DE CASTRO FERNÁNDEZ L.F., *Accidente de Trabajo...*, *op. cit.* pág. 286.

(130) AP Castellón 9 de enero 2017, RC 570/16.

(131) Así vienen entendiéndolo también los jueces penales cuando fijan el importe de la indemnización. Por todos, AP Cádiz 15 de septiembre 2015, RC 107/15; AP Castellón 9 de enero 2017, RC 570/16.

posibilidad de cesión ni aseguramiento de ningún género (art. 164.2 LGSS). No en vano, el recargo tiene una naturaleza híbrida, entre la prestación y la sanción, y si se descontase de la indemnización por daños se eliminaría toda su eficacia disuasoria o preventiva⁽¹³²⁾.

De otra parte, y en cuanto a la concreta gestión práctica de la cuantificación de la indemnización, es preciso tener en cuenta que las decisiones judiciales sobre las prestaciones y el recargo no quedan, en modo alguno, condicionadas temporalmente por el proceso penal⁽¹³³⁾. Ello quiere decir que ambas (prestaciones y recargo) se reconocen de forma relativamente paralela a la decisión sobre la indemnización, decidiéndose normalmente con anterioridad a esta última, pues, en tanto no se determine el alcance final del daño (y de su reparación vía prestaciones de Seguridad Social), no podrá cuantificarse y, en consecuencia, obtenerse una compensación pecuniaria. Así las cosas, normalmente cuando el juez conoce de la responsabilidad civil –ya sea el penal, ya sea, por reserva de acciones, el social–, las prestaciones que ha de descontar del monto final ya han sido cuantificadas.

Por último, recuérdese que según la doctrina iuslaboralista, al tener la indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios carácter de deuda de valor⁽¹³⁴⁾, su cuantía ha de determinarse con referencia no a la fecha en la que se produzca la causa determinante del perjuicio, sino a la fecha en que recaiga en definitiva la condena a la reparación, o, en su caso, a la que se liquide su importe en el período de ejecución de la sentencia, por cuanto dejar limitados los módulos cuantificados a la fecha del hecho significaría causar un perjuicio al accidentado, que vería minorado su patrimonio⁽¹³⁵⁾.

(132) Por todas, STS, Sala Social, 9 de octubre de 2001, RC 159/01; 21 de febrero de 2002, RC 2239/02; 22 de octubre de 2002, Rec 526/02; 1 de junio de 2005, RC 1613/04; 17 de julio de 2007, RC 513/06; 14 de julio de 2009, RC 3576/08; 23 de julio de 2009, RC 4501/07; y 23 de junio de 2014, RC 1257/13.

(133) Téngase en cuenta que la jurisprudencial social ha entendido que el inicio de diligencias penales no suspende el procedimiento para imponer recargo, de hecho, el art. 16.2 de la Orden Ministerial que desarrolla el RD 1300/1995, de procedimiento de incapacidad permanente, que preveía tal suspensión, fue declarado ultra vires (TS 17 de mayo de 2004, RC 3259/03; 8 de octubre de 2004, RC 4552/03; 25 de octubre de 2005, RC 3552/04; 18 de octubre de 2007, RC 2812/06; 13 de febrero de 2008, RC 163/07; 2 de octubre de 2008, RC 1964/07; 7 de julio de 2009, RC 2400/08; 17 de julio de 2013, RC 1023/12). Consecuencia de ello, se niega que al recargo le sea aplicable el principio non bis in ídem (TS, Sala Social, 18 de octubre de 2007, RC 2812/06). Sobre toda esta temática, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. Y DE CASTRO FERNÁNDEZ L.F., *Accidente de Trabajo...*, op. cit., pág. 49-ss.

(134) Por todas las sentencias, véase, la recientísima sentencia del TS, Sala Social, de 18 de julio de 2018, RC. 1064/2017.

(135) MARTÍNEZ LUCAS J.A., *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen Legal, criterios jurisprudenciales*. Práctica de Derecho, Valencia, 1996, pág. 212.

V. A MODO DE BALANCE FINAL

Como se ha podido constatar a lo largo de este artículo, son múltiples y variadas las cuestiones que envuelven las consecuencias penales de un accidente laboral. Algunas francamente controvertidas, resultando muy difícil optar por una solución única, concreta y cerrada, como sucede, por ejemplo, con la temática del concurso delictivo entre el tipo específico laboral de riesgo y los de homicidio o lesiones.

Tampoco es sencillo ofrecer reglas generales y absolutas sobre los sujetos penalmente responsables del suceso, ni en los casos en los que ha medido delegación, ni cuando se produce el accidente en el marco de una persona jurídica. Las referencias legales a la responsabilidad subjetiva no sólo de los administradores o encargados del servicio, sino también a otros sujetos que pueden tener, de facto, un papel protagonista en la efectividad de la prevención de riesgos en la empresa, abre un abanico considerable de posibilidades en cuanto a la imputación penal de individuos, en principio, ajenos a la estructura directiva de la comercial. En todo caso, recuérdese que por estos delitos la persona jurídica no puede ser declarada penalmente responsable, pero ello no es óbice para que a la empresa, sociedad corporativa, se le puedan imponer otras medidas accesorias, en algunos casos con consecuencias de enorme calado en el ordinario desenvolvimiento de la actividad productiva, en tanto que puede conllevar incluso una suspensión o cierre temporal de la comercial.

Igualmente problemática resulta la determinación del impacto que en la responsabilidad penal del empresario haya de tener la conducta del propio trabajador accidentado, según que se trate de una imprudencia temeraria o simplemente profesional. En esta materia resulta imprescindible, como se vio, distinguir entre las consecuencias que la imprudencia temeraria puede tener en la calificación social del accidente, y la repercusión que haya de atribuírsele en el orden penal.

Por último, como se ha advertido, tampoco está exenta de problemática la gestión procesal de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal, pues el juego de la reserva de acciones puede conllevar la decisión por el orden social de dicha responsabilidad pecuniaria, que además podrá exigirse con carácter subsidiario al empresario, aunque éste no sea el responsable penal del accidente. En estos casos, entrarán a escena todas las reglas de apreciación del efecto de cosa juzgada de la decisión penal en el pleito social, en función de si la responsabilidad civil ha quedado o no prejuzgada.

En suma, aunque no era el propósito de este trabajo ahondar en toda la problemática resultante de la sanción penal del accidente laboral, ha de servir, sin duda, al lector para hacerse una idea más que aproximada de lo complejo que resulta la gestión práctica de tal sanción. Y éste, como dijimos al comienzo, era el objetivo final de estas líneas.

PRINCIPALES NOVEDADES DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 9/2017⁽¹⁾

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LAS PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA VISIÓN «RÁPIDA».
 - 1. **El principio de integridad «versus» conductas corruptas o clientelares.**
 - 2. **La «visión estratégica de la contratación pública» como nuevo paradigma.**
 - 3. **La uniformidad jurídica con independencia de la naturaleza del poder adjudicador.**
 - 4. **Nueva regulación de la cooperación horizontal y vertical.**
 - 5. **Depuración conceptual de los tipos contractuales desde la perspectiva europea.**
 - 6. **Hacia una contratación pública más transparente.**
 - 7. **Nueva arquitectura del sistema de control previo vía recurso especial.**
- III. CONCLUSIÓN: HACIA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA TRANSPARENTE Y RESPONSABLE.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 9/2017, de Contratos del sector Público encuentra su fundamental justificación en la necesidad de transposición de Directivas europeas de cuarta generación de contratación pública, de 2014 que contienen una novedosa regulación en clave de visión estratégica⁽²⁾. Obviamente, en la lógica de una correcta transposición de

(1) Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado «La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos» DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor.

(2) Sobre el contenido de estas Directivas me remito a: J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público*

las Directivas europeas de contratación, no puede desconocerse la existencia de un derecho pretoriano que vertebra el sistema⁽³⁾. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante «fuente de derecho», ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos «comunitarios» deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE⁽⁴⁾. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión «local» de las normas de contratos públicos⁽⁵⁾. Existe, en consecuencia, una «armonización» a escala de

como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Aranzadi, Cizur Menor, 2014; J.A. MORENO MOLINA, «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J.A. MORENO MOLINA, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M.M. RAZQUIN, «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», RAP núm. 196, 2015, pp. 97-13 y. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M.A. BERNAL BLAY, «La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J.A. MORENO MOLINA, «El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación» en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II. Una visión crítica sobre los objetivos de estas Directivas puede verse en el estudio del profesor J. SANTAMARIA PASTOR, «Contratos del sector público y derecho de la Unión», RAP núm. 200, 2016, pp. 83-102.

(3) Vid. J.M. GIMENO FELIU, «La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», REDA núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CÓRCOLES, «Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública», en libro colectivo dirigido por M. Almeida e I. Martín, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. M. COZZIO, «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; pp. 89-116. Más recientemente, el libro colectivo (A. Benachio, M. Cozzio y F. Titomanlio) *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea, Tomo I*, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici. Universidad de Trento, 2016. De especial interés el trabajo de D. BERBEROFF AYUDA, «La doctrina del tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo», libro col. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 163-200.

(4) Vid. C. CHINCHILLA MARÍN, «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas», en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79; y M. SÁNCHEZ MORÓN, «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación», en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102.

(5) Para conocer como se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por

doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)⁽⁶⁾.

En ese contexto debe analizarse la nueva regulación estatal, lo que exige una interpretación «útil» del derecho europeo.

II. LAS PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA VISIÓN «RÁPIDA»

El texto aprobado (con un título excesivamente extenso al citar a las Directivas que se transponen), que toma como punto de partida el vigente TRLCSP de 2011 (como consecuencia de esta decisión hay un «arrastre» de preceptos de la Ley derogada), «renuncia», tanto formal como materialmente, a la idea de un «Código de Contratos Públicos», con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos⁽⁷⁾. Se trata de un texto extenso y prolijo –son 347 artículos y 53 Disposiciones Adicionales (muchas de estas Disposiciones, en adecuada técnica normativa, deberían formar parte del articulado) y 16 Disposiciones Finales–. Y en ciertas ocasiones tiene un marcado carácter reglamentario que puede complicar la aplicación⁽⁸⁾.

M. SÁNCHEZ MORÓN: *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

(6) Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARÍN («La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...», ob. cit., pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de «excluir» su aplicación. Es necesaria, en palabras de R. ALONSO GARCÍA, una interpretación de la norma nacional conforme al Derecho europeo., «La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico», *Revista española de derecho europeo*, núm. 28, 2008, pp. 385-410. También J.M. GIMENO FELIU, «La transposición de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. Consecuencias prácticas», *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 52, 2016, pp. 265-317

(7) Así lo propone en mi trabajo «La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 25-84.

(8) Sobre la estructura me remito al trabajo de A. SANMARTÍN MORA, «Estructura sistemática y distribución competencial», libro col. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 203-232*. Aun no cumplidos los 4 meses de entrada en vigor de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público se produce la primera modificación parcial mediante la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. Sorprende no solo el hecho de la modificación, sino la norma legal utilizada, pues el TC ya ha advertido desde hace tiempo que las leyes de Presupuestos tienen una función normativa propia que limita su contenido a materias presupuestarias o de índole económica. Condiciones que, de forma evidente, no se cumplen para justificar la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público). Conviene recordar la doctrina del Alto Tribunal, expuesta resumidamente en la STC 65/1987, de 21 de mayo, y concretada después en su sentencia 76/1992 y posteriores), la cual advierte que la Ley de Presupuestos tiene límites materiales. Desde la perspectiva material el texto modificado de la LCSP afecta a la regulación de la cooperación vertical y los contratos menores en el ámbito de la ciencia (es este

Es cierto que puede parecer un texto «continuista» o, en palabras de S. DEL SAZ, con relación a Ley de 2007, «un mismo traje con distintas rayas»⁽⁹⁾. Sin embargo, existen notables diferencias, principalmente porque, tras el debate parlamentario, se han dado importantes pasos para intentar solucionar problemas estructurales de transparencia y de prevención de la corrupción, en especial derivados de la dualidad de regímenes jurídicos en función de la consideración o no de Administración pública, o de debilidad del control, lo que ponía en cuestión el objetivo inicial de impulsar una diferente «gestión práctica» de la contratación pública⁽¹⁰⁾. Y pretende, además, un cumplimiento de las exigencias europeas, así como una reorientación de la contratación pública desde la perspectiva de estrategia para implementar políticas públicas⁽¹¹⁾.

La sistemática formal no resulta innovadora, pues la opción adoptada es «respetar en lo posibles» la estructura del TRLCSP de 2011 (por eso se prevé una Ley de Contratación en sectores especiales). El articulado de esta Ley se ha estructurado en un Título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro Libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector

último caso, la opción adoptada no parece resolver adecuadamente los problemas, pues se mantienen los requisitos del artículo 118 LCSP (exigencia de motivación y límites cuantitativos por proveedor), a la vez que resulta difícil de justificar que la cuantía de 50000 euros supere los 35000 euros del procedimiento abierto simplificado «sumario» regulado en el artículo 156.6 LCSP. Así, los «problemas de gestión» derivados del contrato menor se mantienen.

(9) S. DEL SAZ, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?», RAP núm. 174, 2007.

(10) Interesa recordar que algunos de los compromisos del Pacto PP-CIUDADANOS para la investidura de Mariano Rajoy como Presidente del Gobierno, de 28 de agosto de 2016 «150 compromisos para mejorar España» iban en esta línea, abogando por reforzar la competencia y la transparencia en la contratación pública. La medida 109 en concreto recoge lo siguiente: *«Impulsar, de forma inmediata, una reforma de la Ley de Contratos del Sector Público que incorpore las Directivas UE 2014/2023 (LA LEY 4612/2014), 2014/2024 y 2014/con el objetivo de incrementar los controles y cerrar cualquier espacio a irregularidades en las fases de preparación, adjudicación y ejecución. En especial, se limitarán los supuestos de modificación y fraccionamiento de los contratos, sin perjuicio del establecimiento de lotes para favorecer el acceso de las PYMES a la contratación pública, de acuerdo con las mencionadas directivas; así como los del procedimiento negociado sin publicidad. Se reforzará la independencia de los órganos técnicos y profesionales que intervienen en el procedimiento. con el objetivo de incrementar los controles y cerrar cualquier espacio a irregularidades en las fases de preparación, adjudicación y ejecución. En especial, se limitarán los supuestos de modificación y fraccionamiento de los contratos, sin perjuicio del establecimiento de lotes para favorecer el acceso de las PYMES a la contratación pública, de acuerdo con las mencionadas directivas; así como los del procedimiento negociado sin publicidad. Se reforzará la independencia de los órganos técnicos y profesionales que intervienen en el procedimiento».*

(11) El anteproyecto de Ley incluía las referencias expresas a los preceptos de las Directivas que se transponen en cada artículo de la Ley, lo que puede ayudar a una mejor interpretación de la nueva regulación y, en consecuencia, de mayor seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social.

público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV)⁽¹²⁾.

Entre las novedades y ajustes técnicos efectuados se pueden referir los siguientes⁽¹³⁾:

1. El principio de integridad «versus» conductas corruptas o clientelares⁽¹⁴⁾

Existen (y han existido) prácticas contrarias al principio de integridad, y su carácter «estructural» (de distinta «intensidad», y efectos, es cierto) en la gestión de los contratos públicos⁽¹⁵⁾. Prácticas que se encuentra muy vinculado a la ausencia de transparencia⁽¹⁶⁾. Los efectos de la corrupción en la gestión administrativa son evidentes. Amén de una clara ineficiencia en la gestión de fondos públicos⁽¹⁷⁾,

(12) A juicio de J. TEJEDOR BIELSA, la nueva Ley incurre en sobrerregulación y complica de forma innecesaria la gestión pública. Vid. su estudio *La contratación pública en España ¿sobrerregulación o estrategia?*, Civitas, Cizur Menor, 2018.

(13) Con más profundidad me remito a mi trabajo «*La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente*», libro col. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 47-132.

(14) Vid. A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de interés y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. La OCDE, en 2012 (*Progress Made in Implementing the OECD Recommendation on Enhancing Integrity in Public Procurement*. París) ha propuesto un conjunto de normas y reglas de integridad, así como instrumentos para su análisis y evaluación. Asimismo, ha impulsado diversos procesos de evaluación de varios países para ayudarles a adoptar buenas prácticas e implementar los principios de integridad.

(15) Vid. J.M. GIMENO FELIU, «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (M. Villoria, J.M. Gimeno y J. Tejedor), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 246-300; *ibidem*, «Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP», *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 239-318; T. MEDINA ARNAIZ, «La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 104.2, 2016, pp. 77-113; y las reflexiones de A. GONZÁLEZ SANFIEL, «La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?», en libro colectivo dirigido por F. Hernández *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, 2016, pp. 31-48. También el trabajo de J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ «Corrupción en la contratación públicas», en el libro colectivo dirigido por A. Betancor, *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Civitas, 2017, pp. 433-475.

(16) R. KLITGAARD, define con una simple ecuación el gran problema de la corrupción: $C = M + A - T$. C es Corrupción, M Monopolio, A Arbitrariedad y T Transparencia. Cuanto menor la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción. *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Buenos Aires, Ed. Sudamérica, 1994, pp. 10 y ss. Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción. Si se añade a esto, el dato de un marco normativo complejo (o disperso, o muy cambiante), como ya sucedido en urbanismo o contratación pública, es fácil entender el elevado índice de corrupción en España.

(17) Según D. STROMBOM («Corruption in Procurement», en *Economic Perspectives*, 1998, núm. 3, p. 22) los costes añadidos al contrato pueden llegar a ser de un 20%, pudiendo alcanzar incluso un 50% del monto total del contrato.

es una pérdida de competencia que afecta a la solvencia cualitativa del sector empresarial. Sin una competencia real, la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos. En tiempos de crisis como los actuales son muchos más visibles estos efectos, que provocan una evidente desafección ciudadana⁽¹⁸⁾.

El objetivo de integridad –reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción– forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio). Y por integridad habrá que entender «*el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno*»⁽¹⁹⁾. El artículo 1 LCSP incluye la referencia a este principio (aunque pasa un tanto desapercibido, lo que aconsejaría una redacción del artículo 1 distinta y «más didáctica»). No es una mera cuestión formal, pues amén del efecto didáctico de su inclusión, se refuerza la idea de que la integridad (la honradez), no es un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos⁽²⁰⁾. Y se adoptan medidas adecuadas a tal fin (aunque, de forma sorprendente, no se extiende la aplicación de la norma a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales cuando hay financiación pública mayoritaria, como era la opción inicial)⁽²¹⁾, con la intención de eliminar (o, al menos reconducir) prácticas que permitían la opacidad.

2. La «visión estratégica de la contratación pública» como nuevo paradigma

Conviene recordar que la contratación pública –y su fundamento– ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como «herramienta jurídica

(18) Vid. Elisenda MALARET, «El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia», Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 15, primer semestre/2016, pp. 21-60

(19) (Recomendación del Consejo OCDE sobre contratación pública [C (2015)2])

(20) Vid. J. M. GIMENO FELIU, «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105.

(21) Vid. J.M. GIMENO FELIU, «Ser o ser poder adjudicador. ¡¡Esa no es la cuestión!!», en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*, Aranzadi, 2018, en prensa.

al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas»⁽²²⁾. Esto significa que la contratación pública puede –y debe, insistimos– ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁽²³⁾. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales. El principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio⁽²⁴⁾. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁽²⁵⁾.

El artículo 1.3 LCSP supone una clara «innovación» sobre la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las PYMES. Se abandona así una visión presupuestaria de la contratación pública, que se reorienta a una perspectiva instrumental de

(22) Este carácter de herramienta al servicio de políticas públicas ya se expuso en mi trabajo *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 16-17. Sobre la visión de estrategia en la contratación pública me remito a las contribuciones del libro colectivo *Contratación pública estratégica*, coord. por J. Pernas García, Aranzadi, 2013, Cizur Menor, págs. 45-80. Este carácter instrumental de la contratación pública fue expresamente reconocido en el Informe 6/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre Incorporación en los Pliegos de los contratos de una entidad local de determinadas cláusulas sociales, y consecuencias de su eventual incumplimiento y en el Informe 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre calificación de contratos típicos y la libertad de pactos.

(23) Cuestión sobre la que insiste la reciente Comunicación la Comisión Europea «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa» (3 de octubre de 2017, COM (2017) 572 final) al insistir en la idea de una estrategia de contratación pública, para lo que establece el marco político general y define prioridades claras para mejorar la contratación en la práctica y dar apoyo a las inversiones en el seno de la UE. Los análisis de los distintos instrumentos presupuestarios de los poderes públicos ponen de relieve este carácter estratégico de la contratación pública. Vid. J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., p. 24.

(24) Sobre el significado de la eficiencia –y su no vinculación a una idea economicista de menor precio– me remito a mi estudio «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público* sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno, núm. 82, 2016, pp. 137-158. También. T. MEDINA ARNAIZ, «Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 121, 2013, págs. 87-97 y M. VAQUER CABALLERÍA, «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 186, 2011, pp. 91 y ss.

(25) J. PONCE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid p. 479.

implementación de políticas públicas⁽²⁶⁾. En especial, se refuerza la posición de los trabajadores en los contratos, estableciendo obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y de retribución, cuyo incumplimiento puede justificar la resolución del contrato. Y se elimina la posibilidad de «dumping» social mediante precarización de condiciones laborales al establecer la obligación de respetar los convenios sectoriales.

Como complemento a esta visión estratégica de la contratación pública destaca también la previsión respecto a las especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas, lo que facilita una mejor respuesta jurídica a prestaciones alejadas a la lógica del mercado. Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, del mismo⁽²⁷⁾. Se habilita que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, así como que se diseñe un régimen singular de contratación⁽²⁸⁾.

Desde esta nueva perspectiva estratégica hay que advertir de la incidencia de los artículos 131.2 145.1 LCSP/2017, que indican que la adjudicación se realizará ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio y desaparece la mención de la «oferta económicamente más ventajosa». Se utiliza, por tanto, el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la oferta más ventajosa⁽²⁹⁾. El cambio es de gran relevancia y explica la nueva regulación del artículo 146 ya no incluya el concepto precio como concepto principal sino el de costes o rentabilidad, así

(26) Se avanza, pues, en la cultura de la contratación socialmente responsable. Cuestión en la que ya se había venido trabajando desde el Foro de contratación socialmente responsable (<http://www.conr.es>)

(27) Esta opción ha sido «validada» por las Sentencias TJUE de 11 de diciembre de 2014, *CroceRossa Italiana* y otros (asunto C-113/13) y de 28 de enero de 2016, *CASTA* y otros, Asunto C-50/14, que reconocen incluso la posibilidad de adjudicación directa. Opción adoptada, por ejemplo, en Aragón por la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario y por Valencia Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario).

(28) Me remito a mi trabajo «*Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)*», Revista Derecho y Salud, Vol. 26, núm. 2 de 2015, pp. 65-85. Más reciente, «*La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales*» Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 52, 2018.

(29) La justificación de esta nueva visión de la contratación pública obliga a repensar la política de contratación pública, que debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir vía contrato público y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un principio irrenunciable de la decisión a adoptar. Es más, conforma un elemento de lo que sería la correcta aplicación del principio de buena administración (por todas STJUE 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates*, que lo vincula a la diligencia). Difícilmente se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y el contrato.

como que se ponga en valor los servicios intelectuales (opción reclamada desde los servicios de ingeniería y arquitectura)⁽³⁰⁾.

3. La uniformidad jurídica con independencia de la naturaleza del poder adjudicador

La principal novedad de la nueva regulación es que se decide la uniformidad de régimen jurídico, siendo indiferente el carácter o no de Administración pública del poder adjudicador para la aplicación de las reglas de contratación pública en los contratos de importe no armonizado. Desaparece, pues la posibilidad de regulación mediante Instrucciones internas propias en los procedimientos de importe no armonizado (estas solo quedan para antes del sector público que no sean poder adjudicador –artículo 321 LCSP– o los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales –ex artículo 3 LCSP–)⁽³¹⁾.

Se pone fin a una «deslegalización procedimental» que, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, a la vez que introducía innecesarias dosis de inseguridad jurídica que favorecían una fragmentación del mercado, la cual, a su vez, favorecía la aparición de prácticas de naturaleza clientelar, que impedían el efectivo funcionamiento –por inadecuada concurrencia– de las economías de escala. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación⁽³²⁾. De ahí que

(30) La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisional tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras.

La calidad de la prestación es, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público. Pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta.

Para cumplir este objetivo es necesario, además de un cambio de «cultura» (superar la «presión política» de hacer más por menos y a corto plazo), disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*), con la finalidad de «acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo» (W. Dening).

(31) No es que desaparezcan las instrucciones internas, sino que estas tendrán una función «ad intra» para regular los aspectos organizativos de la contratación.

(32) Sobre esta patología vengo insistiendo desde mi trabajo «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», RAP núm. 176, 2008, pp. 9-54 en la que he insistido en el estudio «La corrupción en la contratación pública...», ob.cit., pp. 258-262. Igualmente, B.

se pueda considerar esta uniformidad jurídica en las reglas procedimentales como la principal novedad del nuevo texto de contratos públicos⁽³³⁾. Esta uniformidad no se ha extendido, sin embargo (a diferencia de la Ley 2(2018, de Contratos Públicos de Navarra), al régimen jurídico de los contratos, cuando la causa de interés público que justifica un régimen exorbitante se encuentra en todos ellos, al margen de la naturaleza, pública o privada, del ente contratante.

Pese a la claridad del precepto, por comparación con la regulación inicial del Proyecto que se remite a las Cortes Generales, que mantenía el sistema (obligatorio) de Instrucciones, han surgido ciertas dudas interpretativas que son objeto de aclaración en el muy interesante Informe 2/2018, de 17 de enero, de la Abogacía del Estado⁽³⁴⁾. En relación con la posible «supervivencia» de las Instrucciones, niega con rotundidad dicha posibilidad:

«Como ya se ha indicado, es clara la voluntad del legislador de suprimir, con la LCSP, las Instrucciones Internas de contratación previstas en el artículo 191.b) del TRLCSP para la contratación no armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, tal y como se desprende del artículo 318.b de la LCSP y como, con toda rotundidad, declara el Preámbulo de dicha Ley (“En el Libro III se recoge la regulación de /os contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, en donde la principal novedad es /a supresión de las instrucciones de contratación...”. “En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para /os contratos no sujetos a regulación armonizada /as instrucciones en el caso de /os poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones...”).

NOGUERA DE LA MUELA, «La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español», en libro homenaje al profesor L. Cosculluela, *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid 2015, pp. 948-950. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública (más de diez mil), *per se*, conlleva a tal dispersión de reglas distintas (de difícil localización, por lo demás) que hace inviable que los licitadores puedan conocer los distintos procedimientos, lo que conduce a un mercado «cerrado» claramente ineficiente y alejado del objetivo de efectiva transparencia.

(33) No puede olvidarse que en el «océano proceloso» de entes diversos la confusión jurídica derivada de la multiplicidad de Instrucciones internas ha permitido, quizá sin pretenderlo, la proliferación de redes clientelares y de prácticas que han podido facilitar la captación de financiación ilegal que se ha derivado, directa o indirectamente a las organizaciones políticas.

(34) Así lo he defendido en mi opinión publicada en www.obcp.es: «A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no administración pública en la Ley 9/2017, de contratos del sector público. A propósito del debate sobre la desaparición de las instrucciones de contratación y de los procedimientos de adjudicación aplicables». En este mismo sentido: Instrucción 3/2018 de la Abogacía del Estado y de la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 28 de febrero *n en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público*. Opinión contraria mantiene Alejandro BLÁZQUEZ, «Los poderes adjudicadores no Administración Pública ante la Ley de contratos del sector público (Ley 9/2017): contratos mentores y libertad de elección en los procedimientos de adjudicación», *Revista CEFLEGAL* núm. 208, mayo de 2018.

Resulta, pues, clara la voluntad del legislador de poner fin, en aras de la claridad y la seguridad jurídica, a la diversidad de regímenes de contratación aplicables a los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública, procedimientos que, bajo la vigencia del TRLCSP, han llegado a ser tantos y tan diversos como cuantos se regulan en las Instrucciones Internas que han ido aprobando este tipo de entidades. Siendo claro el mandato del legislador, también ha de ser clara la consecuencia: desde la entrada en vigor de la LCSP los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública han de adjudicar sus contratos no armonizados conforme al artículo 318.b) de dicho texto legal, quedando suprimidas desde ese momento las Instrucciones internas de contratación del artículo 191.b) del TRLCSP.

La posibilidad de que, pese a no estar previstas ni contempladas en la nueva LCSP, los poderes adjudicadores aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable sólo puede admitirse a efectos meramente internos, explicativos y, especialmente, organizativos, sin que tales instrucciones o documentos internos puedan sustituir el régimen jurídico que declara aplicable el artículo 318.b) de la LCSP ni evitar la sujeción de estas entidades a los procedimientos que elijan aplicar de los regulados en la Sección 2ª del capítulo I del Título I del Libro Segundo de la nueva Ley.

En caso de aprobarse instrucciones (lo que, se insiste, ya no contempla ni regula la LCSP), las propias instrucciones deberían declarar expresamente su eficacia meramente interna, reproducir el mandato del artículo 318.b), y explicitar que su aprobación no desplaza la aplicación obligatoria de los correspondientes preceptos legales; por lo demás, tales instrucciones o documentos internos, de eficacia, se insiste, meramente interna, no serían oponible frente a los terceros licitadores, ni deben ser objeto de publicación en el perfil del contratante, ni requieren tampoco el informe de la Abogacía del Estado, informe que, en caso de llegar a solicitarse y emitirse al amparo de los convenios de asistencia jurídica suscritos, debería aclarar esta eficacia meramente interna y organizativa». (negrita nuestra).

Es decir, **los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública deben aplicar los mismos procedimientos de contratación de las Administraciones** (lo que es coherente con un modelo funcional de poder adjudicador).

Nada altera, ni puede alterar, el que exista una Disposición Transitoria Quinta que hable de la adaptación de las Instrucciones existentes. En primer lugar, porque esta Disposición Transitoria ya existía en el texto del Proyecto cuando se preveían las Instrucciones (lo que justificaba su existencia). En segundo lugar, en modo alguno una norma transitoria puede servir para reinterpretar una norma de carácter sustantivo tal clara en su redacción, como lo es el artículo 319 LCSP, y en su verdadera finalidad. Una interpretación tanto literal, como teleológica, ex art. 3 del Código Civil, conduce de forma ineludible a la interpretación «auténtica» relativa a la desaparición de las Instrucciones como técnica de regulación de procedimientos de contratación para estos entes no Administración pública en los

importes no armonizados. Así lo entiende también el referido Informe 2/2018, de la Abogacía del Estado al afirmar que:

«La disposición transitoria quinta de la LCSP, con una redacción ciertamente desafortunada y descoordinada con el articulado de la Ley, establece que “*Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos*”. La alusión en dicha disposición transitoria a “*los entes a los que se refiere el Título Tercero*” resulta ciertamente equívoca, pues no aclara a qué Libro de la LCSP se entiende referido ese Título Tercero. Sólo los Libros Primero y Cuarto de la LCSP cuentan con sendos Títulos terceros, aunque ninguno de los mismos resultaría aplicable al caso, si se atiende a su contenido (el Título 111 del Libro Primero se refiere al “Objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión”, y el Título 111 del Libro Cuarto regula la “Gestión de la publicidad contractual por medios electrónicos, informáticos y telemáticos”). Por su contenido (relativo a las instrucciones internas de contratación), y de acuerdo con un criterio sistemático (dada la cita de los artículos 318 y 321 de la Ley), dicha disposición transitoria parece querer aludir, pese a su literalidad, al “Libro” Tercero de la LCSP. Pero, para ser coherente con la regulación del artículo 318, no debería referirse a los entes regulados en dicho “Título” (Libro), sino tan sólo a los poderes no adjudicadores (Título 11 del Libro Tercero), que son los únicos que mantienen las instrucciones internas de contratación (artículo 321.1), y los únicos a los que, en consecuencia, puede resultar aplicable el mandato de adaptación de las instrucciones internas recogido en esa norma de derecho transitorio.

Sea como fuere, una norma de derecho transitorio como la que se examina no define el derecho sustantivo aplicable, sino que regula los efectos temporales del propio derecho sustantivo. Toda norma transitoria parte necesariamente de una norma sustantiva cuyo régimen intertemporal pretende disciplinar. De ahí que la disposición transitoria quinta de la LCSP (que regula el plazo de adaptación de las instrucciones de contratación a las previsiones de la nueva Ley) no pueda desvirtuar ni prevalecer sobre el mandato sustantivo de dicho texto legal, plasmado en los artículos 318 y 321 de la LCSP, y reforzado con los pronunciamientos categóricos del Preámbulo, con arreglo a los cuales las Instrucciones Internas de contratación desaparecen respecto de los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores y sólo subsisten respecto de los poderes no adjudicadores que, en consecuencia, son los únicos que deben adaptar el contenido de sus instrucciones a la nueva Ley en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de su entrada en vigor, quedando sin efecto las Instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública desde la entrada en vigor de la LCSP». (negrita nuestra).

Por otra parte, como argumento sistemático, conviene advertir que el artículo 319 LCSP/2017 establece la obligación de extender las obligaciones sobre modificación, pagos, subcontratación y extinción a estos poderes adjudicadores no Administración

pública, en aras a una uniformidad también en la ejecución del contrato. Por lo que no sería coherente con esta decisión la supervivencia de regulación dispersa mediante instrucciones de estos poderes adjudicadores. Además, la extensión del recurso especial a importe no armonizados es un argumento adicional sobre esta uniformidad procedimental, pues no parece lógico (ni lo pretende el legislador) obligar a los distintos órganos de recursos contractuales a realizar su función jurisdiccional con criterios diversos en función de la existencia de Instrucciones para los PANAPS en estos importes (conviene advertir que, para los PANAPS, el legislador, mediante art. 44.6 LCSP/2017 ha querido residenciar la impugnación de aquellos actos que no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación en la Administración de adscripción o tutela, acudiendo para ello a la figura del recurso de alzada impropio).

En conclusión, los poderes adjudicadores no administración pública en los contratos no armonizados no pueden regular (salvo en el caso de la controvertida previsión al respecto para partidos políticos, sindicatos y organizaciones sindicales) procedimientos mediante la técnica de instrucciones internas que, como indica su nombre, solo pueden tener una función organizativa *ad intra* (criterio ya aplicado en el Informe 11/2017, de 2 de noviembre de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón)⁽³⁵⁾.

4. Nueva regulación de la cooperación horizontal y vertical

La LCSP de 2017 regula **la cooperación vertical y horizontal** (los medios propios y convenios) desde una nueva óptica más europea. Se opta por utilizar las categorías y conceptos comunitarios, con el fin de favorecer la predictibilidad. Así, con relación a la técnica de cooperación vertical mediante medios propios (art. 32 LCSP), no se habla de encomiendas sino de encargos⁽³⁶⁾. Encargos que deben ser objeto de publicidad con el fin de garantizar, mediante el control, la idoneidad de cada encargo. Los entes que tengan consideración de medios propios deben contar con los medios idóneos⁽³⁷⁾. En todo caso, cien por cien capital público. Son necesarios, además,

(35) Vid J.M. GIMENO FELIU, «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», libro col. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 47-132.

(36) Criterio ya aplicado por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su acuerdo 75/2017, de 4 de julio, donde se aplica la jurisprudencia del TJUE sobre cooperación vertical y cooperación horizontal, para poder decidir la anulación de una «remunicipalización» incorrectamente instrumentada bajo la justificación de encomienda de gestión a medios propios.

(37) Criterio defendido en el Informe 65/07, de 29 de enero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado —«Consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión»—, añade a los requisitos mencionados el de la idoneidad del ente para recibir y prestar el encargo afirmando: «Habría que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda».

otros requisitos: que la empresa que tenga el carácter de «medio propio»; disponga de medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga; que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa; que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad. Obviamente, cualquier ente considerado como medio propio, es, en todo caso, poder adjudicador. Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios, en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016 Tribunal de Contratos Públicos de Madrid. Sin embargo, la posibilidad de contratar hasta un 50 por ciento de las prestaciones puede no corregir un uso indebido de esta técnica (como ya ha denunciado el Tribunal de Cuentas)⁽³⁸⁾. Resultaría, en mi opinión, más lógico limitar esta opción al 20 por ciento de la cuantía del encargo, y sin afectar al contenido esencial de la prestación⁽³⁹⁾.

La formalización de los medios propios (y el control, por ello, de su corrección) se realiza mediante la exigencia de publicación y, en su caso, de interposición de recurso especial (art. 44 LCSP/2017)⁽⁴⁰⁾.

En relación con la cooperación horizontal, el artículo 6.1 LCSP/2017 (que complementa el artículo 47 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público), regula los convenios atendiendo a los parámetros europeos fijados por la Directiva 2014/24/UE y la jurisprudencia TJUE⁽⁴¹⁾. Así, se indica que quedan excluidos del

(38) Vid, por todos, el reciente Informe del Tribunal de Cuentas n.º 1197/2016, de 22 de diciembre, de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013.

(39) La Disposición Adicional 24 contiene una regulación extensa del grupo empresarial TRAGSA, al que se permite tener la consideración de medio propio incluso de Diputaciones y Cabildos (siempre que se cumplan los requisitos legales –interpretados de conformidad a la jurisprudencia del TJUE–, lo que no parece sencillo).

(40) Sobre esta cuestión me remito al trabajo de C. AMOEDO SOTO, «Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo», en *libro col. Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 369-410*.

(41) La justificación de la cooperación vertical quedo avalada en la STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA* (apdos. 48 y 49). STJUE de 9 de junio de 2009, (Comisión Vs. República Federal de Alemania, apdo. 47), que admite la posibilidad de articular una colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionales al considerar que no existe un contrato público sino una fórmula organizativa y no contractual, en tanto se acreditaba la concurrencia de una serie de circunstancias que permitían tal consideración: a) objetivo común de interés público; b) prestación que no tiene naturaleza comercial, por carecer de vocación de mercado; y c) existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución. La STJUE de 13 de junio de 2013, (asunto C-386/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania), mediante resolución de 6 de julio de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de julio de 2011) perfila claramente los supuestos de cooperación horizontal, afirmando que no se aplicará la normativa de la Unión en materia de contratos públicos y existirá cooperación siempre que tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan sólo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público (sentencia

ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales cuando se den tres requisitos⁽⁴²⁾:

a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20% de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guie únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

Obviamente, la interpretación de la opción a la cooperación horizontal debe ajustarse a la finalidad europea y a su carácter excepcional (el concepto de contrato es materia propia del Derecho comunitario y debe recibir un tratamiento uniforme en todos los países miembros) y no puede amparar una interpretación extensiva de la figura del convenio si lo que se oculta es una relación contractual típica, tal y como se advirtió en la STJUE de 13 de enero de 2005 que condenaba al Reino de España por esta práctica y prevé la no aplicación de esta Ley a los convenios, que en ningún caso podrán versar sobre prestaciones onerosas reguladas por esta norma⁽⁴³⁾.

Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, apartado 35). El TJUE ha plasmado estas mismas consideraciones, por ejemplo, en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-215/09, *Mehiläinen Oy* (FJ 31), en la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento* (FJ 34-35) o en la Sentencia de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. Kg* (FJ. 34). Vid. M.A. BERNAL BLAY «La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos», *Organización Local. Nuevas Tendencias*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 361-376.

(42) Vid. por todos, R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Negocios y contratos excluidos», en libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 294-306, M. VILLALTA REIXACH, «Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 325-368 y A. HUERGO LORAS, «Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos», REALA núm. 8, nueva época, 2017.

(43) Criterio uniforme del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Así la STJUE de 18 de enero de 2007, Auroux /Commune de Roanne, en la que se analiza la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio, se indica que este es un caso de contrato de

5. Depuración conceptual de los tipos contractuales desde la perspectiva europea

En la tipología de contratos la LCSP de 2017 opta, a mi juicio correctamente, por un ajuste de definiciones de obras y servicios y se opta por el concepto funcional de obras: que exista influencia en la decisión final (STJUE 30 octubre 2009, Comisión/Alemania) y de concesión de obras y de concesión de servicios. Desaparece, por ello, el tipo contractual de servicios públicos⁽⁴⁴⁾. Lo que no impide un régimen jurídico «más intenso» en prestaciones de servicio público (lo que explica el régimen especial de servicios a las personas que contiene la Ley en el artículo 312, que recoge el «régimen de servicio público» en estas actividades esenciales)⁽⁴⁵⁾.

El artículo 29 LCSP/2017 regula los plazos de los contratos y opta por qué plazo el de contratos de servicios y concesiones sea común a todo poder adjudicador con excepciones justificadas (como el retorno de las inversiones, complejidad del servicio, etc.)⁽⁴⁶⁾. El plazo ordinario de duración de los contratos de servicios y concesión de servicios es de 5 años (porque es el que referencia la Directiva concesiones). Desaparece, el tipo de contrato de colaboración público-privada. Esta decisión está motivada en la experiencia práctica y se pretende evitar confusiones o incorrecto uso⁽⁴⁷⁾. Pero se mantiene, mediante la previsión de la Disposición Adicional 22,

obra que debe ser objeto de licitación. Y en esta línea debe recordarse la STJUE de 18 de diciembre de 2007, Correos España, por la que se declara ilegal el Convenio suscrito por el Ministerio de Educación y Ciencia con la Entidad Correos por acordar cuestiones que son objeto de aplicación de la Directiva servicios. Y es que, cuando hay onerosidad en una actividad incluida en el ámbito de la Directiva debe aplicarse las reglas de publicidad y concurrencia.

(44) Frente a la opinión en este aspecto del Consejo de Estado. La tesis a favor de la supervivencia del contrato de gestión de servicios públicos ha sido defendida y argumentada por J.L. MARTÍNEZ ALONSO en su trabajo «Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, octubre 2015. También F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ propone reajustar la categoría del contrato de gestión de servicios públicos y mantener el modelo de conciertos. «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, pp. 50-57.

(45) No comparto la crítica a esta opción de transposición formulada por el profesor J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en su estudio «Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)», *RAP* núm. 202, 2017, pp. 13-41. El modelo propuesto preserva las notas de garantía, continuidad y calidad de los servicios públicos, y la homogeneidad de tipo, en un contexto globalizado de la contratación pública, favorece una mejor interpretación y aplicación de los principios europeos de la contratación pública.

(46) Sobre el significado de la nueva regulación europea de la colaboración público-privada me remito al libro *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego* (F. CAAMAÑO, J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS), Ed. Profit, Barcelona, 2017, pp. 57-83. También J.M. GIMENO FELIU, «El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 74, 2018, pp. 4-13.

(47) A favor de esta eliminación de contrato CPP del artículo 11 TRLCSP se puede ver la opinión de M. MAGIDE HERRERO, «Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa», en libro col. *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, pp. 68-69. Ciertamente, como bien ha sistematizado, en un análisis exhaustivo, son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual «específicamente

la posibilidad de sociedad de economía mixta en tanto fórmula de CPPI tanto para obras como servicios⁽⁴⁸⁾. En todo caso, la opción de realizar CPP (desde de la perspectiva de SEC 2010) se encuentra en la regulación de concesiones, tanto de obras, como de servicios⁽⁴⁹⁾. Se incorpora, por lo demás, una definición contrato servicios conforme al Derecho de la Unión Europea y la interpretación dada por el TJUE. Así, se incluye contrato concesión de servicios, que se caracteriza por la transferencia de un riesgo operacional. Ya no hay contrato de gestión de servicios públicos y se eliminan formalmente las figuras del concierto y de la gestión interesada (aunque la una se mantiene como contrato de servicios y la otra se engloba en el nuevo concepto de concesión). Interesa recordar que en la tipificación de una prestación como contrato de servicios o como contrato de concesión se exige, por exigencia de la jurisprudencia europea⁽⁵⁰⁾, una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las Directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009 (Comisión/Alemania)⁽⁵¹⁾).

español» y, quizá, por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica M. HERNANDO RYDINGS, en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012, pp. 534-541. También M. A. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, «El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica», REDA núm. 167, 2014, pp. 293-326.

(48) *Vid.* M.D REGO BLANCO, «Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», Documentación Administrativa núm. 4, nueva época, 2017, pp. 151-159.

(49) Me remito a los siguientes trabajos publicados en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018: P. VALCÁRCEL, «La delimitación de los tipos contractuales», pp. 431-451, F. HERNÁNDEZ, «Delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios», pp. 477-516, X. LAZO, «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», pp. 517-545, J. TORNOS, «El contrato de concesión de servicios», pp. 1447-1484 y J. LAVILLA, «Régimen jurídico de la concesión de obras», pp. 1415-1445. También al trabajo de A. HUERGO LORAS, «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», Documentación Administrativa núm. 4, nueva época, pp. 31-51.

(50) Sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009, Wasser, 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst, y 10 de noviembre de 2011, Norma-A, SIA.

(51) Según esta doctrina consolidada, existirá un «contrato de servicios» en el sentido de las Directivas en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos sino de servicios, tal y como se advierte en la STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Comisión/República Irlanda). Con matices a tal calificación puede verse la STJUE de 29 de abril de 2010 (Comisión/República de Alemania). En esta Sentencia se recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, sobre los que versa el presente asunto, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del anexo I A de la Directiva 92/50 o del anexo II A de la Directiva 2004/18, y en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 o del anexo II B de la Directiva 2004/18, de modo que los contratos que tienen por objeto tales servicios están sujetos a la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/50 o del artículo 22 de la Directiva 2004/18 (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel, C-76/97, Rec. p. I-5357, apartado 40). Doctrina aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2013 de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por Acuerdos 55/2013 7 37/2014, del TACPA). También por el TACRC, que en su Resolución 134/2013 de fecha 19 de septiembre de 2014 hace suya la distinción entre el riesgo propio de todo contrato y el riesgo específico de los contratos de gestión de

Se adopta el criterio del riesgo operacional (lo que no implica traspasar todo el riesgo, pero tampoco reconducirlo a la mera idea de riesgo y ventura) como elemento para delimitar concesión de contrato, lo que supone un cambio, pues bastara con que se transfiera el riesgo de suministro de oferta o el riesgo de suministro de demanda para que exista una concesión (criterio aplicable por igual a concesiones de obras o concesiones de servicio)⁽⁵²⁾. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión (lo que es compatible con pagos por disponibilidad)⁽⁵³⁾. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable «*Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por “riesgo de demanda” el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por “riesgo de oferta” el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario*» (Considerando 20 de la Directiva de concesiones)⁽⁵⁴⁾.

servicios públicos que hace el TJUE en la sentencia 348/10 *Norma-A y Dekom* (en las Resoluciones 154 y 220/2011 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios). Este mismo criterio ha sido compartido por el órgano de recursos contractuales de Cataluña (Resoluciones 24/2013, de 28 de enero, 50/2013, de 25 de marzo y 19 de septiembre de 2013) y Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).

(52) Por todos, F. HERNÁNDEZ, *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi, 2018.

(53) Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PÉREZ y E. MARCO PEÑAS, «El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT», RAP núm. 194, 2014, 437-474.

(54) Para determinar la existencia, o no, de riesgo operacional, debe tenerse en cuenta los criterios del TJUE sobre este asunto. Al respecto, *vid.* el estudio de A. HUERGO LORAS «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», Documentación Administrativa núm. 4, nueva época, 2017, pp. 31-51. *Ibidem* «*Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa*», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 74, 2018, pp. 20-33.

Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre⁽⁵⁵⁾. Obviamente, no resulta razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a las que existe en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)⁽⁵⁶⁾.

El plazo concesiones queda vinculado al plazo necesario de retorno de las inversiones (como plazo ordinario, se fija el de cinco años que exige la Directiva de concesiones). Es decir, no hay discrecionalidad en la decisión del plazo concesional de tal manera que los plazos máximos que ofrece la LCSP/2017 no son de directa aplicación. El plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues –además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del artículo 107 TFUE– puede implicar una retribución indebida (en más)⁽⁵⁷⁾.

(55) Como bien ha recordado M. FUERTES, el TJUE ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes... para reconocer que no se trata de un contrato de servicio. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C-206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C-274/09. «Los riesgos del riesgo de explotación», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013 p. 235.

(56) Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada (vid. X. LAZO VITORIA, «El futuro del mercado concesional en Europa» REVISTA CEFLEGAL. CEF, núm. 154 (noviembre 2013); L. MIGUEZ MACHO), «Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público», en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 181-185).

(57) Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de que «la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos» (artículo 18). Este plazo se explica, en el considerando 52 de la Directiva, de la siguiente manera: «La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura,

La eliminación del tipo de contrato de gestión de servicios públicos no implica una involución desde la perspectiva de la mejor prestación de los servicios de interés general, pues en modo alguno se diluye el «régimen de servicio público», dado que las notas propias de regularidad, continuidad y equidad se pueden incluir tanto en el tipo de contrato de servicios como de concesión de servicios.

Se regula el contrato mixto, conforme a la jurisprudencia del TJUE, atendiendo a regla general de valor estimado de la prestación principal (artículo 13 LCSP/2017). Se aclara que los contratos administrativos/privados son, en esencia, «régimen jurídico» y no, por tanto, tipo de contratos (artículos 24 a 26 LCSP/2017).

En todo caso, conviene insistir en que el debate sobre la forma de prestación de los servicios públicos, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público⁽⁵⁸⁾, es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad⁽⁵⁹⁾. Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión. El alcance sobre las fórmulas de colaboración público-privadas y su función en la consecución del interés público, más allá de las personales posiciones ideológicas, exige una respuesta en clave jurídica, que concilie de forma adecuada los distintos principios e intereses en juego, y que preserve, en su decisión final, la esencia del derecho a una buena administración. Hay que evitar el maniqueísmo sobre quien presta mejor el interés general y, para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente.

En el régimen de **contratos administrativos** existen ajustes técnicos (por ejemplo, mayor plazo garantía en los contratos de obras), más importantes en la regulación de las concesiones, donde se incluye el concepto de la Tasa Interna de

derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional».

(58) Concepto de servicio público de difícil delimitación conceptual, como ya ha advertido la STC 127/1994, de 5 de mayo, al afirmar que «la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina jurídica –con detractores y valedores–, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas».

(59) El contrato público y la concesión son herramientas para la mejor satisfacción de necesidades de la ciudadanía, por lo que hay que preservar una gestión pública que preserve la idea del necesario equilibrio jurídico entre lo público y lo privado y la seguridad jurídica de las inversiones. Al respecto, *in totum*, me remito al estudio de J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017.

Rentabilidad o Retorno (TIR) como concepto a figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Se confirma la actual regulación de la responsabilidad patrimonial administrativa en los casos de resolución de las concesiones (RPA), que es un elemento de seguridad importante, que funciona como efecto llamada en los inversionistas al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión⁽⁶⁰⁾. La RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos, pero no puede ser regulada o configurada de modo absoluto pues se diluiría el elemento del riesgo operacional⁽⁶¹⁾. Esta RPA se limita, para la resolución por causa imputable al concesionario, la RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 (el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma)⁽⁶²⁾. Si fuera resolución imputable a la Administración, la RPA desplegara sus efectos ordinarios: *«la Administración abonará al concesionario el importe de la inversión realizada por razón de la expropiación de los terrenos y de la ejecución de las obras*

(60) Un estudio completo y riguroso de la nueva regulación de la RPA se encuentra en el trabajo de FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL; «En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución», en *Ius Publicum. Network Review* Issue n. 2, 2017, pp. 1-38 (www.ius-publicum.com), que seguimos en este apartado.

(61) Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) n.º 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. En relación con el cómputo déficit de las operaciones de APP se indica que: *«Propiedad económica y asignación del activo 20.283 Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:*

a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.

b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.

c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.

d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.

e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador». Estos dos últimos apartados, en especial en los casos de resolución por causa imputable al contratista parecen aconsejar una «limitación» de la RPA en los modelos concesionales, tanto de obra como de servicios, pues de lo contrario puede entenderse que se ha excluido la transferencia de riesgos y, en consecuencia, los activos ya no estarían excluidos del perímetro de endeudamiento. Así, dentro del riesgo operacional debe entenderse la no existencia de RPA por incumplimientos o causas imputables al concesionario.

(62) En todo caso, se entenderá que es imputable al concesionario la resolución del contrato cuando ésta obedezca a haber sido declarado aquél en concurso o insolvencia en cualquier otro procedimiento. Las concesiones que hayan sido adjudicadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley o cuyos expedientes de contratación se hayan iniciado con anterioridad a dicha fecha, se regirán por la normativa anterior, es decir, no se verán afectados por la nueva regulación de la RPA.

e instalaciones que, realizadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares».

Como explica P. VALCÁRCEL, este nuevo régimen también puede suponer un importante incentivo para la elaboración de cálculos más rigurosos de las inversiones necesarias en las concesiones. El hecho de que el concesionario ya no tenga garantizada la recuperación en cualquier caso de todas sus inversiones evitará, o al menos dificultará, los ya referidos «elefantes blancos», así como también debería redundar en una gestión más diligente y mejor⁽⁶³⁾.

Interesa llamar la atención sobre el dato de que la retribución tendrá la condición de tarifa, tanto en los casos de concesión de obras como de concesión de servicios (nuestros «servicios públicos»). Se acoge expresamente la tesis, defendida desde hace mucho tiempo por el profesor J. TORNOS MAS⁽⁶⁴⁾. Lo que obligará a reformular cierta jurisprudencia que, en servicios públicos, opta por la configuración de tasa⁽⁶⁵⁾. Y no es una cuestión sin efectos prácticos pues, como bien advierte J. TORNOS, «*la tasa supone recaudación para un gasto público. Esto determinará que el servicio se convierte en un gasto que puede computar a efectos del déficit municipal. De acuerdo con los criterios EUROSTAT en relación con el tratamiento contable de los modelos concesionales, un cambio de modelo como el que se plantea (unido a otros datos adicionales como el compromiso de reversión de las instalaciones a la finalización del contrato), puede implicar que los compromisos de pago adquiridos por el Ayuntamiento por la duración total del contrato consoliden en su contabilidad, a efectos del cálculo del déficit y la deuda*». La opción de la Ley, por este motivo es clara: la retribución de la concesión tiene naturaleza jurídica de tarifa (y no puede ser ya de opción por la entidad contratante su configuración como tasa), pues la calificación como ingreso tributario diluye –o anula– la transferencia del riesgo operacional, con efectos desde la perspectiva de consolidación de déficit⁽⁶⁶⁾.

(63) P. VALCÁRCEL, «*Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro*», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 74, 2018, p. 59.

(64) «*La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria*», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 22-29. *Ibidem*, «*La tarifa como forma de retribución de los concesionarios de servicios de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 74, 2018, pp. 14-19.

(65) *Vid.* J. TORNOS MAS, en su excelente artículo «*Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (RI§1151068)*», *Revista Derecho Municipal*, Iustel, 10 de marzo de 2016. El análisis de la evolución jurisprudencial y las consecuencias prácticas de la distinta calificación refuerzan las conclusiones que propone.

(66) La opción de configurar tasa supondría, de hecho, la imposibilidad de impulsar concesiones de servicios. Sirva de referencia el trabajo de J. GARCÍA HERNÁNDEZ, «*El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tenga naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?*», *Revista Derecho Local* núm. 38, febrero de 2016.

6. Hacia una contratación pública más transparente

Con la nueva LCSP/2017 se introduce más transparencia en los procedimientos, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido (artículo 116.4 LCSP/2017). Se exige, además, una detallada información que se debe publicar en los perfiles de contratante. Perfiles de contratante que, como indica el artículo 347 LCSP/2017, deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma⁽⁶⁷⁾. En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (la publicidad en el Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito)⁽⁶⁸⁾. Y lo que es más importante, desde la perspectiva de cumplimiento de esta obligación, es que el apartado 3 de este precepto obliga a que la publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirá los efectos previstos en la presente Ley cuando los mismos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Y la no publicación en la Plataforma comportará la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho (supuesto regulado de forma expresa en el artículo 39.2 c) LCSP/2017).

El acceso a los pliegos y demás documentación complementaria debe ser por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados.

Se mejora también la transparencia en un procedimiento tan caracterizado por la opacidad como el contrato menor con la clara intención de poner un «cerco» a su indebida utilización como sistema de adjudicación directa ordinaria⁽⁶⁹⁾. En este procedimiento «simplificado», regulado en el artículo 118 LCSP/2017, se rebajan cuantías (40.000 euros en obras y 15.000 euros en suministros y servicios que pueden ser «rebajados» por las poderes adjudicadores) y se imponen ciertas reglas con el fin

(67) Conviene advertir que la finalidad de la Plataforma de Contratos del Sector Público debe servir para favorecer una adecuada publicidad y rendición de cuentas, pero no de monopolio de la contratación electrónica. En mi opinión, debe favorecerse la implantación de un sistema en competencia, homologado, de servicios electrónicos que permitan cumplir exigencias legales de utilización de medios electrónicos adaptándose a las necesidades y condiciones de cada poder adjudicador.

(68) La nueva redacción de la función del perfil de contratante ex artículo 63 LCSP/2017 indica claramente la vocación de los mismos para conseguir una efectiva transparencia y rendición de cuentas de la actividad contractual. Sobre esta nueva función del perfil de contratante resultan de interés las sugerencias de «El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública», RAP núm. 192, 2013, pp. 381-400.

(69) Por todos, J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Contratación Pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación* ob. cit., págs. 169 a 185, donde, entre otras, también se aborda la necesidad de reducir los contratos menores como una de las medidas para prevenir la corrupción en la contratación pública.

de evitar su indebida utilización (ahora muy «intensiva» en algunas administraciones) para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los controles (las cifras de 40.000 euros y 15.000 euros, actúan además de límite que se puede adjudicar al mismo contratista por tipo de contrato y mismo año). Asimismo, se obliga a reportar la información de los contratos menores asociado a cada contratista, con el fin de «descubrir» actuaciones irregulares⁽⁷⁰⁾. Esta regulación impone, en la práctica, la obligación de repensar una mala praxis en la contratación pública española, donde ha primado más la idea de la «rapidez» y ausencia de control al principio de eficiencia e integridad⁽⁷¹⁾.

Existe, además, una novedosa regulación del procedimiento negociado con más detalle (artículos 164 a 169). Así, se advierte que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los distintos aspectos a negociar (y la ausencia de negociación se considera causa de nulidad, como ha indicado Acuerdo del TACPA 8/2015). Pero lo más destacado es que desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción). Opción que se explica de forma expresa en la Exposición de Motivos:

«Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia

(70) Sobre el significado de la nueva regulación resultan de interés las reflexiones críticas de J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ. «La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público» El Consultor de los Ayuntamientos, núm. 20, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 octubre. al 14 nov. 2017, Ref. 2425/2017, pág. 2425. Conviene recordar que la LCSP/2017 regula tres supuestos especiales de contratos menores: los contratos de servicios sanitarios de urgencia de importe inferior a 30.000€ (artículo 131.1.3 LCSP/2017); las actividades docentes (cursos de formación, seminarios, conferencias, y similares (artículo 310 LCSP/2017) y la suscripción de publicaciones y acceso a bases de datos el límite de los contratos armonizados (DA 9.ª LCSP/2017).

(71) Resulta de interés recordar la doctrina fijada por la JCCA del Estado en sus informes recientes sobre esta cuestión del contrato menor (Informes JCCA 41/2017, 42/2017 y 5/2018): a) El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor. b) Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca. c) La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma. Este criterio ha sido adoptado por otras Juntas Consultivas, como la de Galicia en su Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, pero por otras (por ejemplo, Aragón en su Informe 3/2018, de 13 de febrero). Interesa advertir que esta interpretación tiene importantes consecuencias prácticas para la compra de suministros y servicios por Organismos Públicos de Investigación, que, si bien no pueden adquirir libremente, pueden gestionar con sencillez (pero con trazabilidad de las decisiones que adopten) las necesidades no previstas (y gastos menores) en la ejecución de los distintos proyectos de investigación. Por ello, como se ha indicado, se ha añadido una nueva Disposición adicional que eleva a 50000 euros el importe de estos contratos en el ámbito «de la ciencia».

en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.

Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil, pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, las necesarias publicidad y transparencia en el contrato»⁽⁷²⁾.

El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando:

«las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial, La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial sólo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato».

Interesa destacar que ahora, con fundamento en el artículo 32 de la Directiva de contratación pública de 2014, se permite un procedimiento negociado sin publicidad cuando no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia⁽⁷³⁾.

(72) Esta opción de eliminar la posibilidad de negociación por la cuantía ha sido implantada en Cataluña mediante el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (artículo 7). Este Decreto Ley tiene por objeto establecer medidas en relación con la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Como consecuencia de la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit, se ha presentado la proposición de Ley de medidas para promover la transparencia en la contratación pública –Grupo Parlamentario Popular–, en el Congreso–, 21 octubre de 2016.

(73) Este nuevo supuesto de procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia ha sido admitido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 126/2016, de 9 de marzo, al recordar que es posible aceptar que de acuerdo con la normativa comunitaria es posible acudir a la adjudicación directa como consecuencia de la existencia de derechos exclusivos, razones técnicas u bien económicas que impidan la concurrencia. En todo caso, como bien ha indicado I. GALLEGO CÓRCOLES: (2014, pp. 220-222), «lo que se intenta evitar con este inciso es que la situación de exclusividad haya sido creada por el propio poder

Interesa destacar que el artículo 159 LCSP/2017 introduce el procedimiento abierto con tramitación simplificada (muy similar al de la Ley 3/2011 de Aragón). Los umbrales para su utilización son los no armonizado en suministros y servicios y 2 millones en obras (salvo poder adjudicador no Administración pública, que lo puede utilizar para todo importe). Este procedimiento, llamado a convertirse en el procedimiento ordinario en estos umbrales, sólo se podrá emplear si los criterios de adjudicación dependientes de juicios de valor no alcanzan determinado porcentaje de la valoración final y exige unos requisitos distintos pensados en la mayor rapidez como lo son la presentación de ofertas en el registro del órgano de contratación, la obligación del licitador de estar incluido en el registro de contratistas y declaración responsable de solvencia⁽⁷⁴⁾. Este procedimiento, contempla, además, en su apartado 6, una tramitación «sumaria» en importes inferiores a 80 000 euros en obras y 35 000 euros en servicios⁽⁷⁵⁾. Con este procedimiento, y sus exigencias formales de presentación en el registro del órgano de contratación y de estar inscrito en el Registro de contratistas se ofrece un ámbito de aplicación más favorables a las Pymes.

El régimen de mayor transparencia aparece también en la regulación de los modificados contractuales. El régimen de **modificación del contrato** (artículos 203 a 206 LCSP/2017), que mantiene la distinción entre modificados convencionales y supuestos no previstos en el pliego, es más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias, con la finalidad de evitar prácticas irregulares (no en vano el considerando 107 de la Directiva de contratación pública recuerda que es de directa aplicación la jurisprudencia europea sobre esta materia)⁽⁷⁶⁾. Se introduce

adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación». Obviamente, el procedimiento negociado sin publicidad conserva su carácter de procedimiento excepcional, en cuanto sólo puede ser empleados en supuestos muy concretos y de aplicación restrictiva, dado su carácter no competitivo. El recurso a este procedimiento debe ser objeto de justificación caso a caso [art. 84.1 f) de la Directiva de contratación pública]. Y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (entre otras, STJUE de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94).

(74) Esta opción, cuestionada por algunos, encuentra justificación en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 15/2011 de 8 de junio, donde, al analizar el procedimiento con tramitación simplificada introducido por la Ley aragonesa 3/2011, de medidas de Contratos del Sector Público, opina que los criterios de valoración, atendiendo a la finalidad de esta tramitación simplificada, deben ser preferentemente de aplicación matemática, pues el «simplificado» no es más que el procedimiento abierto descargado de algunos trámites procedimentales, por lo que a juicio de la citada Junta no cabría utilizar esta tramitación simplificada en contratos de compleja valoración.

(75) No podrá adjudicarse a través de esta modalidad de procedimiento los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, lo que resulta totalmente coherente con limitación de la utilización de criterios dependientes de juicios de valor. Como dispone el artículo 159.6 b) LCSP/2017, se eximirá a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional. Ahora bien, lo que no se exige de forma expresa es la obligación de acreditar la personalidad, representación y declaración de no incursión en prohibición de contratar, compromiso de constitución de UTE y sometimiento a fuero español.

(76) La efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –entendida como una potestad condicionada– en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada. *Vid. J.L. MEILAN GIL, La estructura de los contratos públicos, ob. cit., p. 243. También J.M. BAÑO LEÓN, «Del ius variandi a la*

por ello adverbio «solo», con la finalidad de remarcar el carácter excepcional de la modificación y se limitan ciertas posibilidades⁽⁷⁷⁾. No hay modificados de «*minimis*». En todo caso, la jurisprudencia del TJUE sobre esta materia sigue siendo de aplicación (considerando 107 de la Directiva 2014/24).

Se regula la cesión del contrato con el fin de evitar que se considere modificación contractual. Interesa destacar que toda modificación debe publicarse (artículos 203.3 y 205 LCSP/2017) y notificarse los acuerdos de modificación (opción ya incorporada en Aragón y Navarra) y que, como ya se ha visto, la modificación puede ser objeto de recurso especial⁽⁷⁸⁾. Esta regulación debe interpretarse conforme a los principios de la contratación pública y, para su correcto funcionamiento, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una adecuada planificación y gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras –exigiendo el replanteo previo antes de la aprobación del proyecto– y, en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto.

7. Nueva arquitectura del sistema de control previo vía recurso especial

En relación con el recurso especial conviene reseñar la extensión del recurso especial a cuantías inferiores a las del importe armonizado, es una decisión muy destacada, pues ha de ayudar corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública⁽⁷⁹⁾. La opción contenida en el proyecto de Ley limitaba «en exclusiva» este recurso especial a los contratos de importe armonizado. Opción cuestionada por la doctrina de forma unánime⁽⁸⁰⁾. Y también por órganos cualificados como el Consejo

libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos», Anuario de Gobierno Local 2012, IDP, Barcelona, 2013, pp. 142-145.

(77) En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera ésta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual (204. 2 LCSP/2017).

(78) Sobre esta cuestión me remito a J.M. GIMENO FELIU, «*Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público*», libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi. Cizur Menor, pp. 31-138.

(79) Debe recordarse que la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), subraya que se debe evitar la introducción de nuevas normas para los mercados de contratación pública que no alcancen los umbrales de la UE, ya que se puede poner en peligro la seguridad jurídica establecida a escala nacional.

(80) Conviene recordar el trabajo de J. A. MORENO MOLINA «Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada», RAP núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen por el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J.M. BAÑO

de Estado⁽⁸¹⁾, Comité Económico y Social⁽⁸²⁾, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁽⁸³⁾ o Transparencia Internacional España⁽⁸⁴⁾. El cambio producido es muy relevante pues implica superar la visión del recurso especial como una carga burocrática o «gasto» innecesario, para configurarse como un instrumento que permita garantizar la mejor transparencia mediante una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración⁽⁸⁵⁾. La opción de rebajar umbrales es, sin duda, un hito en la filosofía práctica de la contratación pública, y debe ser el inicio de un proceso para, tras dotar con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe⁽⁸⁶⁾. Por ello, resulta muy relevante la opción de ampliar por el importe

LEÓN, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», RAP 151, 2000, p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?», en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

(81) Dictamen 514/2006, de 25 de mayo. Afirma lo siguiente: «La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.

La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada. Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo *référé précontractuel*, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados».

(82) DICTAMEN núm. 8 2015, sesión ordinaria del pleno 25 de junio de 2015.

(83) IPN/CNMC/010/15 (Informes de Propuestas Normativas).

(84) En el documento sobre Medidas de transparencia y prevención de la corrupción en Subvenciones, Licitaciones y Contratos públicos, de octubre de 2015 (medida III. 2), se insiste en la necesidad de extender el recurso al margen del importe (<http://transparencia.org.es/ti-espana-propone-a-los-partidos-politicos-60-medidas-contrala-corrupcion-en-subvenciones-licitaciones-y-contratos-publicos-2/>)

(85) Vid. J.M. GIMENO FELIU, *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora). Número monográfico especial (2016) Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016*

(86) Como bien ha destacado el Profesor J.M. BAÑO LEÓN, el sistema de recursos administrativos ordinarios no está configurado en clave de protección de la legalidad, pues pretende proteger a la Administración. De hecho, como bien explica, el sistema de justicia administrativa es un ejemplo de la inercia autoritaria

el recurso especial frente a su limitación inicial a los contratos armonizados, que supera una extendida perspectiva de «gasto», y no de inversión, cuando se analizan los escenarios preventivos de control eficaz⁽⁸⁷⁾. Se extiende el objeto del recurso contra modificaciones y encargos ilegales (lo que supone que ya no es recurso precontractual)⁽⁸⁸⁾. Sin embargo, a mi juicio de forma errónea, no se incluyen en su objeto, pese a ser obligación europea, ni las alteraciones de las condiciones de subcontratación, así como los supuestos de resolución de los contratos (aunque se introduce dentro del objeto del recurso especial los rescates de concesiones). Esta limitación objetiva no es coherente con las obligaciones derivadas de las Directivas «recursos» vigentes en su nueva redacción derivada de la reforma de 2014. Previsiones que, por cierto, tienen efecto directo, como ha recordado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), que aplica un criterio amplio de «decisión» a efectos del ámbito material del recurso especial⁽⁸⁹⁾.

Además, se mantiene el modelo de los tribunales administrativos (cuyas ventajas ha destacado el profesor J. SANTAMARIA PASTOR⁽⁹⁰⁾). Este sistema de «justicia

del Derecho Público español. Por ello, como bien afirma, «la mejor alternativa al recurso administrativo es un buen recurso administrativo, entendiendo por tal el que garantiza una revisión de la actuación administrativa eficiente por un órgano funcionalmente independiente». «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español», en libro colectivo *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016, p. 669. Con esta ampliación del ámbito del recurso especial desde la perspectiva del importe se avanza en la filosofía del régimen equivalente en el nivel de eficacia exigido por STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14.

(87) J. PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Obviamente, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización podrán extender el ámbito de este recurso especial a importes inferiores, pues el artículo 112 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (al igual que su predecesora Ley 30/1992, en su artículo 107) habilita tal posibilidad. Así se ha hecho en Aragón mediante la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas) que fija en 200 000 euros el umbral del recurso especial para el contrato de obras y en 60 000 euros para los contratos de servicios y suministros.

(88) Sobre el carácter no precontractual del recurso especial puede verse mi trabajo «La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable», en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, 99. 83-140.

(89) La Directiva de concesiones incorpora un supuesto tasado de causas de resolución anticipada cuyo no cumplimiento por una Administración o poder adjudicador abre la puerta al recurso especial. Me remito a mi trabajo «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», Cuadernos Derecho Local núm. 43, 2017, pp. 50-71. También en el estudio *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017 /J.M. Gimeno, P. Sala y G. Quinteros).

(90) Lo explica de forma muy clara en su monografía *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial, pp. 48-64.

administrativa especial» ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitió a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), lo que presupone reconocer que estos Tribunales administrativos –con fundamento en la Directiva 89/665 y su reforma por Directiva 66/2007–, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, tienen carácter de permanentes, aplican un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C– 54/96 *Dorsch Consult*). Y así se ha declarado por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, que reconoce las notas exigidas para tal consideración –carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción– y declara que los órganos de recursos contractuales de España son órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE⁽⁹¹⁾.

Desde la perspectiva del procedimiento, se mejoran los aspectos de invalidez y desaparece cuestión de nulidad contractual que se integra en el recurso especial. Se reconoce una legitimación amplia conforme doctrina tribunales administrativos (se entiende que incluye doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimación de concejales, tal y como contempla expresamente el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁽⁹²⁾). No obstante, esta ampliación

(91) E. HERNÁNDEZ SALGUERO, ya había defendido este carácter «cuasijurisdiccional». «El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid». Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Núm. 28, 28 de junio de 2013, p. 88. Igualmente, M.J. SANTIAGO, «Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro», Revista Auditoría Pública, núm. 66, 2015, pp. 105-118. Este reconocimiento de órgano jurisdiccional a efectos del derecho comunitario tiene especial consecuencia en lo relativo al obligado cumplimiento de sus Acuerdos o resoluciones, que tiene el carácter de ejecutivos y ejecutorios. Aspecto sobre el que interesa dar cuenta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014, en el recurso de casación núm. 3014/2013 (asunto de la Privatización Aguas Ter-Llobregat en Cataluña).

(92) La legitimación no puede ser un obstáculo para analizar la legalidad de un procedimiento contractual, siempre que se acredite un interés directo y no una mera expectativa. El recurso especial debe interpretarse desde la lógica del artículo 24 CE confiere a todas las personas –personas físicas o personas jurídicas–el derecho a acceder a un tribunal (u órgano independiente de control) para interesar la protección de sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, lo que obliga a interpretar las normas procesales que regulan la atribución de legitimación de forma razonable, en sentido amplio y no restrictivo, con la finalidad de otorgar tutela judicial al administrado y de garantizar la fiscalización del cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración (SSTC 28/2005, de 14 de febrero), y 139/2010, de 21 de diciembre). En todo caso, debería avanzarse hacia una legitimación amplia, dado que la verdadera finalidad del control debe ser garantizar el derecho a una buena administración –como recuerda la Directiva 2007/66–. Sobre la legitimación del concejal en el recurso especial, la sentencia del TSJ de Aragón 500/2015, ha recordado que la doctrina del TC es directamente aplicable a este supuesto afirmando que *«los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su artículo 42,*

no comporta el reconocimiento a la acción pública, a mi juicio justificada porque la contratación pública guarda directa relación con el derecho a una buena administración⁽⁹³⁾.

Se indica expresamente que el recurso es gratuito (lo que elimina la posibilidad de imponer tasas por recurrir) y se mantiene el carácter potestativo. Este carácter potestativo genera evidentes disfunciones procesales, que eran corregidas mediante su consideración de recurso obligatorio en el Proyecto de Ley⁽⁹⁴⁾. Además, la experiencia de independencia del sistema permite vencer la «resistencia» inicial a esta consideración de carácter potestativo, pues su actual funcionamiento ha acreditado que no es una «carga» para el recurrente, sino un remedio procedimental claramente eficaz⁽⁹⁵⁾.

Por otra parte, se diseña un nuevo sistema de gobernanza, del que deriva tanto de un nuevo rol de la Junta Consultiva Contratación Pública (se crea un Comité con representación CCAA) por exigencia del Derecho de la Unión Europea⁽⁹⁶⁾, como, principalmente, de la creación de un organismo independiente de supervisión y control es la bóveda de una nueva arquitectura institucional para promover las exigencias de gobernanza europea La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación está adscrita orgánicamente al Ministerio de Hacienda, pero formada por personal independiente (plazo de 6 años inamovibles), que asume las funciones de Gobernanza de las Directivas de contratación pública⁽⁹⁷⁾. Podrá dictar instrucciones,

relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés –e incluso obligación–, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL».

(93) J. PONCE, «La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local», en Anuario de Derecho Local 2012, IDP, Barcelona, 2013, pp. 136-137. Esta vinculación de la contratación pública al derecho a una buena administración fue expresamente advertida en el Acuerdo 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

(94) Las explica bien G. MARTÍNEZ TRISTÁN, «¿Es el recurso especial la solución o el problema?», en libro col. La contratación pública: problemas actuales, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp. 45-54 y P. VALCÁRCEL «Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración», XI Congreso AEPDA, pp. 27 a 31 de su ponencia (el texto se puede ver en el libro *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, Madrid, 2016 (pp. 303 y ss.).

(95) J.M. GIMENO FELIU, *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora). Número monográfico especial (2016) Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 187.*

(96) Cuestión en la que insiste la citada Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit.

(97) En todo caso, como bien advierte J. PONCE, la creación de este tipo de unidades no es sino una más de entre las distintas medidas posibles para luchar contra la corrupción, piezas de un *puzzle* complejo que configura el sistema de integridad de un Estado y condiciona su buen gobierno y buena administración. «Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño

pero no se le reconocen competencias de «anulación» o sanción⁽⁹⁸⁾. Los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas –además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos– lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas –que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática– conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos pública⁽⁹⁹⁾. Esta Autoridad independiente se complementa con una Comisión Mixta con el Tribunal Cuentas, de seguimiento de la contratación pública⁽¹⁰⁰⁾.

III. CONCLUSIÓN: HACIA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA TRANSPARENTE Y RESPONSABLE

En el contexto de nuevos retos para la gestión de la contratación pública, configurada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas y orientada al objetivo de mayor eficiencia, visión estratégica e integridad en la adjudicación de contratos públicos, el legislador español ha acertado (no sin vacilaciones) al revisar en profundidad nuestro modelo jurídico y práctico de la contratación pública, evitando, en mi opinión, el riesgo de una oportunidad perdida, y apostando por una mejor y mayor transparencia⁽¹⁰¹⁾. No puede desconocerse que

normativo», *Revista Internacional Transparencia e Integridad* núm. 3, 2017 p. 8 de su trabajo. Como advierte, la posible creación de oficinas de este tipo debe ser contextualizada en una estrategia global contra la mala administración y la corrupción y a favor del buen gobierno y la buena administración.

La decisión sobre la creación de una oficina de este tipo debe ponderar, por exigencias del derecho a una buena administración, los costes y beneficios concretos, de todo tipo, que la misma pueda generar, y sólo crearla si los segundos superan a los primeros. Es preciso respetar los principios de buena regulación y la evaluación de impacto normativo exigido ahora por la ley 39/2015.

(98) El funcionamiento de la OLAF en la Unión Europea puede servir de ejemplo para su puesta en funcionamiento. Sobre ello resulta interesante el trabajo de M. FUERTES LÓPEZ, «La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF)», *Revista de Administración Pública*. núm. 175, 2014, pp. 269-301.

(99) El titular de la presidencia de la Oficina remitirá a las Cortes y al Tribunal de Cuentas un informe anual sobre las actuaciones y comparecerá en las Cortes para la presentación del informe anual y sus conclusiones.

(100) Sin duda puede ser una importante herramienta de apoyo a la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. *Vid.* A. PEÑA OCHOA, «El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción», en libro col. *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 83-108. En especial resulta de interés el estudio de J. A. FERNÁNDEZ ASEÑO, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

(101) La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública. Ya lo advertía Platón –cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad– en el segundo libro de la República, expone el mito del pastor GIGES. (República, L. II, 359c-360d). En este

la contratación pública es el principal escenario en donde la transparencia debe desplegar su máxima eficacia, no sólo por la importancia de los recursos públicos que moviliza (entorno al 20% del PIB) sino también, y principalmente, porque la realidad nos ha presentado un contexto muy extendido de ineficiencia y de prácticas irregulares que tienen su causa en la utilización demasiado intensiva de prácticas vinculadas a la opacidad (hecho denunciado por las instituciones europeas que han exigido una respuesta eficaz para reconducir dicha situación). Lo que, además, tiene importantes consecuencias desde la percepción ciudadana –con desafección hacia lo público–, que no comprende cómo no se han adoptado medidas o prácticas que favorezcan una mayor transparencia en esa contratación pública para reconducir una situación claramente patológica que ha permitido conocidos espacios de corrupción.

A tal fin, el legislador estatal, con un alto consenso político, ha aprobado una nueva Ley de contratos del sector público, que tiene por objetivo fundamental introducir una mayor transparencia en todas las decisiones contractuales, optando por limitar al máximo la posibilidad de recurrir a procedimientos de contratación sin publicidad (para generar concurrencia y poder seleccionar la mejor oferta), y exigiendo una explicación previa de por qué se utilizan un procedimiento de contratación sin publicidad antes de realizar el contrato.

Esta decisión legislativa es, sin duda, un gran acierto dado que pretende corregir las inercias anteriores asentadas sobre la conocida lógica del «siempre se ha hecho así». Sin embargo, desde la publicación de la norma citada se ha podido constatar un importante «ruido de fondo» que venía a cuestionar la oportunidad de esta decisión argumentando que suponía trabas «innecesarias» y que eso complicaba determinados proyectos o actuaciones estratégicas en la medida en que ya no existía «flexibilidad» para comprar directamente. Así, con la explicación de preservar una mayor eficacia, y de que la transparencia en la contratación pública es una burocracia innecesaria, desde ciertos grupos se pretende revertir la decisión del legislador para volver al «punto de partida» caracterizado por la libertad de contratar a través de la técnica del contrato menor. Quienes pretenden esta mayor flexibilidad en la contratación parecen olvidar, en primer lugar, que en la gestión de los recursos públicos juega, como mandato constitucional, la mejor eficiencia de los mismos (lo que de por sí avala la máxima transparencia), y que en modo alguno puede justificarse la flexibilidad personal de «con quien relacionarse» para adquirir servicios o productos, con la lógica de la satisfacción del interés público, cuya dimensión práctica, en tanto se debe preservar el derecho fundamental a la buena administración que tienen todos los ciudadanos, no es, evidentemente, la del interés del gestor en no tener controles ni justificar determinadas decisiones.

La contratación pública, cuya finalidad estratégica es desarrollar las políticas públicas que necesita nuestro país, no puede ser «simplificada» (como pretenden

mito se plantea el dilema moral del hombre, que en caso de poseer un anillo de invisibilidad que le brinda todo el poder para actuar en secreto y con total impunidad, va a actuar, desafortunadamente según muestra la experiencia general, en beneficio propio y de forma deshonesto e injusta.

algunos, con cierta nostalgia de situaciones de otros tiempos donde la adjudicación directa de contratos era la regla general), a una mera capacidad de gasto de libre decisión por quien gestiona esos recursos públicos, argumentando que la transparencia o la concurrencia derivada de la misma son reglas burocráticas innecesarias. Sin transparencia, no como exigencia legal, sino como convicción de ser la principal seña identitaria de una administración pública moderna, no hay buena administración y, en consecuencia, no hay regeneración democrática. Por eso, más que nunca, necesitamos una contratación pública abierta, caracterizada por la mayor transparencia, la extensión práctica de los medios electrónicos como herramienta ineludible en la gestión de las decisiones públicas, la adecuada cooperación administrativa para desarrollar «economías de escala organizativas» y, por supuesto, una estrategia de profesionalización horizontal en la contratación pública, delimitando de forma adecuada los distintos roles y funciones en la gestión contractual. Las exigencias de eficiencia y de integridad en las decisiones públicas, como nuevos paradigmas del liderazgo institucional público, exigen la mejor transparencia en la contratación pública y, en consecuencia, la reducción a su mínima expresión de los espacios de opacidad o inmunidad, incompatibles con las exigencias de ética y ejemplaridad de nuestros tiempos. Por ello, debemos aprovechar la oportunidad que ha dado la nueva Ley de contratos públicos para avanzar en una efectiva cultura de la transparencia.

«ESCOLTA MÓN»: LA «DIMENSIÓN EXTERIOR» DEL «PROCÈS» DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO⁽¹⁾

JAVIER A. GONZÁLEZ VEGA

Catedrático de D.º internacional público. Universidad de Oviedo.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LA GLOBALIZACIÓN DEL «PROCÈS».
- II. LAS IMPLICACIONES JURÍDICO-INTERNACIONALES Y EUROPEAS DE LAS ACTUACIONES DE LAS INSTITUCIONES DE LA «GENERALITAT» EN EL CÉNIT DEL «PROCÈS».
 1. **Las Leyes de septiembre de 2017.**
 2. **La Declaración de independencia de ¿? octubre de 2017.**
- III. «ESCOLTA EUROPA»: EL FRACASO DEL «PROCÈS» ANTE LAS INSTITUCIONES Y LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE.
 1. **La UE no recibe, sus Estados miembros tampoco.**
 2. **La estrategia independentista ante el Consejo de Europa: las acciones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comisario de derechos humanos.**
- IV. «ESCOLTA BÉLGICA:» LAS DIFICULTADES CREADAS POR EL PRÓFUGO PUIGDEMONT.
 1. **La estrategia judicial del ex«Govern»: Euroorden «vs» demanda civil contra Llarena.**
 2. **La proyectada presidencia en el exilio («Consell de la República»): Puigdemont ¿«ciudadà o president»?**
- V. «ESCOLTA ALEMANYA»: LAS INESPERADAS COMPLICACIONES DE LA EUROORDEN ANTE EL SISTEMA JURÍDICO ALEMÁN.
- VI. «ESCOLTA MÓN»: LOS INTENTOS POR MUNDIALIZAR EL «PROCÈS».
- VII. ¿Y EL FUTURO?

(1) Esa contribución es el resultado de nuestras reflexiones sobre el tema a raíz de conferencias y coloquios en los que participado en las Universidades de Castilla-La Mancha, Zaragoza, Jaén y Oviedo en los últimos 18 meses. En todo caso, el trabajo se enmarca en el proyecto «Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE», DER2017-86017-R, del que son IPs P. Jiménez Blanco y A. Espiniella Menéndez y financiado por el MINECO.

*On ets, Espanya? – No et veig enlloc.
No sents la meva veu atronadora?
No entens aquesta llengua – que et parla entre perills?
Has desaprès d'entendre an els teus fills?
Adéu, Espanya!
Oda a Espanya*

J. MARAGALL (1898)⁽²⁾

I. INTRODUCCIÓN: LA GLOBALIZACIÓN DEL «PROCÈS»

El desarrollo de los acontecimientos relativos a la crisis catalana en los últimos meses –el comúnmente denominado *procès*– han propiciado una abundante literatura de todo signo: favorable –incluso apologética– y contraria; de naturaleza ensayística, histórica, política y, como no, jurídica. Dentro de ésta –de sustancial amplitud– no han sido frecuentes, sin embargo, las aportaciones referidas a los acontecimientos catalanes desde la perspectiva de su dimensión exterior. De hecho, a salvo las numerosas contribuciones de A. Mangas Martín –con especial atención a la pretendida continuidad del futuro Estado catalán en el seno de la UE– quien desde hacía más de un lustro venía dedicando sus esfuerzos –tanto en el plano científico como publicístico– a denunciar la impostura urdida al respecto por las autoridades catalanas⁽³⁾, eran contadas las aportaciones generadas al respecto. Tan sólo X. Pons Ràfols⁽⁴⁾ y el, entonces, Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de AAEE y Cooperación, J. Martín y Pérez de Nanclares dedicaban sustanciales contribuciones al tema⁽⁵⁾. Esta escasa atención sólo va a verse parcialmente quebrada con ocasión

(2) Es interesante señalar que 9 años después escribiría en la *La Veu de Catalunya* un artículo con el significativo título de «Visca Espanya», 5 de mayo de 1907 (accesible en https://www.ara.cat/premium/opinio/Visca-Espanya_0_986301362.html consultado el 12 de julio de 2018). En todo caso, los «giros copernicanos» de los nacionalistas periféricos no son extraños, como también pusiera de manifiesto el casi coetáneo giro españolista de S. Arana, frustrado por su temprana muerte.

(3) Resulta imposible enumerar aquí las aportaciones de todo cuño realizadas por la Catedrática de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad Complutense –y académica de la Real de CC. Morales y Políticas– al tema en el último lustro. Remitimos a su página web en la que aparecen recogidas buena parte de sus contribuciones al respecto. Cfr. <http://aracelimangasmartin.com/> consultada el 12 de julio de 2018.

(4) En concreto mencionemos sus aportaciones «Legalidad internacional y derecho a decidir», *REEI*, núm. 27, 2014; accesible en <http://www.reei.org/>, «La Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña: Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 42/2014, de 25 de marzo de 2014 (BOE de 10 de abril de 2014)», *REDI*, vol. 66, núm. 2, 2014, pp. 206-210, «El denominado derecho a decidir y el derecho internacional», en A. Garrigues Walker y E. Sagarra i Trías (coords.), *¿Existe el derecho a decidir? Preguntas y respuestas sobre el proceso abierto en Cataluña*, Barcelona, Tibidabo, 2014, pp. 71-111, así como su monografía *Cataluña: Derecho a decidir y Derecho internacional*, Madrid, Reus, 2015.

(5) En este caso en el periodo del Ministro J.M. García-Margallo Marfil –y alentado por él– quien, clarividente, se mostró particularmente belicoso contra los líderes secesionistas, tanto en el interior como en el exterior, frente a los recelos del Presidente del Gobierno, M. Rajoy. J. Martín, en cambio, adoptaría una

de los acontecimientos del pasado otoño, cuando a raíz de la aprobación de las Leyes de Referéndum y de Transitoriedad y del ulterior plebiscito del 1-0, la web de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) difundía en septiembre de 2017 una declaración sobre el tema, elaborada a iniciativa de algunos de sus más eximios miembros, y que era suscrita por más del 80% de sus asociados en la que «negro sobre blanco» acudía al encuentro del argumentario internacional y europeo manejado por los dirigentes secesionistas para refutar frontalmente su supuesta fundamentación jurídica⁽⁶⁾. A ello seguía –ya en el mes de diciembre– la publicación por parte de algunos de sus redactores de una crónica de los acontecimientos producidos en la que, obviamente, no se ahorraban críticas a aquéllos⁽⁷⁾.

Sin embargo, la estrategia internacional de los promotores del *procès* no había despertado casi atención entre los autores, aun cuando acontecimientos relevantes venían produciéndose en momentos previos al otoño de 2017. Un planteamiento que, como ahora es bien conocido, se intensificará a raíz de los acontecimientos del 1 de octubre y arreciará a partir de finales del mismo mes con ocasión de la «fugaz» proclamación de la República Catalana⁽⁸⁾ y la inmediata respuesta del Estado instrumentada merced a la aplicación del art. 155 de la Constitución Española, con la consiguiente intervención por parte del Gobierno del Estado del *Govern* de la *Generalitat de Catalunya*⁽⁹⁾.

posición silente en el tema bajo el ulterior mandato del Ministro A. Dastis Quecedo. Fruto de aquel empeño fue el estudio difundido en septiembre de 2015 en el propio portal del Ministerio de AAEI y Cooperación «Reflexiones jurídicas a propósito de una eventual declaración unilateral de independencia de Cataluña: un escenario político jurídicamente inviable», accesible en <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/Art%C3%ADculo%20Catalu%C3%B1a%20DUI%2022%20septiembre%202015.pdf> y ulteriormente publicado en inglés bajo el título «Legal considerations regarding a hypothetical unilateral declaration of independence by Catalonia: A legally unfeasible political scenario», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 19, 2015, pp. 35-59. De hecho, los esfuerzos de comunicación de la «etapa Margallo» se habían reflejado en una intensa actividad del Ministro en diferentes foros –incluidos debates con los líderes independentistas, así como con la previa publicación del documento *Cataluña en España. Por la convivencia democrática*, accesible en <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/Porlaconvivencia/POR%20LA%20CONVIVENCIA%20DEMOCRATICA.pdf>, difundido en castellano, inglés, francés y alemán en febrero de 2014.

(6) Su texto aparece reproducido en *REDI*, vol. 70, 2018, núm. 1, pp. 295-296.

(7) Al respecto *vid.* REMIRO BROTONS, A., ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «La cuestión catalana», *REDI*, vol. 70, 2018, núm. 1, pp. 285-294

(8) De su extraordinaria fugacidad –los escasos 10 segundos que mediaron entre su proclamación y su suspensión en el discurso ante el *Parlament* del *President* Puigdemont del 27 de octubre de 2017– merced al inveterado ingenio español, daba cuenta un *meme* difundido escasas horas después por las redes sociales que recordaba que los anteriores intentos en abril de 1931 y octubre de 1934 habían sido más prolongados en el tiempo: un día y unas horas, respectivamente. Para una aproximación histórica a estos acontecimientos remitimos a la esclarecedora obra de CANAL, J., *Con permiso de Kafka. El proceso independentista en Cataluña*, Península, Barcelona, 2018 y a su anterior *Historia mínima de Cataluña*, Turner-El Colegio de México, Madrid, 2015.

(9) *Cfr.* RD 945/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la *Generalitat* de Cataluña en aplicación

Y es que, en el mundo global en que vivimos, el *procès* venía llamado a cobrar –para bien y para mal– una dimensión exterior que, bien presentida por los partidarios del secesionismo⁽¹⁰⁾, cogía sin embargo desprevenidas a las autoridades del Estado, al conjunto de la clase política, a buena parte de la doctrina jurídica y desde luego al conjunto de la opinión pública española. De ahí, la conveniencia de dedicar las líneas que siguen a abordar los hitos más significativos –se comprenderá que el caudal de acontecimientos producidos impide una análisis pormenorizado en el marco de este breve estudio– que han conformado aquella estrategia, analizando su fundamentación desde las perspectivas tanto del Derecho internacional público como del Derecho Europeo –incluyendo aquí no sólo los desarrollos del Derecho de la Unión Europea sino los relativos al Consejo de Europa, que han cobrado particularmente en el caso una significativa proyección.

II. LAS IMPLICACIONES JURÍDICO-INTERNACIONALES Y EUROPEAS DE LAS ACTUACIONES DE LAS INSTITUCIONES DE LA «GENERALITAT» EN EL CÉNIT DEL «PROCÈS»

Como es conocido, el proceso secesionista alcanza su clímax en los meses de septiembre y octubre de 2017⁽¹¹⁾; de un lado, con la aprobación de las Leyes de Referéndum y de Transitoriedad; de otro con la ¿tentativa? de proclamación de la República Catalana de acuerdo con las previsiones establecidas en la primera de ellas.

1. Las Leyes de septiembre de 2017

Los intentos por embridar formalmente –es un decir⁽¹²⁾– el proceso de secesión de Cataluña se concretan en la Ley 19/2017, de 7 de septiembre, del referéndum de

del artículo 155 de la Constitución, la adopción de diversas medidas respecto de la organización de la Generalitat de Cataluña, y el cese de distintos altos cargos de la Generalitat de Cataluña, *BOE*, núm. 261, 28 de octubre de 2017.

(10) No por casualidad, la corresponsal en España del diario *Le Monde* consigna los numerosos contactos trabados desde el *Govern* con los corresponsales extranjeros desde varios años atrás con miras a la internacionalización del *procès*, así como las intensas presiones luego ejercidas sobre ellos, faltos de toda respuesta desde el Gobierno del Estado (MOREL, S., *En el huracán catalán*, Planeta, Barcelona 2018). Este despliegue internacional arreciará con la llegada de C. Puigdemont a la presidencia de la Generalitat, quien –frente a las vacilaciones de su predecesor– asumirá «una percepción de la coyuntura internacional que le convenció de que era posible conseguir la independencia» (UCELAY-DA CAL, E., *Breve historia del separatismo catalán. Del apego a lo catalán al anhelo de la secesión*, B, Barcelona, 2018, p. 263).

(11) Clímax, pues el *procès* se había iniciado «formalmente» en 2013 como recuerda autorizadamente ARAGÓN REYES, M., «El desafío independentista en Cataluña: Comentario constitucional», *REEI*, núm. 35, 2018.

(12) Lo es porque, como es conocido, el procedimiento de urgencia acordado por el pleno del *Parlament* y las sesiones en el desarrolladas los días 6 y 7 de septiembre supusieron el más grosero atropello a la democracia desde el fallido golpe de Estado de 23 de febrero de 1981. La absoluta falta de respeto a las

autodeterminación⁽¹³⁾ y en la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República catalana⁽¹⁴⁾. En la primera de ellas, su preámbulo realiza profusas invocaciones al Derecho internacional con el objeto de fundamentar el supuesto derecho del pueblo de Cataluña a la libre determinación; en él esencialmente se justifica el mismo con arreglo a la idea de que formando parte los tratados internacionales «ratificados por España»⁽¹⁵⁾ del Derecho interno y disponiendo el art. 10.2 de la Constitución española la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades públicas de conformidad con los tratados relativos a los derechos humanos, debe prestarse atención al derecho de autodeterminación –el primero de los derechos humanos– reconocido tanto en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos como en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, ambos de 16 de diciembre de 1966, de los que es parte nuestro país.

Esta inferencia, absolutamente cuestionable, puesto que a más de obedecer a una interpretación ayuna de fundamento en la práctica internacional contraría abiertamente la «indivisible unidad de la Nación española» proclamada en el art. 2 de nuestra Constitución⁽¹⁶⁾, se acompaña luego de una supuesta ruptura del pacto constitucional –concretada en el agravio causado por «la anulación parcial y la completa desnaturalización» del *Estatut* de 2006 por medio de la Sentencia TC 31/2010, de 21 de junio⁽¹⁷⁾– que justificaría según sus redactores el inminente ejercicio del derecho de libre determinación existente. Las disposiciones de la Ley, en consonancia con esta idea establecen la condición de Cataluña como «sujeto político soberano» que «ejerce el derecho a decidir libremente y democráticamente su condición política» (art. 2) y regulan luego los pormenores del proceso tendente a ejercer por parte del pueblo de Cataluña el derecho de libre determinación y la manifestación de su voluntad para constituirse en Estado independiente.

Por su parte, la Ley de transitoriedad conforma una auténtica Constitución provisional de la República catalana –a la espera de la elaboración del texto definitivo, cuyo proceso regula su Título VII– en la que junto a proclamaciones de una extrema

formas parlamentarias y el tiránico desprecio de la minoría constitucionalista hacen de este turbulento inicio del *procès* una auténtica infamia.

(13) *DOGC*, núm. 7449A, 6 de septiembre de 2017.

(14) *DOGC*, núm. 7451A, 8 de septiembre de 2017.

(15) Es indudable que la pericia jurídica internacional estaba ausente entre los redactores de la Ley, tal como comprobaremos de seguido. Pero en todo caso, la alusión a la ratificación –una de las modalidades de manifestación del consentimiento estatal en obligarse por un tratado– no es la fórmula correcta para evocar la idea de la vinculación convencional de un Estado, dado que existen –y se emplean muy a menudo– otras alternativas.

(16) Sobre lo primero –la falaz fundamentación jurídico internacional del *procès*– remitimos al sucinto análisis que efectuaremos *infra*, 6; en cuanto a lo segundo, la indivisibilidad del Estado español y el no reconocimiento en nuestro Derecho interno del derecho a la libre determinación de las nacionalidades existentes, dado lo obvio de la conclusión remitimos por todos al reciente artículo firmado por CRUZ VILLALÓN, P., «El fiasco de las nacionalidades», Diario *El País*, 11 de julio de 2018; accesible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1179002.

(17) *BOE*, núm. 172, 16 de julio de 2010.

originalidad como la estructura binacional del futuro Estado catalán –instrumentada merced al reconocimiento de la soberanía aranesa junto a la catalana «de las que emanan todos los poderes del Estado» (art. 2)– se contiene una abigarrada declaración de derechos «y deberes»⁽¹⁸⁾, la estructura institucional del nuevo Estado, así como una somera regulación del procedimiento legislativo y del régimen económico y financiero. En ella además encuentran acomodo disposiciones en materia de sucesión de Estados, dentro de las que sobresale la «voluntarista» y «generosa» referencia a la continuidad del Derecho de la Unión Europea contenida en su art. 14⁽¹⁹⁾.

La ejecución de estas disposiciones –pese a la suspensión decretada por el Tribunal Constitucional– se encuentra en el origen de los desarrollos que van a conducir a los acontecimientos por todos conocidos: la celebración del referéndum del 1 de octubre y la ulterior proclamación unilateral de independencia. Si el examen de las convulsas circunstancias en que se desarrolló el primero tendrá cabida en el apartado que dedicaremos a las repercusiones mundiales del *procès*⁽²⁰⁾, ahora es el momento de que dediquemos nuestra atención a la Declaración unilateral de independencia.

2. La Declaración de independencia de ¿? octubre de 2017

Conviene advertir que la «tentativa» de los independentistas por afianzar el proceso de secesión a través de una Declaración Unilateral de Independencia –en lo sucesivo, DUI–no tiene en sí mismo nada de original.

En efecto, sin necesidad de retrotraerse a un remoto pasado, el fenómeno ha estado presente en los procesos secesionistas desarrollados en Europa en los últimos 35 años. En este sentido, baste recordar que este procedimiento ya fue empleado por la República Turca del Norte de Chipre en 1983⁽²¹⁾, así como por las Repúblicas Bálticas para solemnizar sus procesos de «restauración de la independencia» en 1990-1991⁽²²⁾. También estuvo presente en las actuaciones desarrolladas en

(18) Abigarrada por cuanto condensados en 3 artículos, su texto incorpora «por referencia» todos los derechos proclamados en la Constitución española de 1978 y en el *Estatut* de 2006, así como todos los reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el , el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* y sus protocolos adicionales, y la (art. 22). A los que se han de añadir los derechos a las prestaciones y a la protección social (art. 23), así como los derechos lingüísticos de los hablantes catalanes, castellanos y occitanos (aranés), incluidos los usuarios de «la lengua de signos catalana» (art. 24).

(19) Los calificativos derivan del hecho de que produciéndose *ipso iure* la salida del territorio catalán del espacio de la UE al proclamarse la independencia, hay que reconocer la liberalidad de los redactores de la Ley al asumir obligaciones que ya nadie les impone. Ahora bien, sabido es, y de ahí el voluntarismo, que lo primero es lo que nunca han querido ver los partidarios de la independencia. Al respecto, *vid. infra*.

(20) *Vid. infra*, 6.

(21) Declaración de 15 de noviembre de 1983, parcialmente accesible en <http://mfa.gov.ct.tr/cyprus-negotiation-process/historical-background/> consultado el 12 de julio de 2018.

(22) Declaraciones de 11 de marzo de 1990 (Lituania, accesible en <http://www.nytimes.com/1990/03/13/world/upheaval-in-the-east-lithuania-s-declaration.html>), 4 de mayo de 1990 (Letonia, accesible en http://www.servat.unibe.ch/icl/lg01000_.html) y de 20 de agosto de 1991 (Estonia), todas ellas consultadas el 10 de julio de 2018.

el seno de las Repúblicas Federadas exyugoslavas (1991)⁽²³⁾, aunque sin duda el precedente que contribuyó a su «popularización» –incluido el empleo del acróstico DUI– procede del más reciente caso de la secesión de Kosovo; particularmente, dada la circunstancia de que en este supuesto la medida unilateral adoptada por los «representantes del pueblo de Kosovo» dio pie a un detenido examen jurídico de la misma por parte de la Corte Internacional de Justicia (en lo sucesivo, CIJ), que en su opinión consultiva –confundida conscientemente por los independentistas con una Sentencia del Tribunal (Pilar Rahola *dixit*)– tuvo ocasión de valorar su naturaleza e implicaciones jurídicas⁽²⁴⁾.

En todo caso, como recordaba un reputado conocedor del tema, J. Soroeta Liceras:

«La afirmación de la Corte en el sentido de que la misma –la DUI– no fue contraria al Derecho internacional se interpretó inmediatamente desde sectores nacionalistas como un reconocimiento de que el Derecho internacional avala las DUI⁽²⁵⁾».

Pero como advierte el autor, una lectura más sosegada de la opinión consultiva de la CIJ ofrece una visión más matizada de la cuestión en examen, pues:

«En realidad, lo que hizo la Corte para evitar tener que pronunciarse sobre la aplicabilidad a Kosovo del derecho de autodeterminación fue recurrir al artificioso argumento de que quien había hecho la declaración no había sido la Asamblea de Kosovo, sino las personas que formaban parte de la misma. Si en vez de ceder a la presión de numerosos Estados, hubiera abordado la cuestión de frente, reconociendo que la DUI fue realizada por un órgano que había sido creado por el Consejo de Seguridad a través de una resolución en la que se reafirmaba expresamente la integridad territorial de la entonces denominada República Federativa de Yugoslavia, no habría podido concluir otra cosa: que esa DUI era contraria al Derecho internacional. Sin embargo, *prefirió afirmar que el Derecho internacional no prohíbe que un grupo de personas proclame la independencia. Una verdad de Perogrullo*⁽²⁶⁾».

Es indudable que semejante afirmación propiciaba que el precedente kosovar guiara los pasos de los muñidores del *procès*; de suerte que, también ahora, cabía que una nueva DUI posibilitara su eventual toma en consideración por los actores del área, como había ocurrido en Kosovo y en anteriores ocasiones. Avancemos, no obstante,

(23) Declaraciones de independencia de Eslovenia y Croacia, ambas de 25 de junio de 1991.

(24) Sobre la controvertida opinión consultiva *vid.* MILANOVIC, M., WOOD, M., *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*, Oxford UP, Oxford, 2015. En nuestra doctrina puede consultarse el número monográfico sobre La Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010 sobre la conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo, en la *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 63, núm. 1, 2011, con contribuciones de P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, J. CARDONA LLORENS, C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. ESPOSITO MASSICCI, C. JIMÉNEZ PIERNAS y A. MANGAS MARTÍN.

(25) SOROETA LICERAS, J., «*Quo Vadis Cataluña?* La unilateralidad, un viaje de corto recorrido», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, p. 337.

(26) *Ibid.* Cursivas añadidas.

que los resultados en este caso se han tornado sin duda muy decepcionantes para sus promotores. Permítaseme, no obstante, antes de entrar en el análisis de las cuestiones que ha suscitado –y suscita⁽²⁷⁾– la DUI catalana, señalar que en la estrategia –por llamarla de algún modo– «secesionista» la DUI no es sino uno de tantos elementos concebidos con el propósito de alumbrar una República Catalana, a través de los apoyos que ha esperado –vanamente recibir– del entorno europeo e internacional. El otro indudablemente, se ha cifrado en las tentativas por representar «un pueblo unido en un propósito pacífico» como sería el afirmar su derecho a la libre determinación frente a las asechanzas y la violencia de un Estado brutal y represor; punto éste en el que la «representación del 1-O» a punto estuvo de confundir a incautos, merced a la colusión entre los afanosos propagandistas del «separatismo» y ciertos medios de comunicación, declaradamente hispanófobos unos⁽²⁸⁾, liberales otros⁽²⁹⁾, reiteradamente cortejados por la *intelligentsia* del independentismo⁽³⁰⁾. De hecho, la conjunción de diversos criterios sobre la base de los cuales pudiera apuntalarse la estrategia secesionista –como ocurriera en la década de los 90– era sin duda el objetivo fallido de los sucesos de «octubre del 17» en pos de un reconocimiento internacional⁽³¹⁾.

(27) La primera se cifra en el hecho de que la Declaración –firmada como es sabido el 10 de octubre de 2017 por «los representants de Catalunya»– afirma que «*el poble de Catalunya es amant del Dret*» (¡!) y que «*el respecte a la llei es i serà una de les pedres angulars de la República*» (¡!) (texto accesible en https://www.elnacional.cat/en/news/catalan-republic-declaration-independence_200778_102.html consultado el 10 de julio de 2018); de otro que su lectura el 27 de octubre de 2017 por la entonces Presidenta del *Parlament*, Sra. Forcadell, habría tenido un valor meramente simbólico, de crear sus declaraciones ante el Juez del TS, Sr. Llarena. En todo caso, su valor es cuestionable, pese a haberse firmado en el *Parlament* y no «en un casino», como destacan irónicamente A. Remiro y Paz Andrés (*loc. cit.*, p. 288); por no hablar del secretismo que rodeó la elaboración del texto de la resolución que proclamaba la República, conocido sólo por pocas personas, ocultada por sus redactores y sólo hecha pública minutos antes de su presentación en el Registro del *Parlament* (COSCUBIELA, J., *Empantanados. Una alternativa federal al soviets carlista*, Península, Barcelona, 2018, p. 151).

(28) Remitimos al conjunto de informaciones que sobre el tema catalán ha publicado el diario *The Times*.

(29) Sirvan como ejemplo las crónicas del *New York Times* sobre la cuestión catalana.

(30) Una obra fundamental para conocer sus antecedentes y sus protagonistas es la de AMAT, J., *Largo proceso, Amargo sueño. Cultura y política en la Cataluña contemporánea*, Tusquets Editores, Barcelona, 2018.

(31) Pues no ha de olvidarse que fueron también entonces varios los elementos que confortaron la «política de reconocimiento» desarrollada por los Estados y la, entonces, Comunidad Europea, y en donde se tomaba en consideración, *inter alia*, la voluntad legítimamente expresada en consultas, el marco constitucional –genéricamente considerado– y, especialmente, las prácticas represivas desarrolladas desde los aparatos de los Estados afectados (Sobre la incidencia de estas últimas en los casos esloveno y croata *vid.* la propuesta sometida en EEUU por el Senador Robert Dole en enero de 1992 para el reconocimiento de ambas, S. Res.246 –102nd Congress (1991-1992), accesible en <https://www.congress.gov/bill/102nd-congress/senate-resolution/246/text> consultado el 11 de julio de 2018). Ciertamente a ojos de los observadores eran los acontecimientos de Eslovenia e incluso los más recientes del *Maidan* ucraniano los que se trataban de reproducir en Cataluña en los episodios del mes de octubre (Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Referéndum en Cataluña: pánico en la Moncloa», 18 de septiembre de 2018, en el blog *Global Politics and Law*, accesible en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/09/18/referendum-cataluna/> consultado el 11 de julio de 2018; RI Elcano, *El conflicto catalán*, p. 26, accesible en <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/8ca9ef80-5dcd-4351-817d-3efc491412c2/Cataluna-Dossier-Elcano-Octubre-2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8ca9ef80-5dcd-4351-817d-3efc491412c2> consultado el 10 de julio de 2018).

III. «ESCOLTA EUROPA»: EL FRACASO DEL «PROCÈS» ANTE LAS INSTITUCIONES Y LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE

A estas alturas de la «película», no hay dudas de que el *procès* fiaba buena parte de su futuro a los presumibles logros de una bien trabada labor de proyección exterior del mismo. La «*protodiplomacia*», travestida de «*paradiplomacia*» y «*diplomacia pública*»⁽³²⁾, desarrollada desde diferentes instancias –fundamentalmente, las Delegaciones del *Govern* de la *Generalitat* –las denominadas «embajadas catalanas»– en el exterior⁽³³⁾, el ente *Diplocat*⁽³⁴⁾ y los «egregios» catalanes secesionistas «expatriados»– habían venido desarrollando una intensa labor de *agitprop*, minimizada cuando

(32) Los «palabras» proceden respectivamente de RUIZ ROBLEDO, A., «La presencia de las Comunidades Autónomas en las organizaciones internacionales», *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. extraordinario, 2006, p. 160, y de ALDECOA, F., KEATING, M., *Paradiplomacia: las relaciones internacionales de las regiones*, M. Pons, Madrid, 2001, pp. 79 y ss. En cuanto al término «diplomacia pública» goza de un amplio reconocimiento y se concibe como una herramienta complementaria a la diplomacia estatal (al respecto *vid.* MELISSEN, J., «Public Diplomacy», en *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, (A. Cooper, J. Heine, R. Takhur, eds.), Oxford UP, Oxford, 2015, pp. 436-452), aunque en el caso catalán responde inequívocamente a la estrategia secesionista; de ahí que el Tribunal Constitucional declarara inconstitucional el empleo del término en la Ley catalana 16/2014, de 4 de diciembre, de Acción Exterior y de relaciones con la Unión Europea (BOE, núm. 309, de 23 de diciembre de 2014) en el fundamento jurídico 11 de la Sentencia TC 228/2016, de 22 de diciembre (BOE, núm. 23, de 27 de enero de 2017). Al respecto *vid. infra*.

(33) Conviene advertir que la existencia de tales delegaciones no supone en sí misma vulneración del sistema constitucional español. Como es sabido, la interpretación expansiva del art. 149.1. 3.º de nuestra Constitución por parte de su supremo intérprete, el Tribunal Constitucional, ha posibilitado tal fórmula, ligada inicialmente a las relaciones con la UE (*Cfr.* Sentencia 165/1994 de 26 de mayo, BOE, núm. 151, 25 de junio de 1994), aceptándose incluso la previsión más genérica establecida en el art. 194 del vigente *Estatut* (BOE, núm. 172, de 20 de julio de 2006) que no fue objeto de impugnación ni siquiera por los diputados del PP recurrentes (*Cfr.* Sentencia TC 31/2010, de 21 de junio; BOE, núm. 172, 16 de julio de 2010). Con posterioridad, conviene recordar que el Estado ha asumido explícitamente la bondad de esta solución en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (BOE, núm. con fines de promoción exterior y requiriendo tan sólo la información al Gobierno acerca de su establecimiento (art. 12.1). De hecho, la conformidad constitucional de dichas «Delegaciones del Gobierno (de la *Generalitat*) en el exterior» fue aceptada incluso por el TC en el Fundamento jurídico 10 de la ya mencionada Sentencia TC 228/2016 a propósito de la Ley 16/2014 de Acción Exterior, al considerar que las equívocas expresiones allí recogidas no merecían reproche de inconstitucionalidad. Cuestión distinta, como advertía el propio TC en aquel lugar, es la posible desviación de sus fines a través de la ausencia de coordinación con la representación exterior del Estado con ocasión de su creación, lo que posibilitaría según la alta jurisdicción «impugnar ante la jurisdicción competente los correspondientes Decretos de creación de esas oficinas en el exterior» (*Ibid.*). De hecho, ello ha motivado sucesivos recursos estatales contra la creación de algunas de ellas y su práctica supresión –por idénticos motivos (en la especie, la propaganda independentista)– con ocasión de la aplicación del art. 155 CE. Sobre su restablecimiento, tras el levantamiento de la aplicación del art. 155, por el nuevo *Govern*, *vid. infra*.

(34) Acróstico del *Consell de Diplomàcia Pública de Catalunya*, creado en 2012 (Decreto 149/2012, de 20 de noviembre, DOGC, núm. 6259, de 22 de noviembre de 2012) y resultado de la reestructuración de un anterior *Patronat Catalunya Món*, la entidad se concebía con el objetivo de «convertirse en un instrumento del Gobierno para desarrollar una estrategia de diplomacia pública y contribuir al conocimiento y reconocimiento exterior del país». La entidad fue disuelta por el RD 945/2017, de 27 de octubre, en aplicación de las medidas acordadas al amparo del art. 155 CEE, aunque se encuentra recurrido (no confundir con el recurso de inconstitucionalidad núm. 143-2018, promovido por el Parlamento de Cataluña, contra el Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución, admitido a trámite por el TC el pasado 7 de febrero, BOE,

no despreciada soberbiamente –salvas puntuales excepciones– por las autoridades españolas y, particularmente, por su Servicio Exterior⁽³⁵⁾. Venía además en su apoyo la Ley 16/2014, de 4 de diciembre, de Acción exterior y de relaciones con la Unión Europea⁽³⁶⁾ –ulteriormente declarada parcialmente inconstitucional por la ya mencionada STC 228/2016, de 22 de diciembre– que con «imprecisa técnica jurídica», «abundante e interesada utilización de conceptos confusos» y un «particular *humus* independentista» contribuía –como destacara X. Pons Ràfols– a la «creación de lo que, en lenguaje soberanista, se han denominado estructuras de Estado»⁽³⁷⁾. Por otra parte, no ha de descartarse que en la estrategia exterior del secesionismo –concebida con evidente sigilo– se contara con el apoyo de alguna organización no gubernamental especializada en el asesoramiento en gestiones ante instituciones internacionales⁽³⁸⁾.

1. La UE no recibe, sus Estados miembros tampoco

Es indudable, sin embargo, que el relato secesionista no había logrado hacer mella en las instituciones europeas. El lema «*Catalunya nou Estat europeu*» y las alambicadas construcciones para garantizar una permanencia de la Catalunya independiente en el seno de la UE no habían logrado convencer –si acaso– más que a las propias filas del independentismo⁽³⁹⁾, pese a las timoratas declaraciones de la

núm. 36, 9 de febrero de 2018); no obstante, el Auto TS (Sala 3.ª), de 6 de febrero de 2018 ha descartado la suspensión de la medida instada por la AMC.

(35) A ellos conviene añadir la labor «nutricia» desarrollada previamente por el *Consell Assesor per a la Transició Nacional* (CATN) –también suprimido por el mencionado RD 945/2017, de 27 de octubre– que, presidido por el antiguo magistrado del Tribunal Constitucional, Carles Viver i Pi-Sunyer, e integrado por juristas de las más variadas especialidades, había venido elaborando desde su constitución en 2013 numerosos informes, alguno de ellos sobre la supuesta fundamentación jurídico-internacional del *procès*, los cuales se encuentran accesibles en <https://www.naciodigital.cat/noticia/72126/tots/informes/consell/transicio/nacional/internet>. Sobre lo endeble de su argumentación jurídico-internacional discurre SOROETA LICERAS, «*Quo Vadis Cataluña?*», *cit.*, pp. 31 y 34.

(36) La versión electrónica del *BOE* de 21 de junio de 2017 ofrece la versión consolidada –no oficial– del texto legislativo, resultado de las anulaciones e interpretaciones realizadas por la citada Sentencia 228/2016. Texto accesible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2014/BOE-A-2014-13367-consolidado.pdf>.

(37) PONS RÀFOLS, X., «El Tribunal Constitucional y la Ley catalana de Acción Exterior y de relaciones con la Unión Europea», *REDI*, vol. 69, 2017, núm. 2, p. 334. Ciertamente labor ahora de *State building* pues el proceso de *Nation building* ya se había iniciado, con indiscutible éxito, en la década de los 80. Sobre esta Ley, además, *vid.* las consideraciones que le dedicamos en nuestra contribución «La protección de los derechos humanos en la reciente legislación española en materia de Derecho internacional: reflexiones críticas en torno a la Ley 2/2014 de Acción Exterior y la Ley Orgánica 16/2015 de Privilegios e Inmunidades», *Ordine internazionale e Diritti Umani*, 2016, pp. 263-281.

(38) Existen organizaciones de esta naturaleza; es el caso de *Independent Diplomat*, integrada fundamentalmente por antiguos miembros del Servicio exterior británico y financiada entre otros por el magnate G. Soros, que viene desarrollando tales labores en apoyo de diferentes causas (República Turca del norte de Chipre, Kosovo, minoría tamil en Sri Lanka, Somaliland, Sahara Occidental, etc.), aunque, en su *website*, justo es decirlo, no se contempla alusión alguna a Cataluña.

(39) Se trata de la hipótesis de la denominada «ampliación interna en el seno de la UE». Sobre la misma *vid.* PLAZA, C., «Catalonia's Secession Process at the Constitutional Court: A Never-Ending Story?»,

Comisión⁽⁴⁰⁾, que había preferido emboscarse en la declaración realizada –en tiempos más placidos– por su antiguo Presidente, R. Prodi, quien en el año 2004 ya había advertido que:

«Cuando una parte del territorio de un Estado miembro deja de formar parte de ese Estado, por ejemplo, porque se convierte en un Estado independiente, los tratados dejarán de aplicarse a este Estado. En otras palabras, una nueva región independiente, por el hecho de su independencia, se convertirá en un tercer Estado en relación con la Unión y, desde el día de su independencia, los tratados ya no serán de aplicación en su territorio».

Aunque, concluía:

«Según el artículo 49 del Tratado de la Unión Europea, cualquier Estado europeo que respete los principios establecidos en el apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea podrá solicitar el ingreso como miembro de la Unión. Una solicitud de este tipo requiere, si es aceptada por el Consejo por unanimidad, la negociación de un acuerdo entre el Estado solicitante y los Estados miembros sobre las condiciones de admisión y las adaptaciones que esta admisión supone de los tratados. El acuerdo está sujeto a la ratificación por parte de todos los Estados miembros y del Estado solicitante⁽⁴¹⁾».

European Public Law, vol. 24, 2018, p. 391, así como las referencias doctrinales contenidas en ella, *ibid.*, p. 391, ns. 48 y 49. Ayuna de regulación expresa en la actualidad, la hipotética revisión de los tratados para su incorporación resulta inconcebible por paradójica en un Proyecto concebido para promover la unión, amén de «abrir la caja de pandora» a los movimientos secesionistas existentes en el conjunto de la UE, como señalara J.C. PIRIS (cit. en CASTELLANA, A., «Osservazioni sulla legittimità della “secessione catalana”», *La Comunità internazionale*, vol. 78, 2018, p. 471).

(40) No así del Presidente del Parlamento Europeo, A. Tajani, quien, enfáticamente, declaraba a propósito de los acontecimientos en Cataluña, que «the constitutional framework of individual Member states are part of the legal framework of the European Union. Their respect must be guaranteed at all times. They are a fundamental pillar of our system of liberties and the values upon which the Union is founded, as listed in article 2 of the TEU. Any action against the constitution of a Member State is an action against the European Union’s legal framework. This is precisely because the rule of law is the backbone of modern, pluralist societies and constitutional democracies. Respecting the rule of law and the limits it imposes on those in government is not a choice but an obligation». (Cfr. Carta de 7 de septiembre de 2018 a la Diputada europea B. Becerra, accesible en http://estaticos.expansion.com/opinion/documentosWeb/2017/09/07/carta_tajani. PDF consultado el 6 de julio de 2018).

(41) Respuesta del Sr. Prodi en nombre de la Comisión, 1 de marzo de 2004, P-0524/2004; accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=P-2004-0524&language=ES> consultado el 10 de febrero de 2018. Se trataba de la respuesta a la pregunta escrita formulada por la diputada E. Morgan (PSE) en donde se le planteaban las siguientes cuestiones: ¿Puede la Comisión confirmar que si un Estado miembro se dividiera, por haber alcanzado una región la independencia democráticamente, sería de aplicación el precedente sentado por Argelia? ¿Puede la Comisión explicar que ocurrió exactamente en el caso de Argelia? ¿Puede la Comisión confirmar si una nueva región independiente debería abandonar la UE y presentar a continuación su candidatura con vistas a la reintegración? Una candidatura de este tipo, ¿implicaría una renegociación de los tratados en una CIG y el acuerdo unánime de los 25 Estados miembros? (accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=P-2004-0524&language=ES> consultado el 5 de julio de 2018).

Con todo, conviene destacar que –como hemos señalado anteriormente– la Ley 20/2017 de Transitoriedad y fundacional de la República, de 7 de septiembre de 2017, dedicaba profusas referencias al respeto del Derecho de la UE por parte de la nueva República Catalana.

Por otra parte, aunque representantes de las formaciones separatistas se hacía eco de las iniciativas (Bélgica, Suiza⁽⁴²⁾, Estados bálticos⁽⁴³⁾, Finlandia⁽⁴⁴⁾, etc.) que –a su juicio– iban a propiciar el reconocimiento internacional de la República catalana⁽⁴⁵⁾, la realidad era bien distinta⁽⁴⁶⁾. De hecho, en el mejor de los casos se trató de iniciativas aisladas de grupos políticos minoritarios que no concitaron el respaldo de los plenos de las correspondientes instituciones parlamentarias, las cuales

(42) En el caso se trataba de las actuaciones del intergrupo Cataluña-Suiza existente en el seno de la Asamblea Federal helvética, constituido en 2016, y escasamente significativo (3 diputados). El parlamento suizo conoce de más de un centenar de agrupaciones de esta naturaleza que en ningún caso representan a la Asamblea Federal, no hallándose sometidos a ningún tipo de control (Cfr: BUGNON, P., «Un groupe parlementaire helvético-catalan crée l'émoi en Espagne», *RTS Info*, 28 de abril de 2016, accesible en <https://www.rts.ch/info/suisse/7684586-un-groupe-parlementaire-helvetico-catalan-cree-l-emoi-en-espagne.html> consultado el 5 de julio de 2018).

(43) Pese a los intentos del separatismo por plantear similitudes con la «vía báltica» a la independencia, así como a la difusión desde medios separatistas de ambiguas declaraciones supuestamente comprensivas de sus respectivos primeros ministros (Cfr: «Latvia, Lithuania voices support Catalonia Independence», *Reagrupament Internacional*, 3 de septiembre de 2017; accesible en <http://international.reagrupament.cat/?p=8171>, los Gobiernos de estas Repúblicas mostraban por conducto oficial un apoyo inequívoco a la unidad y a la integridad territorial de España en el curso de los acontecimientos: así, las declaraciones del Ministro de AAEE de Lituania, L. Linkevicius, de 27 de octubre de 2017 (Cfr: <https://en.delfi.lt/eu/liuania-calls-for-dialog-in-solving-catalan-crisis.d?id=76188889>, la declaración oficial del Ministro de AAEE de Letonia, E. Rinkevics, de 30 de octubre de 2017 (Cfr: <https://eng.lsm.lv/article/politics/diplomacy/latvia-states-official-position-on-catalonia.a255487/>) y la declaración oficial del Primer Ministro de Estonia, J. Ratas, de 27 de octubre de 2017 (Cfr: <https://news.err.ee/639190/ratas-on-catalan-independence-estonia-continues-to-support-unity-of-spain>, todas consultadas el 15 de diciembre de 2018).

(44) En este caso, también el 27 de octubre de 2017 un diputado del partido centrista, M. Kama, anunciaba una moción sobre el particular (Cfr: https://www.elnacional.cat/es/politica/diputado-finlandes-mocion-finlandia-catalunya_206631_102.html consultado el 5 de julio de 2018), también desestimada por el Parlamento finlandés. Por su parte, el Gobierno de Finlandia, por boca de su Ministro de AAEE, T. Soini, se veía obligado el 29 de octubre a desmentir el bulo acerca de un supuesto reconocimiento de la República catalana (Cfr: <https://www.elplural.com/politica/2017/10/30/finlandia-desmiente-haber-reconocido-la-nueva-republica-catalana> consultado el 5 de julio de 2018). Con posterioridad, se conocía la destitución del cónsul honorario de Finlandia –tras las de los cónsules de Letonia y Filipinas– en todos los casos por supuestas afinidades con la causa independentista, a instancias del Gobierno español, motivando una nueva intervención del diputado M. Kama (Cfr: «El cònsol de Finlàndia, destituït per pressions del ministeri arran del procés», 5 de julio de 2018, accesible en https://www.elnacional.cat/ca/politica/consol-finlandia-destituït-ministeri-independencia-ginjaume-conesa_242481_102.html consultado el 5 de julio de 2018). Naturalmente, las informaciones obviaban la absoluta discrecionalidad que jurídicamente guía a los Estados en cuanto al desarrollo de las relaciones consulares.

(45) Intervención de A. Bosch, entonces concejal de ERC en el Ayuntamiento de Barcelona –ahora flamante *Conseller d'Acció Exterior*– en el Programa *La Sexta Noche*, 28 de octubre de 2018.

(46) Como se ha escrito: «la declaración de independencia no provoca ningún reconocimiento internacional. Al contrario, en estas primeras horas todos los pronunciamientos subrayan que España sigue siendo el interlocutor... Los esfuerzos internacionales de los dos últimos años no han servido para nada» (Cfr: GAR-CÍA, L., *El naufragio. La deconstrucción del sueño independentista*, Península, Barcelona, 2018, p. 227).

–conviene recordarlo– aún en el caso de ser de naturaleza estatal –no lo era ciertamente el Parlamento de Flandes en el que se debatió y rechazó una propuesta al respecto– carecen de competencias vinculantes en materia de política exterior y, obviamente, en el ámbito del reconocimiento de Estados, función característica de todo poder ejecutivo⁽⁴⁷⁾. Incluso en el caso suizo, su disponibilidad para ejercer de «facilitador» en el conflicto –expresada desde el Departamento federal de AAEE en octubre de 2017– asumía la falta de disposición de las «partes»⁽⁴⁸⁾, al tiempo que reconocía que la situación era un asunto político interno de España, cuya soberanía respetaba⁽⁴⁹⁾.

Por lo mismo, deben de situarse en su contexto las tentativas por desplegar en diferentes foros las intervenciones de eximios representantes del independentismo. Los sucesivos actos «desarrollados en el Parlamento Europeo» no eran en puridad tales⁽⁵⁰⁾; los intentos por acceder a otros organismos e instituciones se saldaban con un rotundo rechazo⁽⁵¹⁾, siendo sólo actos puramente académicos los que lograban

(47) Conviene mencionar en este punto por lo inequívoco de la respuesta estatal –aun cuando no sea un Estado europeo– el caso de Argentina, donde un diputado trotskista del Congreso nacional promovía a finales de octubre de 2017, obviamente sin éxito, una moción para debatir la cuestión (Cfr: Agencia INCAT, «Un diputado argentino que quiere reconocer a Catalunya», 27 de octubre de 2017 <http://www.agenciaincat.la/?p=37170> consultado el 25 de junio de 2018). Frente a ello, el Gobierno argentino, por boca de su Canciller, reiteraba en sucesivas ocasiones a lo largo del mes de octubre el pleno apoyo a la integridad territorial de España; algo comprensible dado que Argentina se opone a la libre determinación de la población de las islas Malvinas (cfr: Diario *Clarín*, «Frente al espejo de Malvinas, Cataluña: Argentina pide una “solución consensuada” y garantizar “su integridad territorial”», 11 de octubre de 2017, accesible en https://www.clarin.com/politica/cataluna-argentina-pide-solucion-consensuada-garantizar-integridad-territorial_0_H1VC8tohW.html consultado el 25 de junio de 2018).

(48) Cfr: «La Suisse prête à s’engager pour la désescalade entre Madrid et la Catalogne», *RTS Info*, 6 de octubre de 2017; accesible en <https://www.rts.ch/info/suisse/8975657-la-suisse-prete-a-sengager-pour-la-desescalade-entre-madrid-et-la-catalogne.html> consultado el 15 de diciembre de 2018. En una lectura muy generosa, el episodio servía a las posiciones independentistas para caracterizar al país helvético como «un dels països on hi ha hagut posicionaments polítics més clars i decidits de suport a les reivindicacions catalanes» (Cfr: CASULLERAS NUALART, J., *La batalla de l’exili*, Ara Llibres, Barcelona, 2018, p. 135).

(49) Cfr: «Suiza se ofrece, pero constata que no se dan las condiciones para mediar entre Catalunya y España», diario *La Vanguardia*, 6 de octubre de 2017; accesible en <https://www.lavanguardia.com/politica/20171006/431822613542/suiza-mediador-espana-catalunya.html> consultado el 15 de diciembre de 2018. De ahí que el, entonces, Ministro de AAEE español, A. Dastis Quecedo, negara la oferta y el más mínimo contacto con el Gobierno suizo sobre el tema (*Ibid.*).

(50) En realidad, se trataba de intervenciones en actos organizados por diputados independentistas de algunos grupos políticos de la cámara, a los que se cedía –conforme a la costumbre– locales de la institución, sin que ello conllevara ningún tipo de reconocimiento. Baste para corroborarlo que el que esto escribe ha intervenido en diferentes ocasiones en eventos de esta naturaleza tanto en la sede de Bruselas como en la de Estrasburgo. En el primer caso, se trataba del Congreso de la Asociación Internacional de Juristas para el Sáhara Occidental (IAJWS), en el que participaban autoridades de la RASD y representantes del Frente Polisario, sin que –como cabrá imaginar– ello supusiera que el Parlamento Europeo como tal estuviera confiriendo ningún tipo de reconocimiento ni a aquella ni a éste.

(51) El último de ellos, la tentativa por participar en un acto en el seno del Parlamento Federal de Bélgica, a iniciativa de los diputados del N-VA –partido flamenco «hermanado» con el PDECat– y rechazado por la Conferencia de Presidentes, aun cuando se trataba de la mera cesión de una sala para el desarrollo de una conferencia (Cfr: https://www.elnacional.cat/ca/politica/parlament-belga-no-compareixenca-puigdemont_241407_102.html consultado el 25 de junio de 2018).

celebrarse por parte de los representantes del independentismo, aunque con un modesto seguimiento y repercusión, incluso contradictoria para sus expectativas.

2. La estrategia independentista ante el Consejo de Europa: las acciones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comisario de derechos humanos

Finalmente, conviene mencionar que la estrategia europea del independentismo también ha contemplado diferentes actuaciones ante el TEDH y otros órganos del Consejo de Europa. La primera una fallida solicitud de medidas cautelares⁽⁵²⁾ el pasado octubre, interpuesta por el Presidente del *Institut de Drets Humans de Catalunya* y Prof. Titular de Derecho internacional público de la Universidad de Barcelona, D. Bondía García, con miras a impedir la aplicación del art. 155 CE⁽⁵³⁾. La segunda, anunciada a mediados de febrero de 2018, conforme a la cual el actual *President del Parlament*, R. Torrent, solicitaría medidas cautelares del Tribunal de Estrasburgo para poder desarrollar «un debate de investidura sin injerencias» (*sic*)⁽⁵⁴⁾. Sin embargo, no parece que tampoco en este caso la solicitud –que no llegó a plantearse finalmente– hubiera tenido visos de prosperar por la sencilla razón de que la vía judicial del Convenio Europeo parece manifiestamente improcedente cuando se plantean demandas desde instancias institucionales –donde, por definición, la noción de derechos fundamentales está ausente– tal como ha tenido ocasión de destacar su jurisprudencia, mucho antes del inicio del *procés*. La única posibilidad derivaría de la invocación de un derecho fundamental del individuo –v. *gra.* el derecho a la

(52) No debe de sorprender el recurso a las mismas. Desde la Sentencia TEDH (Gran Sala) de 4 de febrero de 2005, *Mamatkoulou y Askarov c. Turquía* (demandas núms. 46827/99 y 46951/99, CE:ECHR:2005:-0204JUD004682799), que afirmara la naturaleza jurídicamente vinculante de éstas –pese a no hallarse previstas en el texto del Convenio– al estimar una violación del art. 34 (obstrucción del derecho al recurso) por parte de Turquía al no observarlas, la solicitud de medidas cautelares experimentó un desarrollo exponencial: de 122 en 2006 a 4.786 en 2010. Desde entonces, visto el elevado número de desestimaciones –sólo se aceptan entre un 6% y un 12%, de las instadas– esta progresión se ha atenuado registrándose 5.413 entre 2015 y 2017 (Cfr. ECHR, Rule 39 requests granted and refused in 2015, 2016 and 2017 by respondent state, accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_art_39_01_ENG.pdf consultado el 20 de junio de 2018).

(53) Cfr. https://www.elconfidencialdigital.com/politica/Tribunal-Estrasburgo-Espana-aplique-Cataluna_0_3027297250.html?utm_term=El%20Tribunal%20de%20Estrasburgo%20rechaza%20una%20demanda%20para%20que%20Espa%5Cu00F1a%20no%20aplique%20el%20155%20en%20Catalu%5Cu00F1a&utm_campaign=Araceli%20buenos%20d%EDas%20tu%20bolet%EDn%20diario%20de%20El%20Confidencial%20Digital&utm_content=email&utm_source=Act-On+Software&utm_medium=email consultado el 20 de junio de 2018.

(54) TOMÁS, N., «Torrent demanarà mesures cautelars a Estrasburg per garantir la investidura», *Diario El Nacional.Cat*, accesible en https://www.elnacional.cat/ca/politica/torrent-investidura-tribunal-estrasburg_238551_102.html consultado el 20 de junio de 2018. De nuevo, el Prof. Bondía García aparece como el inspirador del procedimiento, dadas las opiniones que expresara al respecto en diferentes medios de comunicación catalanes a principios de febrero. Probablemente, su compañero el Profesor J. Saura Estapà, Profesor Titular (acreditado a Catedrático) de Derecho internacional público y también de la UB, está asimismo en el asunto pues siendo actualmente adjunto del *Sindic de Greuges*, Sr. Rafael Ribó, este último también se manifestaba favorable a tal planteamiento. Cfr. https://www.elnacional.cat/es/politica/experto-tedh-medidas-ic-investidura_235905_102.html consultado el 20 de junio de 2018.

participación política *apud* art. 3 del Protocolo núm. 1 al CEDH– si bien en este caso debería ser el propio Sr. Puigdemont quien lo solicitara ante el TEDH, aunque es dudoso que el supuesto diera lugar a la concesión de las medidas cautelares previstas en el art. 39 del Reglamento del Tribunal, a tenor de la práctica desarrollada por el foro de Estrasburgo, que sólo ha dispuesto hasta ahora su otorgamiento en supuestos extremos de vulneración de derechos civiles o libertades públicas y nunca en supuestos relacionados con la participación política⁽⁵⁵⁾.

En todo caso, el fracaso de las iniciativas precedentes no ha de hacer olvidar que las actuaciones judiciales en curso –tanto en España como en diferentes Estados europeos– relacionadas con el *procès* podrían llegar a ser conocidas por el TEDH una vez dictadas sentencias firmes por los órganos jurisdiccionales concernidos y tras haber agotado los preceptivos recursos internos.

En otro orden de cosas, debe consignarse la menos conocida iniciativa desarrollada por el denominado *Collectiu «Praga»* y plasmada en el escrito dirigido el 26 de febrero de 2018 al Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa⁽⁵⁶⁾, en la cual varios centenares de académicos, profesores universitarios y abogados –no sólo catalanes– denunciaban la violación de los derechos humanos con ocasión de los acontecimientos del 1 de octubre⁽⁵⁷⁾. La iniciativa, factible a la luz de las previsiones de su mandato⁽⁵⁸⁾, no parece haber dado lugar –en el momento en que escribimos estas líneas– a actuación alguna por parte de aquella, si bien con anterioridad, su predecesor había solicitado –vanamente– a las autoridades españolas una investigación sobre los sucesos del 1 de octubre⁽⁵⁹⁾.

(55) Cfr. FONT FLOTATS, R.M., «Puigdemont y el TEDH: La investidura de Puigdemont y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *La Clave Judicial*, 5 de febrero de 2018; accesible en <https://laclavejudicial.org/2018/02/06/puigdemont-y-el-tedh/> consultado el 20 de junio de 2018. La autora destaca que el caso de especie que parece inspirar la maniobra es el asunto *Lykourazos c. Grecia*, Sentencia TEDH de 15 de junio de 2006, si bien no se solicitaron en él medidas cautelares (*Ibid.*).

(56) El puesto, equivalente a nuestro defensor del pueblo, es desempeñado desde el pasado abril por la experta bosnia D. Mijatovic.

(57) El informe se encuentra accesible en <http://collectiupraga.cat/wp-content/uploads/2018/02/DENU%CC%81NCIA--26-02-18.-Cast.-1.pdf>. El colectivo había sido creado en septiembre de 2013 por Profesores de Derecho de las universidades catalanas al socaire de las movilizaciones independentistas, para reivindicar el derecho a decidir, aunque afirmaba su vocación plural.

(58) Y es que, aunque conforme a su mandato el Comisario –en consonancia con su naturaleza no jurisdiccional– no puede conocer de ningún tipo de demandas individuales, sí puede actuar sobre la base de la información facilitada por particulares u organizaciones (Cfr. Resolución 99 (50), sobre el Comisario de Derechos humanos del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros el 7 de mayo de 1999, arts. 1.2 y 5; texto accesible en L.I. Sánchez Rodríguez, J.A. González Vega (eds.), *Derechos Humanos. Textos internacionales*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 2003).

(59) En efecto, el anterior Comisario, el letón Nils Muiznieks se había interesado por la cuestión catalana cuando el 4 de octubre de 2017 dirigía una carta al Ministro del Interior español, J.A. Zoido, solicitándole la apertura de una investigación sobre los sucesos del 1 de octubre, accesible en <https://rm.coe.int/letter-to-the-spanish-authorities-concerning-disproportionate-use-of-f/168075ae1a>. La respuesta, expeditiva –y obviamente negativa– del ministro español, de 6 de octubre, puede consultarse en <https://rm.coe.int/reply-of-the-minister-of-interior-of-spain-to-the-commissioner-s-lette/168075ae31>.

Ahora bien, que una de las batallas del independentismo se jugaba en Europa no suponía que su desenlace allí desarbolara definitivamente la estrategia de los secesionistas. La «fallida» divisa de la Unión Europea la describía «unida en la diversidad»⁽⁶⁰⁾; precisamente esa diversidad iba a permitir dotar de nuevo aliento a la causa secesionista a través de las actuaciones desarrolladas en diferentes Estados miembros de la UE.

IV. «ESCOLTA BÉLGICA:» LAS DIFICULTADES CREADAS POR EL PRÓFUGO PUIGDEMONT

La decisión del destituido *President* Puigdemont de huir a Bélgica a finales de octubre de 2017 responde evidentemente al intento por internacionalizar el conflicto y ponerlo en el centro de las instituciones europeas. Sin embargo, en la práctica, sólo conduce a comprometer la estabilidad de Bélgica que debe de arrostrar las consecuencias indeseadas de las sucesivas estrategias ideadas por el *ex President* y su entorno. De hecho, los prófugos no se han limitado a defenderse frente a las iniciativas cursadas por los jueces españoles, sino que han decidido utilizar los medios judiciales allí existentes para desarrollar un simulacro de proceso contra la justicia española –cuyos aires inquisitoriales denuncian. En todo caso, ello revela el desarrollo de una auténtica «estrategia judicial» –que como veremos– se ha desarrollado en todos los frentes imaginables y con un nutrido conjunto de asesores jurídicos, algunos de ellos contactados con anterioridad al inicio de los acontecimientos, con miras a desplegar un auténtico «frente jurídico del independentismo» a escala europea e internacional⁽⁶¹⁾, cuyos resultados no conviene en modo alguno minimizar.

1. La estrategia judicial del ex«Govern»: Euroorden «vs» demanda civil contra Llarena

Como es sabido, el *procès* cobró un tono esperpéntico –e indudablemente castizo– cuando el Sr. Puigdemont i Casamajor –acompañado de algunos de sus antiguos *consellers*– decidió trasladarse a Bruselas a través de una fuga que puso de manifiesto los tintes «marxianos» –léase, propio de los hermanos Marx– de la astracanada separatista. El desplazamiento a Bruselas, vía Marsella, condujo a la parodia los ¿últimos? compases de la fracasada Declaración⁽⁶²⁾.

(60) El nonato Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, contemplaba este *motto* en su art. I-8 dentro del conjunto de símbolos (bandera, himno, moneda, etc.) de la UE.

(61) Resulta de especial interés la consulta del panfleto –su naturaleza propagandística resulta indudable– de CASULLERAS NUALART, J., *La batalla de l'exili*, previamente citado, toda vez que ilustra de la densidad y entidad de los contactos trabados al efecto.

(62) Es cierto, como se ha recordado, que existía un precedente en la fuga del exaltado dirigente de *Estat Català*, Josep Dencàs, *Conseller de Governació* con el *President* Lluís Companys, a través de las alcantarillas del *Palau de Sant Jaume*, tras la fallida intentona de octubre de 1934.

Sin embargo, lo que parecía una fácil solución –la remisión de una Orden europea de detención y entrega a la justicia belga por parte de la Jueza instructora de la AN, Sra. Lamela– se trocó en un inesperado conflicto, cuando la defensa del Sr. Puigdemont puso en cuestión las garantías ofrecidas por la justicia española. Aunque se aludió a los límites que conllevaría una entrega limitada por el «principio de doble incriminación» –exigido por la Legislación belga⁽⁶³⁾– al no concordar la legislación penal belga con uno de los delitos –el de rebelión– parece que fueron también aquellas razones las que llevaron a su retirada al asumir la instrucción, el magistrado del TS, Sr. Llarena. Conviene advertir, por otra parte, que eran presumibles más dilaciones en la entrega si –como se sospechara– la defensa de Puigdemont «animaba» a la justicia belga a plantear una cuestión prejudicial al TJUE en relación con el asunto⁽⁶⁴⁾.

Tal como se destacara, una decisión negativa por parte de los Tribunales belgas podría provocar un auténtico «tsunami político» de consecuencias imprevisibles⁽⁶⁵⁾. Sin embargo, como es sabido la «sangre no llegó al río» ante la decisión del instructor del TS, Magistrado P. Llarena, de acordar la suspensión de la euroorden al asumir la competencia del caso⁽⁶⁶⁾. Empero, la reactivación de aquella el pasado mes de marzo –en la que no se contempla ya al prófugo Puigdemont habida cuenta de su detención en Alemania, sobre la que incidiremos ulteriormente– plantea numerosas incógnitas, pues resulta extremadamente dudoso que la judicatura belga retenga el cargo de rebelión que constituye el núcleo de la causa seguida en España.

(63) Como se ha señalado la pervivencia de este principio del Derecho extraditorio vacía de buena parte de su sentido al principio de reconocimiento y confianza mutua que consagra la Decisión marco como ejes del sistema (Al respecto *vid.* ALONSO MOREDA, N., *Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: La «Euro-Orden», instrumento privilegiado de cooperación*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 472-473). No es menos cierto que el principio de confianza mutua –pese a anclarse en el principio de cooperación leal (y en último término en el principio de buena fe) inherente al sistema jurídico de la UE– ha revelado abundantes quiebras, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del TJUE relativa al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (Sobre el particular *vid.* el análisis que efectuamos en nuestra contribución «La protección internacional en perspectiva europea: los enfoques del TJUE y del TEDH», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2018 (en prensa)..

(64) La cuestión la habíamos planteado tempranamente en nuestro comentario «Puigdemont en Bruselas: Un embrollo de envergadura», *Diario Cinco Días*, 2 de noviembre de 2017, accesible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/11/01/legal/1509551048_529879.html consultado el 10 de junio de 2018. La posibilidad también era suscitada con posterioridad por parte de la doctrina belga, que consideraba pertinente su planteamiento a la luz de las dudas derivadas de la Sentencia TJUE de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Caldaru*, ass. C-404/15 y C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198. *Cfr.* WEYEMBERGH, A., «Puigdemont et le mandat d'arrêt européen», *Journal de Droit Européen*, 2017, p. 385.

(65) TOP, S., «*The European Arrest Warrant against Puigdemont: A feeling of déjà vu?*», *EJIL talk*, 3 de noviembre de 2017, accesible en <https://www.ejiltalk.org/the-european-arrest-warrant-against-puigdemont-a-feeling-of-deja-vu/> consultado el 10 de junio de 2018.

(66) Conviene sopesar hasta qué punto la emisión y ulterior suspensión de la Euroorden no propició un cierto malestar en la judicatura belga. En este orden, un Fiscal de nuestro TS advertía que, aunque tras estas medidas no había ni falta de confianza en aquella ni afán por ofender a nadie, sino el interés por encauzar debidamente el procedimiento, concluye que acaso no se entendió así en algunos países europeos y «tampoco nuestra diplomacia se ocupó de aclarar(lo)» (*Cfr.* VIADA BARDAJÍ, S. «Cuestiones de la Orden Europea de Detención y Entrega», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 79, mayo-junio 2018, p. 31).

Por otra parte, no conviene olvidar que el embrollo judicial plantea ahora sus ramificaciones desde Bélgica hacia España, dado que el *exPresident* y los *exconseillers* huidos han presentado ante los Tribunales de Bruselas una insólita demanda civil contra el Magistrado Llarena, habiendo propiciado una citación que el Juez decano de Madrid se negaba a tramitar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.1 *in fine* del Reglamento europeo n.º 1393/2007 sobre notificación y traslado de documentos⁽⁶⁷⁾. De hecho, resulta difícil no ver en la estratagema concebida por los demandantes un intento por cuestionar la potestad soberana del Estado español para desarrollar un proceso judicial; de ahí, que el Presidente del Tribunal Supremo instara al Gobierno a solicitar ante la justicia belga un rechazo de la demanda fundado en la señera institución de la inmunidad de jurisdicción⁽⁶⁸⁾. De suerte que un nuevo conflicto se avecina, confirmando que los independentistas, bien asesorados, están dispuestos a fustigar judicialmente a España a través del recurso a una jurisdicción con la que nuestro país ha mantenido notorios desencuentros⁽⁶⁹⁾.

2. La proyectada presidencia en el exilio («Consell de la República»): Puigdemont ¿«ciudadà o president»?

Si son las normas del Derecho europeo las que aparecen en liza en la «tocata y fuga» del cesado *President*, es el Derecho internacional en primer término el que aparece implicado en la en algún momento proyectada instauración del *Consell de la República*, que según diferentes medios cabría facilitar a través de una modificación de la vigente Ley 13/2008, del 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalitat y del

(67) 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 L* 324, 10 de diciembre de 2007, p. 79, que dispone que «El presente Reglamento será de aplicación en materia civil o mercantil cuando un documento judicial o extrajudicial deba transmitirse de un Estado miembro a otro para ser notificado o trasladado en este último. *No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, o a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (“acta iure imperii”)*» (cursivas añadidas).

(68) «Lesmes pide al Gobierno que defienda a Llarena en Bélgica ante la demanda presentada por los huidos del “procés”», *Europa Press*, 10 de julio de 2018. Por su parte, poco después el Ministro de AAEE, Sr. Borrell, se comprometía a recabar el apoyo de Gobierno belga para defender ante sus Tribunales los intereses de España, de conformidad con la práctica usual. Sin embargo, finalmente España decidía contratar a su costa a un letrado belga para ejercer la defensa en un proceso que se antoja largo (Cfr. Diario *El País*, 4 de septiembre de 2018; accesible en https://elpais.com/politica/2018/09/03/actualidad/1535992382_547935.html), no habiéndose registrado nuevas actuaciones desde la vista preliminar del pasado 25 de septiembre.

(69) El más serio se planteó en 1996 con ocasión de la tentativa de suspensión en las relaciones hispano-belgas del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 a raíz de la concesión de asilo a terroristas de ETA (Sobre el particular *vid.* ÁLVAREZ LÓPEZ, E., «La suspensión del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen: El contencioso hispano-belga», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, núm. 1, pp. 418-426; DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «La suspensión de tratados internacionales por vía de retorsión: el caso belga», *Actualidad Penal*, núm. 9, 1996, pp. 147-155).

Govern, que posibilitaria su permanencia en Bélgica, desempeñando las funciones de *President* en el exilio⁽⁷⁰⁾.

La cuestión estriba en que, de llegarse a tal situación, la condición del prófugo se modificaría pues ya no estaríamos hablando de una antigua autoridad española en territorio belga, sino del Presidente de un Estado distinto –la República catalana– que, además, según las mismas informaciones periodísticas, aspiraría a desarrollar plenamente sus funciones como tal desde Bélgica. Pues bien, en este caso la cuestión variaría pues Bélgica necesariamente tendría que hacer valer su soberanía y consiguientemente su exclusividad competencial para prohibir todo acto de poder público extranjero sobre su territorio, adoptando medidas enérgicas frente al pretendido *Consell*.

La cuestión es bien conocida, los actos de un poder público extranjero en el territorio de un Estado no son admisibles, salvo que medie consentimiento –expreso o implícito– del Estado territorial. Ya hace muchos años, Ch. Rousseau, en su célebre Tratado advertía del carácter excepcional que cobraban los actos de gobierno de un Estado extranjero en otro Estado –y mencionaba a título de ejemplo las medidas acordadas por el Rey Alfonso XIII con ocasión de una estancia en París⁽⁷¹⁾. Es obvio que la tolerancia francesa –comprensible en aquella ocasión– no podría darse ahora, dado que la tentativa de instaurar un Gobierno en su territorio, además de atentar contra su soberanía –se plantea el desarrollo de funciones gubernamentales a lo largo del tiempo– comprometería necesariamente la responsabilidad internacional de Bélgica.

En esa tesitura, lo más razonable sería que –antes incluso de que formularan exigencia alguna las autoridades españolas por el consabido conducto diplomático– fuera el propio Gobierno belga el que decretara la fulminante expulsión del *President* y de su *Consell* del territorio belga, aduciendo imperativos de seguridad nacional y orden público. Una medida que posiblemente no diera lugar a ningún recurso⁽⁷²⁾. Téngase en cuenta que en este caso, dado el relieve del asunto –que derivaría de otro modo en actos implícitos de reconocimiento de un Gobierno en el exilio– sería necesaria una respuesta firme, clara e inequívoca por parte de las autoridades belgas, sin que pudieran hacerse valer por el Sr. Puigdemont y sus adláteres inexistentes derechos a la libre circulación, excluidos *de radice* cuando de las más altas autoridades se trata, como destacara el TJUE en el precitado asunto, al excluir la aplicación de las disposiciones del Derecho de la UE en materia de

(70) Diario *La Vanguardia*, 5 de febrero de 2018, accesible en <http://www.lavanguardia.com/politica/20180205/44573932488/puigdemont-investidura-govern-generalitat-consell-republica.html> consultado el 9 de febrero de 2009.

(71) *Cfr.* su *Droit International*, t. 3, Les compétences, París, Sirey, 1977, p. 128.

(72) El caso plantearía similitudes –a *contrario sensu*, pues aquí se trataría de una expulsión del territorio y allí de una denegación de entrada– con el planteado en la Sentencia TJUE de 16 de octubre de 2012, *Hungría c. República Eslovaca*, asunto C-364/10, ECLI:EU:C:2012:630. Al respecto *vid.* ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «¿Ciudadano o Presidente? El caso Hungría c. República Eslovaca o el uso político del recurso por incumplimiento», *La Ley-Unión Europea*, núm. 1, 2013, pp. 1-5.

libre circulación y residencia, en atención a las exigencias inherentes al respeto de las normas del Derecho internacional⁽⁷³⁾.

Sin embargo, aunque la respuesta jurídica internacional parece inequívoca, no está de más recordar que desde diferentes instancias –no sólo políticas, sino judiciales– se aireaba la posibilidad de que tal planteamiento –el Consell de la República– fuera una solución política aceptable, dado que no entrañaría «ningún tipo de consecuencia jurídica» (*sic*)⁽⁷⁴⁾. Tal planteamiento, sin embargo, nos parece difícilmente asumible a menos que se esté por recuperar en nuestra práctica las situaciones de las sucesivas Reinas Madres –María Cristina de Borbón (o Señora de Muñoz) e Isabel II– condenadas al exilio en el siglo XIX por las asonadas liberales, y cuya presencia en París ora soportaban, ora toleraban los Gobiernos concernidos, tanto francés como español⁽⁷⁵⁾. A tenor de lo expuesto, ese papel –supuestamente– es el que habría de conferírsele *mutatis mutandis* al sedicente *President Puigdemont*.

Las previsiones apuntadas sin embargo no llegaron a concretarse en aquel momento⁽⁷⁶⁾, pues, incansable viajero en pos de la difusión de la República Catalana, el sedicente *President* trocaba temporalmente su mansión de Waterloo por un apartotel berlinés, tras una breve estancia carcelaria en el norte de Alemania.

V. «ESCOLTA ALEMANYA»: LAS INESPERADAS COMPLICACIONES DE LA EUROORDEN ANTE EL SISTEMA JURÍDICO ALEMÁN

Si en el caso belga, todos los observadores avisados eran conscientes de las dificultades que planteaba la entrega del prófugo Puigdemont y sus adláteres, estos

(73) Sentencia TJUE de 16 de octubre de 2012, *Hungría c. Eslovaquia*, cit., ptos. 44-51.

(74) Esta opinión parecía ser compartida por el Gobierno, según el Diario *El País*, 9 de febrero de 2017. Incluso el portavoz de Juezas y Jueces para la Democracia, el magistrado I. U. González Vega, bien conocido del que esto escribe, lo veía así en sus declaraciones en el programa *Espejo Público*, de 9 de febrero en A3TV.

(75) En el caso de la primera, su primer exilio (1840-43) propició constantes injerencias en España, dado el apoyo prestado por el monarca francés Luis Felipe de Orleans –en abierta disputa con Gran Bretaña sobre su influencia en España en el contexto definido por la «Cuádruple Alianza»– mal llevadas por el débil Gobierno liberal español (regencia de Espartero); en el segundo (1856-1878), la Reina madre iba y venía frecuentemente entre Francia y España para atender sus numerosos negocios de todo orden, ante la tolerancia de los respectivos Gobiernos. En cuanto a Isabel II fue acogida en Francia por el Emperador Napoleón III y desarrolló cierta actividad política –como su *Manifiesto a los españoles* de 30 de septiembre de 1868– hasta la renuncia a sus derechos en favor de su hijo Alfonso en 1870; también desde su exilio realizó esporádicas vistas a España (Al respecto *vid.* BURDIEL, I., *Isabel II. Una biografía (1830-1904)*, Taurus, Madrid, 2010; VILAR GARCÍA, M.J., «El primer exilio de Isabel II visto desde la prensa vasco-francesa (Pau, septiembre-noviembre 1868)», *Historia Contemporánea*, vol. 44, pp. 241-270, en p. 263).

(76) La constitución posterior –el 30 de octubre pasado– de un denominado *Consell de la República*, no responde ya a la iniciativa comentada, dado que se trata de una entidad privada –otra más– en la que pueden integrarse todos los que lo deseen, sin límite de edad ni origen; aunque, eso sí, previo *pagament*. De hecho, el portal de la entidad virtual (<https://consell.republicat.cat/?locale=ca>) dispone de una pasarela electrónica para medios de pago. La presidencia, a la que corresponde, *inter alia*, realizar la «representación exterior» del propio Consell e «internacionalizar» la protección de los derechos civiles y políticos en Cataluña, recae obviamente en el *cabdill* Puigdemont.

mismos acariciaban la idea de que tales obstáculos se allanarían en el caso de que aquel se decidiera a abandonar le *plat pays*. La ocasión sería particularmente propicia, entendían, si en su constante peregrinar por Europa vendiendo las virtudes liberadoras de la causa del independentismo –y la consiguiente ferocidad represora del Estado español, cuya impronta franquista revelaba– recalaba en algún Estado inequívocamente afín al nuestro en lo que atañe al rechazo del *procès*. La ocasión, tras un infructuoso intento de detención en Finlandia, se presentaba en Alemania y en concreto en el *Land* de Schleswig-Holstein donde C. Puigdemont era detenido a finales de marzo por las autoridades alemanas tras la reactivación de la Euroorden por el Juez instructor del TS, P. Llarena⁽⁷⁷⁾. Sin embargo, lo que se antojaba como un expeditivo procedimiento iba a deparar un resultado inesperado para muchos, toda vez que, tras no pocas dilaciones, el Tribunal Superior del *Land*, acordaba el 12 de julio la entrega a España del prófugo Puigdemont por el único cargo de malversación de caudales públicos⁽⁷⁸⁾. Como es sabido, ello conduciría al Juez Llarena a retirar no sólo ésta sino las restantes euroórdenes y órdenes internacionales de detención cursadas en relación con los políticos fugados.

Previamente, el procedimiento se había caracterizado por revelar una vez más las ¿inesperadas? debilidades del sistema establecido para regular la Orden Europea de detención y entrega, así como las dificultades de encaje en los tipos penales existentes en la República Federal alemana de lo que, en acertada expresión, ha podido calificarse como un «golpe de Estado posmoderno»⁽⁷⁹⁾. De hecho, una primera decisión del Tribunal Superior de Schleswig-Holstein descartaba el cargo de rebelión –precisado de la doble incriminación tanto en el Derecho español como en el alemán al no figurar entre los delitos tipificados en la normativa europea⁽⁸⁰⁾– con arreglo a una valoración en cuanto al fondo que se antojaba sumamente discutible

(77) Como es conocido, el Juez instructor dictaba el 23 de marzo diversas euroórdenes con destino a Gran Bretaña (C. Ponsatí), Finlandia (C. Puigdemont) y Bélgica (A. Comín, L. Puig y M. Serret) y una orden internacional de detención a Suiza (A. Gabriel), en este último caso dado que el Estado helvético no forma parte del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Con posterioridad, la orden europea de detención y entrega de Puigdemont sería cursada a las autoridades alemanas.

(78) «La Justicia alemana decide extraditar a Puigdemont sólo por malversación», diario *El Independiente*, 12 de julio de 2018; accesible en <https://www.elindependiente.com/politica/2018/07/12/justicia-alemana-decide-extraditar-a-puigdemont-solo-por-malversacion/>. Sobre la cuestión vid. RUIZ YAMUZA., F.G., «La doble incriminación en el sistema de la Euroorden o de la necesidad de una exégesis realista del principio de reconocimiento mutuo. Apuntes en relación con el asunto Puigdemont», RDCE, núm. 61, 2018, pp. 1059-1090, así como nuestra contribución «La Euroorden puesta a prueba. Aventuras y desventuras de un razonablemente eficaz sistema de cooperación judicial», en el número monográfico dedicado al tema bajo el título ¿La justicia europea en crisis? en la revista electrónica *The Economy Journal* (accesible en <https://www.theconomyjournal.com/texto-diario/mostrar/1225965/euro-orden-puesta-prueba-aventuras-desventuras-razonablemente-eficaz-sistema-cooperacion-judicial> consultada el 15 de diciembre de 2018).

(79) Cfr. LUQUE, P., *La secesión en los dominios del lobo*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2018, p. 63. El autor, que desarrolla esta idea en base a la clásica obra de C. MALAPARTE, *Técnica del Golpe de Estado*, Arpa Editores, Barcelona, 2017 (e.o. 1931), resalta a estos efectos la ausencia de violencia –que no de intimidación– en los sucesos de septiembre y octubre de 2017, y admite que la expresión había sido utilizada previamente por D. GASCÓN, «Un golpe posmoderno», *Letras libres*, 21 de septiembre de 2017 (*Ibid.*).

(80) Sobre el particular vid. NIETO MARTÍN, A., «Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo», *La Ley Unión Europea*, núm. 59, 2018.

dadas las posibles extralimitaciones en las que habría incurrido⁽⁸¹⁾. La decisión inicial del Tribunal alemán, que propiciaba en respuesta una tentativa del Juez Llarena –final y, posiblemente, felizmente no llevada a efecto– de formular una cuestión prejudicial al TJUE⁽⁸²⁾, era reiterada ulteriormente, pese a los afanosos intentos de la fiscalía alemana, que había porfiado por una revisión de la decisión en estrecha colaboración con la fiscalía española.

VI. «ESCOLTA MÓN»: LOS INTENTOS POR MUNDIALIZAR EL «PROCÈS»

El día de la supuesta proclamación de la República catalana no había ninguna bandera europea en el Palacio de la Ciutadella, pero el diputado Lluís Llach colocó sobre la balaustrada de la escalinata una bandera de Naciones Unidas. La apelación a Naciones Unidas que simbolizaba el gesto del, en su día, aclamado cantautor era consustancial a la estrategia internacional que rodeaba todo el *procès*. A decir verdad, desde los primeros compases –pensemos en el borrador de Constitución catalana de 2014– los textos separatistas proclamaban una «empatía iusinternacionalista» (*Völkerrechtfreundlichkeit*) digna de encomio. En lógica con ello, la Ley 19/2017, de 7 de septiembre, de referéndum de autodeterminación de Catalunya es una constante invocación al Derecho internacional –que no al europeo (de hecho, Europa está significativamente ausente en ella)⁽⁸³⁾– y a los desarrollos gestados en el marco de Naciones Unidas, como fundamento del nacimiento de la futura República Catalana.

(81) Sirva de exponente la valoración del procedimiento por parte de un historiador –profundo conocedor del proceso de integración europea– para quien los jueces de Schleswig-Holstein «acudieron raudos en ayuda del “rebelde” fugado, destrozando no sólo la imagen de Alemania, sino también la de Europa» (Cfr. RUIZ-DOMÈNEC, J.E., *Informe sobre Cataluña. Una historia de rebeldía (777-2017)*, Taurus, Madrid, 2018, p. 246). Para un examen en clave jurídica de la decisión, además de las contribuciones previamente citadas, vid. A. MANGAS MARTÍN, «Euroorden versus extradición: discordancias en el (des)concierto europeo», Real Instituto Elcano, *ARI* 50/2018, 17 de abril de 2018.

(82) Aunque se ha sostenido que esa hubiera debido ser la vía seguida por el mismo Tribunal alemán para sortear los riesgos de un «asunto políticamente explosivo» (BRAUM, S., «The Carles Puigdemont Case: Europe’s Criminal Law in the Crisis of Confidence», *German Law Journal*, vol. 19, 2018, p. 1356), los riesgos de tal planteamiento eran lúcidamente columbrados por D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, «Una prejudicial factible pero peligrosa», *Agenda Pública*, 10 de abril de 2018 (accesible en <http://agenda publica.elperiodico.com/una-prejudicial-factible-pero-peligrosa/>), quien amén de enjundiosos argumentos jurídicos, sopesaba uno político, pero en modo alguno irrelevante, el de proporcionar al independentismo una plataforma europea de primer orden en el curso del hipotético procedimiento prejudicial. Sobre la cuestión vid. asimismo SOCA i TORRES, I., «La resolución prejudicial de dudas relativas a la ejecución de la Orden Europea de Detención y Entrega: Notas a la vista del caso Puigdemont», *La Ley Unión Europea*, núm. 59, 2018.

(83) Queda por ver, no obstante, la atención que prestarán los medios separatistas a las consideraciones formuladas por el Abogado General, F. Whatelet, en relación con el valor del derecho a la libre determinación como derecho humano tutelado por el propio Derecho de la UE (Conclusiones de 10 de enero de 2018, asunto C-266/16 *The Queen y Western Sahara Campaign /Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs y Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs* ECLI:EU:C:2018:1, ptos. 99 y 104). Nos remitimos, en todo caso, a la valoración prospectiva que hemos realizado en nuestra aportación «El Sahara Occidental, de nuevo, en Luxemburgo: Las implicaciones de una Unión de Derecho, también internacional», *La Ley-Unión Europea*, núm. 56, 2018.

No siendo necesario entrar en detalle en la cuestión, limitémonos a consignar el apoyo doctrinal que han recibido estos alegatos. En tal sentido, conviene destacar que se ha tratado de fundar la licitud del proceso «autodeterminista» catalán en una supuesta «secesión-remedio» –amparada hipotéticamente por la práctica internacional– y el consiguiente acceso de Catalunya a la independencia⁽⁸⁴⁾. En este orden, autores como M. Weller o N. Levrat se han pronunciado favorablemente⁽⁸⁵⁾, en tanto que otros como M. Milanovic y el conjunto de la doctrina española –reflejada en la ya mencionada declaración de la AEPDIRI de 19 de septiembre de 2017 suscrita mayoritariamente por ésta– disienten de tal planteamiento⁽⁸⁶⁾.

No es menos cierto que en el caso catalán no se producía un pronunciamiento semejante al que el Consejo de Seguridad dedicaba en su Resolución 2379 (2017), de 21 de septiembre, al:

«respeto por la soberanía, la integridad territorial, la independencia y la unidad del Iraq, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas»

En el momento en que se fraguaba un coetáneo intento secesionista del Kurdistán iraquí, con la convocatoria –casi por las mismas fechas– de un referéndum –también ilegal– sobre la independencia de la región autónoma⁽⁸⁷⁾. Si a este silencio, se suma el hecho de que a raíz de los sucesos del 1 de octubre el, entonces, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos efectuaba un comentario del siguiente tenor:

(84) Mencionemos aquí el argumento que sugiere el válido ejercicio de un proceso de libre determinación externa ante la imposibilidad en que se hallaría el pueblo catalán de ejercer su autodeterminación interna tras la STC 31/2010, que habría imposibilitado su encaje en España. Si bien, tal alegato carece de fundamentación en el Derecho internacional, respondiendo a un victimismo que tiene por «objetivo atraer a la opinión pública, interna e internacional, a la empatía con la causa independentista» (Cfr: ARENAS GARCÍA, R., «El procés, un intento de secesión de hecho», en J. Coll, I. Molina, M. Arias Maldonado (eds.), *Anatomía del Procès. Claves de la mayor crisis de la democracia española*, Debate, Barcelona, 2018, p. 80). De hecho, como se ha afirmado con rotundidad y lucidez el episodio del mutilado *Estatut* «se convirtió en la coartada del delirio posterior»; un «delirio sostenido desde el poder» (Cfr: OVEJERO, F., *La deriva reaccionaria de la izquierda*, Página Indómita, Barcelona 2018, p. 283).

(85) Se trata en ambos casos de opiniones «mercenarias» pues se expresan en sendos informes encargados desde las formaciones separatistas catalanas. Vid. WELLER, M., *et alii*, «Secession and Self-determination in Western Europe: The Case of Catalonia», *EJIL Talk*, 18 de octubre de 2017, accesible en <https://www.ejiltalk.org/secession-and-self-determination-in-western-europe-the-case-of-catalonia/>, así como LEVRAT, N., *et alii*, *Catalonia's Legitimate Right to Decide*, accesible en http://exteriors.gencat.cat/web/.content/00_ACTUALITAT/notes_context/FULL-REPORT-Catalonias-legitimate-right-to-decide.pdf, consultados ambos el 11 de febrero de 2018. Contrasta este planteamiento con el de SAURA ESTAPÀ, J., «Autodétermination et séparatisme des territoires métropolitains dans un cadre constitutionnel démocratique: le cas de la Catalogne», *Revue Miroirs*, vol. 1, 2014; accesible en <http://www.revuemiroirs.fr/links/Article5.pdf>, quien –al menos entonces– rechazaba ese planteamiento pese a reconocer la condición de Cataluña como pueblo titular del derecho de autodeterminación.

(86) MILANOVIC, M., «A Footnote on Secession», *EJIL Talk*, 26 de octubre de 2017, accesible en <https://www.ejiltalk.org/a-footnote-on-secession/> consultado el 11 de febrero de 2018.

(87) El valor y el alcance de este pronunciamiento son ponderados en unos términos un tanto exagerados –a nuestro juicio– en el análisis de este proceso a cargo de BOSQ, L. y VALAX, J., «Chronique des faits internationaux», *RGDIP*, t., 2018, pp. 155-158.

«I am very disturbed by the violence in Catalonia on Sunday. With hundreds of people reported injured, I urge the Spanish authorities to ensure thorough, independent and impartial investigations into all acts of violence. Police responses must at all times be proportionate and necessary.

I firmly believe that the current situation should be resolved through political dialogue, with full respect for democratic freedoms.

I call on the Government of Spain to accept without delay the requests by relevant UN human rights experts to visit⁽⁸⁸⁾».

Podría pensarse que la organización mundial efectivamente parecía prestar una cierta atención a los acontecimientos en Cataluña. Una espiral que también alimentó desde el entorno de Naciones Unidas, el, también por entonces, experto independiente del Consejo de Derechos Humanos para «un orden democrático y equitativo», A. de Zayas⁽⁸⁹⁾, quien justificaba las pretensiones secesionistas advirtiendo que:

«El problema no es que el referéndum sea contrario a la Constitución, sino que la Constitución sea contraria al Derecho internacional y al sentido común⁽⁹⁰⁾».

Huelga advertir que semejante planteamiento adolece del más mínimo fundamento; máxime si se tiene presente que pocos días más tarde era nuestro Tribunal Constitucional el que venía llamado analizar la cuestión, ofreciendo una lectura radicalmente distinta y ciertamente más ajustada al marco jurídico internacional en presencia. En tal sentido, en su Sentencia TC 14/2017, de 14 de octubre, afirmará:

«Es cierto que tanto en el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, como en el de derechos Económicos y Sociales, de igual fecha, de los que España es parte, se proclama, y así lo recuerda el preámbulo de esta Ley 19/2017, que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación” (art. 1.1 de uno y otro tratado). No lo es menos que diversas resoluciones inequívocas de las Naciones Unidas, en cuyo ámbito se suscribieron aquellos Pactos, han acotado ese derecho, entendido como pretensión de acceso unilateral a la independencia, a los casos de “sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras”. Fuera de ellos “todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la

(88) United Nations, OHCHR, Comment by the UN High Commissioner for Human Rights Zeid Ra'ad Al Hussein on the situation in Catalonia, Spain, Ginebra, 2 de octubre de 2017; texto accesible en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22192&LangID=E> consultado el 14 de febrero de 2018.

(89) La reciente trayectoria del Profesor de Zayas como campeón de una peculiar visión de la libre determinación de los pueblos no induce a equívoco. Hemos tenido ocasión de coincidir con él en Ginebra en la reciente sesión del Consejo de Derechos Humanos (junio de 2018), donde –privado ahora de toda responsabilidad oficial– se libraba en los eventos paralelos desarrollados por diferentes ONGs a la defensa de todas las causas de liberación nacional imaginables, desde la isla de Bioko (antigua Fernando Poo) frente a la opresión de Guinea Ecuatorial a la del Reino de Hawai contra su ilegal anexión por EE. UU.

(90) Declaraciones al medio digital *eldiario.es*, 29 de septiembre de 2017m accesibles en http://www.eldiario.es/catalunya/Alfred-Zayas-independiente-ONU-Bruselas_0_691881045.html consultado el 13 de febrero de 2017.

unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”, como se afirma en los números 1 y 6 de la Declaración sobre la concesión de la independencia a países y pueblos coloniales, aprobada por Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960.

Con mayor precisión aún se pronuncia la Declaración 50/6 de Naciones Unidas, cuyo párrafo tercero del punto uno recoge lo siguiente: “Seguir reafirmando el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, teniendo en cuenta la situación particular de los pueblos sometidos a dominación colonial o a otras formas de dominación u ocupación extranjeras, y reconociendo el derecho de los pueblos a tomar medidas legítimas, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, encaminadas a realizar su derecho inalienable a la libre determinación. Nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna”⁽⁹¹⁾».

Naturalmente, semejantes afirmaciones eran ignoradas por el Prof. De Zayas que aún con posterioridad, mostraba su preocupación ante los acontecimientos de Cataluña en septiembre y octubre de 2017, al tiempo que hablaba –ante el fracaso de la estrategia de internacionalización– de «una conspiración de silencio contra Cataluña por parte de la UE y de la ONU», recomendando que los presos –naturalmente «políticos», a su entender– se dirigieran al grupo de trabajo de detención arbitraria de la ONU y que a la vez plantearan sus casos ante al Comité de derechos humanos⁽⁹²⁾.

(91) Fundamento jurídico, 2.A.b). Para un análisis en profundidad de esta decisión remitimos al trabajo de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., «El derecho de autodeterminación: una lectura desde España», *Revista de Derecho internacional de la Universidad de Córdoba* (Argentina), 2018 (en prensa).

(92) Entrevista, Diario *El Món*, 15 de enero de 2018, reprod. en https://www.elnacional.cat/es/politica/de-zayas-catalunya-onu_229254_102.html consultado el 13 de febrero de 2018. Pese a la rotundidad de la afirmación del «experto», el supuesto carácter antidemocrático de la Constitución española al proscribir el derecho de secesión es compartido no obstante, por la práctica totalidad de las Constituciones del Mundo, con la excepción de las Constituciones de San Cristobal y Nieves (art. 111.k), Etiopía (art. 39.1), Liechtenstein (art. 4.2) y la no escrita del Reino Unido que ampara explícitamente (*Northern Ireland Act 1998*, sección 1.ª) e implícitamente (como se comprobó con ocasión del referéndum de Escocia en 2013) tal supuesto (Algunas de las referencias provienen de SKOUTARIS, N., «Territorial Differentiation in EU Law: Can Scotland and Northern Ireland Remain in the EU and/or the Single Market?», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 19, 2017, p. 293 y n. 32). A tan menguados ejemplos cabría añadir la práctica constitucional canadiense, *apud* doctrina sentada por su TS en su opinión de 26 de agosto de 1998 el asunto de la secesión de Quebec, que fijaba no obstante unos criterios restrictivos, normativizados luego en la muchas veces mentada Ley Federal de Claridad (*An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference/Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*), L.C. 2000, c. 26, sancionada el 29 de junio de 2000. Texto accesible en <http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-31.8/FullText.html>.

A tenor de lo anterior, no tiene nada de extraño que desde las filas independentistas se recurra ahora a la estrategia de denunciar las violaciones de los derechos humanos de las que serían víctimas los políticos secesionistas encarcelados y a alentar su supuesta receptividad en el entorno de Naciones Unidas. En esta dinámica es en la que hay que situar la denuncia anunciada ante el Relator sobre detenciones arbitrarias de Naciones Unidas, difundida por un bufete londinense⁽⁹³⁾, la denuncia presentada por J. Sánchez y por el propio C. Puigdemont ante el CDH⁽⁹⁴⁾, así como la segunda fuga –en este caso de la exdiputada de la CUP, Anna Gabriel Sabatè– que no por casualidad optaba por «exiliarse» en Ginebra –sede de las instituciones de derechos humanos de las Naciones Unidas⁽⁹⁵⁾. Como es conocido, con posterioridad el mismo curso seguiría la secretaria general de Esquerra Republicana de Catalunya, Marta Rovira i Vergès tras manifestar su intención de no comparecer ante el TS el 23 de marzo de 2018.

En todo caso, el curso de los acontecimientos llevaba de nuevo a los medios separatistas a magnificar y distorsionar el alcance de algunas de las decisiones acordadas por los órganos internacionales sobre el tema. En concreto, las decisiones de registro por parte del Comité de Derechos Humanos de las denuncias presentadas por Sánchez y Puigdemont, eran presentadas en los medios secesionistas como resoluciones de Naciones Unidas de obligado cumplimiento para España en las que se exigiría la inmediata puesta en libertad, en un caso, y la libertad de movimientos, en el otro, tergiversando lo que no eran sino actos preliminares y en ningún caso vinculantes de un organismo convencional no jurisdiccional del sistema de Naciones Unidas⁽⁹⁶⁾.

(93) Cfr. https://www.elnacional.cat/es/politica/eco-internacional-presos-catalanes-onu_234849_102.html consultado el 14 de febrero de 2018.

(94) Supuestamente el 1 de marzo de 2018. El texto se encuentra accesible en <https://assets.documentcloud.org/documents/4392248/CP-UNHRC-Application-Final-Redacted-1.pdf> consultado el 7 de marzo de 2018.

(95) La maniobra propagandista orquestada a raíz de su fuga llevaba al extremo de presentar como intervención en Naciones Unidas una entrevista concedida por la exdiputada a un medio radiofónico realizada en la sede de Naciones Unidas. Cfr. «Gabriel, en la ONU: “Quien tendría que estar bajo investigación es el estado español”», 23 de febrero de 2018, accesible en https://www.elnacional.cat/es/politica/anna-gabriel-onu-entrevista_242286_102.html consultado el 25 de febrero de 2018.

(96) Es cierto que en ambas notificaciones de registro se advierte que de conformidad con el art. 92 de su reglamento de procedimiento se insta al Estado parte a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos políticos conforme al art. 25 del Pacto, pero también allí se precisa que el Comité no ha adoptado decisión alguna sobre el fondo del asunto (CDH, notificación de registro de la comunicación n.º 3160/2018, *J. Sánchez i Picanyol c. España*, 23 de marzo de 2018; reprod. en <https://www.lavanguardia.com/politica/20180323/441867070369/onu-insta-espana-garantizar-derechos-politicos-jordi-sanchez.html>). De hecho, ya no es sólo que tan «provisionalísimas medidas» no obliguen al juez instructor, es que ni siquiera la «decisión» que llegue a adoptar en su día en cuanto al fondo el Comité será vinculante, concretándose en unas meras observaciones dirigidas al Estado español, como sabe todo conocedor del procedimiento e incluso los estudiantes del primer curso del Grado en Derecho de nuestra Facultad. En este orden, no está de más recordar los recientes e instructivos trabajos de la CDI sobre «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados» donde ha quedado clara no sólo la no obligatoriedad, sino el incierto valor interpretativo de los «pronunciamientos» de los órganos de control no jurisdiccionales previstos en los tratados en materia de derechos humanos (Al respecto, *vid.* CDI, *Report of the International Law Commission, Seventieth session (30 April–1 June and 2 July–10 August 2018)*, Doc. NU, A/73/10,

Finalmente, para concluir debe destacarse que, si bien los intentos por internacionalizar –en un sentido jurídico formal– el *procès* se han revelado hasta ahora escasamente fructíferos⁽⁹⁷⁾, no ha ocurrido lo mismo con la movilización social que en el interior de Cataluña ha acompañado al desarrollo de la estrategia independentista. En este sentido, en lo que cabría calificar como una «internacionalización *ad intra*» de la misma, los medios de comunicación foráneos han destacado el nutrido apoyo que la causa separatista ha logrado entre las más recientes cohortes migratorias extranjeras llegadas allí, para las cuales la creación de la República catalana supondría el pleno acceso a los derechos de ciudadanía, negados hasta ahora –sostienen éstos– por el Estado español⁽⁹⁸⁾.

VII. ¿Y EL FUTURO?

Es obvio que resulta imposible presagiar lo que puede deparar en el futuro la crisis catalana, lo que es seguro es que hasta el momento los esfuerzos de la facción secesionista no han deparado un resultado efectivo y sus denodadas empresas por propiciar una proyección internacional seria del proceso se han revelado baldías, a no ser que incluyamos el logro de haber conseguido que una de las fanfarrias del carnaval de la localidad flamenca de Aalst (Bélgica) de este año se dedicara íntegramente a la parodia independentista⁽⁹⁹⁾.

Entretanto, es indudable que se ha propiciado una inestabilidad en todos los órdenes que ha afectado no sólo a Cataluña, sino al conjunto del Estado y ha debilitado seriamente la imagen de nuestro país en el exterior. De hecho, los destrozos causados no sólo a la convivencia ciudadana sino al conjunto del sistema político español y –por

p. 114, párr. 22; accesible en <http://legal.un.org/docs/?path=..filc/reports/2018/english/chp4.pdf&lang=EFSRAC>). Todo ello hace tanto más lamentables –e inoportunas– las afirmaciones vertidas acerca del carácter vinculante de un dictamen del Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) –órgano homólogo al CDH– en la Sentencia TS (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 17 de julio de 2018, Fdto jco. 7.º, 3.ª, ECLI: ES:TS:2018:2747 (accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/14eeef2e1ad3680ea> consultado el 15 de diciembre de 2018); decisión que –por cierto– la CDI cita en su comentario como un supuesto excepcional, frente a la generalizada jurisprudencia comparada dictada en sentido contrario (*id. loc. cit.*, p. 115, n. 649, *in fine*).

(97) Pese a las continuas alharacas y *performances*, los dirigentes catalanes –como señala MOREL– perdieron credibilidad ante buena parte de la prensa internacional, que se hace eco de las declaraciones de una directiva de una importante agencia de información (*En el huracán...*, *cit.*, p. 109). Ni que decir tiene que las cancillerías europeas ya no «tragaban» desde hacía tiempo.

(98) Cfr. SAAED, S., «The New Catalans», *Político*, 16 de junio de 2017, accesible en <https://www.politico.eu/article/catalonia-independence-spain-immigration-the-new-catalans/> consultado el 25 de febrero de 2018. De hecho, ya desde el año 2012 el movimiento *Nous Catalans*, asociado a la entonces CDC aglutinaba a un significativo conjunto de personas de diferentes nacionalidades afectas a la causa independentista (MOREL, *En el huracán...*, *cit.*, p. 53).

(99) Cfr. Diario *Le Soir*, 11 de febrero de 2018; accesible en <http://www.lesoir.be/139534/article/2018-02-11/puigdemont-et-francken-caricatures-lors-du-carnaval-dalost-photos-et-video> consultado el 14 de febrero de 2018.

qué no decirlo— a la cooperación jurídica europea son inconmensurables. Y lo peor es que la ausencia de una mínima estrategia por parte de las autoridades españolas —con un Ministerio de AAEE y un servicio exterior lento y torpe en sus reacciones frente a las provocaciones de los independentistas— no auguraban un futuro esperanzador.

Es cierto, sin embargo, que el relevo producido en el Ministerio de AAEE, a raíz del cambio de gobierno derivado del triunfo de la moción de censura presentada por el líder del Partido Socialista P. Sánchez en mayo, ha supuesto la incorporación de J. Borrell, un político catalán de larga y sólida trayectoria interna y europea, cuyas ideas anti-independentistas son bien conocidas. Aunque es pronto para valorar una gestión —aún en sus inicios— no es menos cierto que su compromiso cívico precedente⁽¹⁰⁰⁾ y sus declaraciones iniciales al tomar posesión del cargo revelan una aproximación distinta al problema desde el remozado departamento de AAEE, Unión Europea y Cooperación que resulta cuando menos esperanzador. De un lado, por cuanto en ellas ya ha advertido del enfoque proactivo que asumirá para encarar la dimensión externa del *procés*; de otro, porque descarta la vía exclusivamente represiva seguida al socaire de la implementación del art. 155, cuya aplicación ha concluido.

En este sentido, es llamativo el que, de un lado, acepte la reinstauración de las «delegaciones catalanas» en el exterior, cuya legalidad y constitucionalidad es, tal como hemos advertido, *a priori* indiscutible⁽¹⁰¹⁾; de otro, el que —obrando con una firmeza ausente en momento precedentes— haya cursado instrucciones a los diplomáticos españoles para que adopten una postura inequívoca frente a posibles declaraciones de los líderes independentistas en los actos celebrados en el exterior; línea en la que hay que situar el incidente provocado el pasado mes de junio por el *President J. Torra* en el evento del *Smithsonian Institute* de Washington y la consiguiente réplica del Embajador español ante EEUU, Sr. P. Morenés⁽¹⁰²⁾.

¿Surtirán resultado estos esfuerzos? ¿Lograrán atenuar el indudable impacto que las actuaciones exteriores del independentismo han cosechado en el plano internacional? Ahí lo dejamos.

Oviedo/Uviéu, 17 diciembre/avientu 2018

(100) Ilustrado por sus constantes intervenciones públicas, así como por sus publicaciones *Las cuentas y los cuentos de la independencia* (en colaboración con J. LLORACH), Los Libros de la Catarata, Madrid, 2015 y *Escucha, Cataluña, Escucha, España* (en colaboración con F. DE CARRERAS SERRA, J.J. LÓPEZ BURNIOL y J. PIQUÉ), Península, Barcelona, 2017.

(101) Al respecto el Ministro declaraba en una reciente entrevista: «El Gobierno no se opone a que la *Generalitat* tenga delegaciones en el exterior para ejercer sus competencias. Pero no se les puede llamar “embajadas”, porque no lo son, y para abrirlas la ley vigente exige cumplir unos trámites que lamentablemente todavía no se han cumplido» (diario *El Periódico de Catalunya*, 1 de julio de 2018; accesible en http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Entrevistas/Paginas/ENTREVISTAS/20180701_ENTREVISTA_MAEUEC.aspx. Sobre el particular *vid. supra*.

(102) En tal sentido, recordaba el Ministro en la misma entrevista que: «Ningún embajador se queda impasible ante ataques a su país como los que profirió Torra. Morenés aportó datos internacionalmente contrastados sobre la calidad de nuestro sistema político y judicial, publicados por Exteriores y consultables “on line”». (*Ibid.*)

SOBRE LA INTERDICCIÓN LINGÜÍSTICA DE LA HOMOFOBIA: REFLEXIONES A PARTIR DEL RESCATE DE UNA CONOCIDA SENTENCIA MEXICANA

VICTOR J. VÁZQUEZ ALONSO

Universidad de Sevilla

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. INTRODUCCIÓN A UN «CASO FÁCIL». LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL SINCRETISMO DE TEORÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
- III. «EL DISCURSO DEL ODIOS» COMO CONCEPTO DE EFECTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. DE LA TUTELA DEL HONOR A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.
- IV. NO TODOS LOS ODIOS SON IGUALES. EL PROBLEMA DE LA INTERDICCIÓN LINGÜÍSTICA DE LOS EPÍTETOS HOMÓFOBOS.
- V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Determinar los límites entre aquello que se puede decir y lo que no, es una discusión inherente a todo estado constitucional, siendo probablemente este debate aquél en el que mejor puede comprobarse el tan necesario como complejo vínculo que une el estado de derecho(s) con la democracia. En cualquier caso, pese a tratarse, como decimos, de un problema clásico, lo cierto es que, en los últimos tiempos, y en distintos ordenamientos y latitudes (Presno, M., Teruel, G., 2017), la cuestión de cuáles son los límites oponibles a la libertad de expresión ha adquirido una renovada relevancia, en buena medida como consecuencia de la propia revolución tecnológica experimentada en el mundo de la comunicación. Unos límites que, por lo menos, en el contexto europeo, podemos decir han sido objeto de una interpretación más extensiva e intensa, poniéndose en entredicho con ello alguno de los elementos que identificaban el paradigma liberal clásico de la libertad de expresión.

Uno de los focos de este debate en torno a lo tolerable, quizás el principal, se ha puesto en la idea de *hate speech*, un concepto jurídico sobre el que ha pivotado esa reacción legal y judicial que, como señalábamos más arriba, ha delimitado restrictivamente el derecho a la libertad de expresión. En un país como España, cuyo ordenamiento constitucional no puede alinearse con las denominadas democracias militantes, y donde la construcción dogmática de la libertad de expresión ha tenido una clara impronta liberal y pluralista, han sido muchas las voces críticas que han puesto de manifiesto los problemas constitucionales de esta relectura restrictiva del derecho a la libertad de expresión. Al igual que las tesis que avalan la necesidad de prohibir determinados discursos odiosos giran sobre la idea de que el discurso puede realmente producir un «daño», y de que no siempre las ideas virtuosas van a prevalecer sobre las nocivas tras su contraste por la opinión pública (Waldron, J., 2012); los argumentos acerca de por qué no debe prohibirse el discurso del odio lo hacen normalmente, bien sobre las contradicciones epistemológicas que esta prohibición conlleva con respecto a la idea de libertad de expresión, o bien se apoyan en el propio concepto de discurso público dentro una sociedad democrática y pluralista, en la que se entiende que todas las ideas pueden participar en cualquier foro público de discusión.

En este trabajo voy a intentar prestar atención a otro motivo, creo que menos comentado, para mirar con cautela la tendencia actual de los poderes públicos a intervenir para vedar ciertos discursos odiosos, que es el de que, en algunas ocasiones, tal intervención puede resultar contraproducente para las propias estrategias de resistencia que el grupo agraviado haya podido diseñar. Para ello, vamos a rescatar para su análisis, un célebre caso que resuelve hace unos años la Suprema Corte de Justicia mexicana, y en el que, en un principio, ésta debía de dar respuesta a lo que no era sino un litigio arquetípico de los conflictos entre la libertad de expresión y el derecho al honor que se producen en el ámbito de la prensa escrita. Sin embargo, con ocasión de este litigio, y considerando el carácter homofóbico de algunas de las expresiones que fueron controvertidas, el Tribunal, como veremos, avanza una teoría que, sobre la base del derecho a no ser discriminado, y con la idea del «discurso del odio» subyacente en la argumentación, justifica la interdicción lingüística de ciertos epítetos ofensivos para los homosexuales, todo ello con la loable finalidad de eliminar lo que considera una barrera para la integración igualitaria de este colectivo en la comunidad política. El problema, como intentaré discutir, es el de determinar si una política judicial de interdicción lingüística de una determinada fobia, en este caso hacia los homosexuales, sirve realmente al fin que se propone o puede tener un efecto contrario a los propios intereses del grupo agraviado.

II. INTRODUCCIÓN A UN «CASO FÁCIL». LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL SINCRETISMO DE TEORÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para no aburrir con detalles, y sintetizando mucho los hechos, en este caso el Tribunal debía de confirmar si se encontraban dentro del ámbito amparado por el derecho a la libertad de expresión, toda una serie de expresiones ofensivas que, en el marco de

una agria polémica entre medios de comunicación, son dirigidas por parte de un periodista contra el director y fundador de un importante periódico de la ciudad de Puebla. Como podrá verse, adquiere especial relevancia en el proceso el hecho de que, entre los distintos epítetos despreciativos utilizados, se encontraban algunos que hacían alusión, de forma despectiva, no ya a la homosexualidad del director del medio, sino a la de sus trabajadores, a los que tildaba con los adjetivos de «maricón» y «puñal». En resumen, se trataba de un rife rafe áspero y dilatado en el tiempo que se intenta cerrar con un artículo ya abiertamente ofensivo, en el que, junto a diversos juicios de valor claramente dirigidos a desmerecer la consideración ajena del aludido, se usaban expresiones de carácter homófono.

Cuando decimos que no se trataba de un caso difícil no queremos obviar, claro está, que todo pronunciamiento judicial sobre un conflicto aparente o real de derechos siempre implica esa dificultad insalvable que es la de decidir quién tiene mejor derecho. A lo que hacemos alusión, en este sentido, es al hecho concreto de que la Suprema Corte mexicana había sintetizado de una forma clara su doctrina judicial sobre los límites de la libertad de expresión⁽¹⁾. Y lo cierto es que, esta doctrina sobre los límites de la libertad de expresión dejaba un amplio margen a los jueces para encontrar acomodo argumentativo a sus decisiones, y ello, en la medida en que el Tribunal utiliza lo que podríamos llamar una suerte de *sincretismo de las teorías de los derechos fundamentales*, integrando formas diferentes de comprender los derechos, y, por lo tanto, de aproximarse y resolver los posibles conflictos entre ellos.

A este respecto, en un primer momento, la Corte parece asumir el lenguaje propio de la teoría del principio de proporcionalidad, y, por lo tanto, una lógica ponderativa en el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor. Una lógica que estaría matizada, aunque no de forma concluyente, por las diferentes subreglas que los precedentes de la Suprema Corte han ido decantando a la hora de argumentar la evaluación aritmética que determinaba sus decisiones en este tipo de conflictos⁽²⁾.

Sin embargo, lo cierto es que, si uno atiende a la motivación de la sentencia, lejos de apelar a la estructura analítica del principio de proporcionalidad, lo que la Suprema Corte hace es asumir como propio un marco de análisis de los conflictos entre libertad de expresión y honor que, en atención a la dimensión democrática de la primera de estas libertades, otorga una posición preferente a su tutela, cuando pueda

(1) Puede leerse, en este sentido, Tesis aislada 1.ª XXVI/2011, emitida por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro IV, Tomo III, enero de 2012.

(2) A este respecto, señala la sentencia:

«Nuestro análisis tiene como origen el reconocimiento de que los derechos fundamentales se distinguen de las normas que contienen reglas por ser normas que no tienen acotadas o identificadas sus condiciones de aplicación, lo que las dota de una estructura de principios: contienen un mandato de optimización con la instrucción de que algo sea realizado en la mayor medida posible. Pero la determinación de cuál sea “la mayor medida posible” dependerá de las otras normas jurídicas que también resulten aplicables en el caso concreto, pues los principios están indefectiblemente llamados a ser limitados por los otros principios con los que interactúan, así como las reglas que los desarrollen» (p. 29).

constatarse la relevancia pública del discurso⁽³⁾. Un esquema de análisis que es el que también hace suyo la Corte Interamericana desde el conocido *Caso Herrera v. Costa Rica*⁽⁴⁾, decisión a la cual se remite la propia sentencia para dotar de un fundamento convencional a la integración de este *balancing test* en el ordenamiento mexicano.

El problema que plantea esta teoría de la *preferred position*, tanto en su aplicación a este caso concreto como desde una perspectiva más general, es que si bien la misma se adecua con facilidad a la forma en que constitucionalmente se entiende la libertad de información⁽⁵⁾, es decir, como un derecho delimitado por dos requisitos internos, como son la relevancia pública y la veracidad; no lo hace de una forma pacífica con el derecho a la libertad de expresión⁽⁶⁾, el cual no puede ser delimitado sobre la base de estos criterios u otros similares sin perder su esencia, que no es otra que la ofrecer tutela a la transmisión de ideas o juicios de valor, independientemente de cuál sea el contenido o el propio prestigio de estos⁽⁷⁾. Dicho de otra forma, sin perjuicio de que la tutela de la libertad de expresión frente a otros derechos en conflicto se pueda justificar, en casos puntuales, sobre la propia contribución del discurso al debate público (Caruso C., 2013), esta libertad no puede ser delimitada sin atender, más allá de a su dimensión democrática, a su vínculo umbilical con el libre desarrollo de la personalidad. Una circunstancia, esta última, que hace mucho más gravoso, dentro de ordenamientos liberales que en principio pivotan, desde el punto de vista epistemológico, sobre este principio del libre desarrollo de la personalidad, delimitar cuáles son los límites internos, en definitiva, que no está amparado por la libertad de expresión⁽⁸⁾.

(3) Como señala la sentencia «...este derecho ocupará una posición preferente siempre que se ejercite en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a las que se refieran y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor. No tendrán, en cambio, esa eficacia justificadora en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público». (pp. 35)

(4) Corte IDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, de julio de 2004. Para una síntesis de cómo esta doctrina se asimila en el ordenamiento mexicano, puede verse, la Tesis aislada XXIII/2011, «Libertad de expresión. sus límites a la luz del sistema de protección dual y del estándar de malicia efectiva», de la Primera Sala de la Suprema Corte, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IV, Tomo 3, enero de 2012, página 2911.

(5) Constitución mexicana, Artículo 7. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito (...)

(6) Constitución mexicana, Artículo 6. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado. (...)

(7) Sobre las dificultades de esta diferenciación, me he ocupado en (Vázquez V., 2016)

(8) A este respecto, un autor especialmente atento en los últimos años a los problemas de la libertad de expresión, insiste en abordar este problema «partiendo de una delimitación amplia de la libertad, que no excluye prima facie del ámbito protegido a ningún tipo de acto comunicativo que implique expresión de un pensamiento, al entender que la libertad de expresión es pilar esencial de la democracia *pero que su protección*

En cualquier caso, es precisamente esta dificultad la que otorga una especial relevancia a las teorías internas de los derechos fundamentales en los casos de libertad de expresión. La jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana no es una excepción, en este sentido, y también ha explorado una comprensión de este derecho desde la perspectiva de las teorías internas de los derechos fundamentales, intentando dibujar el paradigma lingüístico de la libertad, principalmente a través de la exclusión de los insultos u opiniones ultrajantes del ámbito amparado por el derecho⁽⁹⁾.

Desde luego, cualquier lector acostumbrado a analizar las decisiones de los tribunales desde la perspectiva de las distintas teorías de los derechos, sabrá que el uso de éstas es en muchas ocasiones espurio, y que los argumentos se canalizan a través de paradigmas que responden a comprensiones teóricas que no siempre, en el debate puramente abstracto o académico, son compatibles. En cualquier caso, como decía más arriba, este sincretismo de teorías de la libertad de expresión, por otro lado bastante común en la jurisdicción constitucional, en el que encontramos premisas tanto de naturaleza ponderativa como subsuntiva, permite que los jueces discriminen y opten por aquella alternativa analítica que puede adecuarse mejor a las características del litigio concreto sobre el que tienen que resolver. En este, por ejemplo, el Tribunal bien podría haber centrado su aproximación al litigio en una valoración de hasta qué punto se trataba o no de un debate de especial trascendencia democrática y era, por lo tanto, merecedor de una protección cualitativa. Al fin y al cabo, no eran sino periodistas a través de medios de comunicación, enzarzados en una discusión sobre la propia ética del oficio, y en una situación de aparente igualdad de armas. Circunstancias todas ellas, que invitan a pensar que éste era un enfoque que facilitaba una argumentación tendente a no sacrificar el derecho a la libertad de expresión.

Por el contrario, de optar por un enfoque centrado en cuáles son los límites internos de la libertad de expresión, el Tribunal tendría ante sí la posibilidad de un juicio disyuntivo, es decir, la posibilidad de determinar si cuando se usan calificativos como *personaje negro, maricón, corrupto, lambiscón, inútil y puñal*, uno se sitúa fuera del ámbito que ampara la libertad de expresión. En el caso concreto, al tratarse de un proceso civil y, por lo tanto, al no plantearse desde el punto de vista de la proporcionalidad los problemas que sí plantearía la aplicación del delito de injurias, concluir que existía una injerencia en el derecho al honor podría considerarse una decisión discutible pero no desproporcionada, máxime cuando era evidente la contumacia y agresividad del demandado, a la hora de intentar desmerecer la consideración ajena.

se justifica primero y antes que nada en atención a su valor como manifestación de la libertad individual. Y, en cuanto a su limitación, la caracterización personalista aboca a justificar sus límites en la protección de bienes personales, excluyendo en línea de principio que bienes supraindividuales puedan justificar un límite a esta libertad» (Teruel G., 2017, 164-165)

(9) A este respecto, insiste la Suprema Corte en que «... el uso de la libertad de expresión para criticar o atacar mediante el empleo de términos excesivamente fuertes y sin articular una opinión, puede conllevar una sanción que no resultaría violatoria de la libertad de expresión. Es importante enfatizar que la Constitución no reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita, sin embargo, tampoco veda expresiones inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, aún y cuando se expresen acompañadas de expresiones no verbales, sino simbólica» (p.34)

III. «EL DISCURSO DEL ODIOS» COMO CONCEPTO DE EFECTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. DE LA TUTELA DEL HONOR A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como hemos visto, los hechos, y la propia versatilidad de la doctrina sobre la libertad de expresión que había desarrollado la Corte, hacían de este litigio un litigio muy poco original del que difícilmente se podía pensar que iba a ser óbice para un rico debate doctrinal sobre los límites de la libertad de expresión. La razón por la cual este debate se ha producido se encuentra, en gran medida, porque en la motivación de la sentencia emerge un concepto jurídico que en los últimos años, y en ordenamientos jurídicos tributarios de tradiciones muy dispares, ha centrado el debate sobre los límites de la libertad de expresión. Se trata, como se intuye, del «discurso del odio»⁽¹⁰⁾.

Creo que podría decirse que la noción de «discurso del odio»⁽¹¹⁾ ha tenido un cierto efecto sísmico en el tradicional debate sobre la libertad de expresión. Es más, me atrevería a afirmar que, más que ante un concepto jurídico indeterminado, nos encontramos, en este caso, ante un concepto jurídico de efectos indeterminados, ya que su asimilación ha provocado, en no pocos ordenamientos un replanteamiento integral de los límites de la libertad de expresión. Valga como ejemplo, y por proximidad, el propio caso de España⁽¹²⁾, donde el aterrizaje de este concepto jurídico no sólo ha dado lugar a una reforma del Código Penal para incorporar el tipo penal de los delitos de odio, sino que ha alterado de manera clara la delimitación del derecho a la libertad de expresión. A este respecto, la idea de «discurso del odio» ha determinado⁽¹³⁾, entre otras cosas, una nueva comprensión restrictiva de los límites a la libertad artística o al humor⁽¹⁴⁾, por citar un exponente significativo y paradójico, una nueva comprensión del fundamento de la tutela penal de la Corona⁽¹⁵⁾. Subrayo lo paradójico de esto último porque, en principio, el concepto de «discurso del odio» se construye sobre el presupuesto de que es necesario restringir ciertos discursos que pretenden anular la dignidad ciudadana de quienes pertenecen a ciertas minorías o

(10) De entre la ingente literatura sobre el tema, a alguna de la cual, haremos referencia en adelante, creo que constituye un buen punto de referencia para una aproximación al significado práctico de este concepto en la jurisprudencia el estudio comparado de (Alcácer, R., 2015), o el más reciente (Valero, A., 2017)

(11) Puede que de entre las distintas fórmulas recogidas en el derecho internacional para delimitar el concepto de «discurso del odio», la que más recepción ha tenido haya sido esta que esboza la *Recomendación N.º 97 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Discurso del Odio*, y que se refiere a este discurso como aquellas «formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración».

(12) Para una reflexión crítica de los efectos que ha provocado la integración de la idea de «discurso del odio» en el ordenamiento español, es especialmente ilustrativo el trabajo de (Urías, J., 2017; 35, 64)

(13) Un trabajo especialmente exhaustivo en el cotejo de fuentes y al mismo tiempo crítico con la redefinición restrictiva de la libertad de expresión a la que en muchos casos a conducido el temor a los efectos expansivos o virales del discurso en las redes sociales, lo encontramos en (Boix, A., 2016)

(14) Sobre esta cuestión me he ocupado en (Vázquez, V., 2014 y 2017).

(15) Tribunal Constitucional, sentencia 177/2015 de 22 de julio.

grupos históricamente discriminados. En este sentido, y aunque el monarca pertenezca al muy minoritario colectivo de los reyes, no puede, a buen seguro, considerarse integrante del club de los preteridos. En cualquier caso, que se recurra aquí al concepto de *hate speech* pone bien de manifiesto hasta qué punto, en su aplicación judicial, la idea de discurso del odio genera una tendencia a poner la atención no tanto en el bien jurídico protegido como en la moralidad de la intención. Actúa en muchos casos, podríamos decir, como una suerte de *test de la inquina*, de tal forma que, constatada esta, se descarta el amparo de la libertad de expresión.

En el caso concreto que nos ocupa, el análisis del litigio a través de la idea de del discurso del odio tiene un efecto muy particular y es el hecho de que se produzca, en el enfoque de la Corte, una sustitución del bien jurídico cuya tutela reclama el demandante por aquel otro que la mayoría de los jueces considera que se ha visto realmente afectado. En este sentido, la Suprema Corte sitúa el centro del análisis no en el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, sino entre la libertad de expresión y el derecho a la igualdad, y ello porque algunas de las expresiones usadas tienen connotaciones claramente homofóbicas, como «maricón» o «puñal».

El primer problema que esto plantea, como resulta obvio, es que el demandante no se sintió discriminado sino injuriado. A este respecto, lo cierto es que el cambio en el enfoque de análisis que lleva a cabo la Corte tiene mucho que ver con la propia asunción de un rol pedagógico por esta jurisdicción desde la reforma del amparo en México⁽¹⁶⁾. En ese anhelo de servir a una pedagogía constitucional de los derechos, la Corte se abstrae de una forma significativa de las características del caso concreto, y ello para situarse, en cierta medida, en la posición institucional de quien tiene que decidir sobre la pertinencia o no de llevar a cabo una política pública, en este caso a favor de la igualdad, y por medio de la interdicción lingüística de determinadas expresiones. Partiendo de una evidencia, como es la discriminación y estigmatización de los homosexuales en México, el Tribunal toma conciencia la de la necesidad de hacer disminuir determinadas prácticas de exclusión, y pone su fe en la capacidad del derecho para disuadir conductas, insistiendo en que «donde existen conflictos sociales, y en particular reivindicaciones colectivas, el uso del lenguaje puede permitir la eliminación de prácticas de exclusión y estigmatización»⁽¹⁷⁾

(16) Para una defensa de esta función «robusta» de la Suprema Corte en los juicios de amparo, y a partir de este caso concreto, puede verse, (Pou, F., 2014) Para la autora, esta nueva comprensión del amparo sería indisoluble de la propia nueva comprensión de la eficacia de los derechos entre particulares, la cual, requiere, a su vez, una labor pedagógica de la Corte que contamine a los tribunales inferiores, en muchos de los cuales aún estaría presente una cultura jurídica reacia a comprender la Constitución como una norma con eficacia directa. Este supuesto sería, en su opinión, un buen ejemplo, de cómo la Suprema Corte puede situar la realización de los valores constitucionales entre las prioridades de los poderes el Estado. En concreto, habría servido, «para un rico y vigoroso debate político, académico y ciudadano que antes no existía» y habría «impulsado la articulación jurídica de temas hasta ahora intocados por el derecho constitucional», dando «nuevos instrumentos sociales, políticos y jurídicos para evaluar por fin la homofobia desde un nuevo lugar, pone en acción contenidos durmientes de la Constitución y ayuda a los jueces inferiores a saber cómo poner el ojo en una dimensión totalmente invisible desde el canon hermenéutico heredado» (pp. 595-601).

(17) Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo en revisión 2806/2012, p. 40.

La sentencia quiere ser, en este sentido, un paradigma futuro para el control del discurso homofóbico, censurando como no amparadas por la libertad de expresión, el uso de ciertas expresiones. El problema, como señalábamos más arriba, es que este interés por modificar el enfoque con respecto al bien jurídico que se esgrime como límite a la libertad de expresión, plantea la dificultad de poner en pie una argumentación jurídica coherente, donde el honor del demandante deje paso a la tutela de la igualdad de un colectivo social que no es parte en el litigio⁽¹⁸⁾.

En relación con esto último, y aunque la sentencia de la Suprema Corte no hace ninguna alusión explícita a ello, creo que el razonamiento del Tribunal podría situarse, no sin ciertos matices, en la órbita del marco de análisis de los límites a la libertad de expresión que propone uno de los principales teóricos del análisis económico del derecho como es Richard Postner. En definitiva, lo que la Suprema Corte viene a concluir es que los beneficios netos del discurso son inferiores a los costes netos del discurso. Y ello tomando en consideración que, para calcular ambos, hay que valorar no solo el daño que haya podido inferirse en el honor de una persona, sino también el grado de indignación o los costes sociales que ese discurso produce en una determinada comunidad política⁽¹⁹⁾. En este caso, por lo tanto, el daño social del discurso, dado contribuye a consolidar un prejuicio real existente que repugna al valor constitucional de la igualdad, justificaría, para la mayoría de los jueces, la interdicción del mismo. Se trataría, en definitiva, de priorizar, frente a una respuesta estrictamente procesal en un conflicto entre particulares, la tutela de los valores constitucionales afectados, no tanto ya por el acto concreto que se encuentra en el origen del litigio, como por el tipo de actos de los que el mismo es exponente y frente a los cuáles, el derecho, entiende el Tribunal, impone una reacción general.

No debe dejar de subrayarse, en relación con esto último, que las expresiones homofóbicas no iban dirigidas a la persona concreta que interpone la demanda por la vulneración de su derecho al honor, sino, de forma genérica, a los trabajadores de su periódico. Es este sentido, lo cierto es que, en el juicio de ponderación, el Tribunal prácticamente no presta ninguna atención al daño concreto en el honor que hayan podido causar muchas de las críticas e imputaciones de hechos que se hacen

(18) A este respecto, como expresa el magistrado Cossío en un voto particular de inexcusable lectura, La condición expresiva de insulto, más no de discriminación, se confirma al analizar la pretensión del dueño del periódico al demandar una indemnización por daño moral a raíz de la columna impugnada. En efecto... se sintió ofendido, no discriminado, y centró su argumentación en la vulneración al derecho al honor y buena fama por la publicación del artículo en su totalidad, no por alguna palabra en específico en él contenida. Nunca aludió a un ataque o intención discriminatoria en razón de su preferencia sexual, sino una afrenta a su reputación.

(19) De entre los distintos trabajos de Postner sobre la «economía» de la libertad de expresión, aquel en el que primero desarrolla una fórmula en que se integran dentro de los costes derivados de un determinado discurso, no sólo el daño que este puede infringir a los aludidos, sino el grado de indignación que el mismo puede causar en la sociedad. (Postner, R., 2001: 69-80). Sobre el análisis económico del derecho, una teoría cuya fortuna lejos del mundo anglosajón no es mucha, hay un reciente estudio por uno de los pocos profesores españoles atentos a la materia que resulta especialmente esclarecedor (Doménech, G., 2014).

al demandante, sino que, en realidad, se centra únicamente en los costes sociales del uso de expresiones homófobas.

En cualquier caso, y aprovechando ese ya mencionado sincretismo de teorías sobre la libertad de expresión, para reforzar la razones de su fallo, los jueces van a recurrir también a esa idea del derecho a la libertad de expresión a la que hacíamos alusión más arriba, y que, desde la perspectiva de las teorías internas de los límites a los derechos fundamentales, concibe a este como un derecho delimitado, de tal forma que ciertas expresiones, insultantes, ultrajantes o gravemente injuriosas, no han disfrutado de la tutela jurídica de esta libertad, en tanto las mismas carecerían de toda utilidad funcional para la finalidad con la que se comprende jurídicamente este derecho, que es la de transmitir ideas o juicios de valor. Calificar a alguien de «maricón» o «puñal», constituye, en palabras de la Corte, una «absoluta vejación», que no puede estar amparada en ningún caso por el derecho. Ahora bien, aquí de nuevo, lo relevante desde un punto de vista procesal es que esa «absoluta vejación» no tendría como objeto al demandante, sino a la comunidad homosexual. En este sentido, lo que la Suprema Corte de alguna forma hace es reformular la idea de utilidad funcional, como criterio de limitación de la libertad de expresión, sobre la base del principio, cuanto menos exótico, de que es innecesario discriminar a los demás para hacer un juicio negativo sobre una persona concreta. Se trata, en definitiva, de un salto lógico con consecuencias muy relevantes, porque, como veremos a continuación, esto puede interpretarse como una afirmación por parte del Tribunal de su competencia para, en atención, no ya de la demanda de tutela de un derecho fundamental, sino de su compromiso con la ética constitucional, desplegar jurídicamente una política de interdicción lingüística. En este sentido, y antes de hacer una reflexión más abstracta sobre hasta qué punto es pertinente centrar en la interdicción lingüística las políticas contra la discriminación de los homosexuales, creo que, por lo que se refiere al caso concreto, y desde una perspectiva, estrictamente procesal, es difícil no estar de acuerdo con las razones esgrimidas en los votos particulares de los magistrados Gutiérrez Ortiz y Cosío. En concreto, como resume este segundo, el problema fundamental de esta sentencia es que:

...la posición mayoritaria impone un nuevo límite a la libertad de expresión, a saber, el lenguaje discriminatorio, sin que se precise si se requiere intencionalidad del emisor o incluso daño al receptor, mediante un estándar construido desde el derecho al honor, a pesar de aludir a una condición relacionada con trato igualitario. A mi juicio, ello se traduce en un parámetro vago y confuso, además de resultar incompatible con la exigencia constitucional de establecer límites claros y precisos a la libertad de expresión, mediante las medidas menos restrictivas, so pena de generar un efecto inhibitorio al libre flujo de la información⁽²⁰⁾.

(20) Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo en revisión 2806/2012, voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz, p. 14.

IV. NO TODOS LOS ODIOS SON IGUALES. EL PROBLEMA DE LA INTERDICCIÓN LINGÜÍSTICA DE LOS EPÍTETOS HOMÓFOBOS

Más allá de los problemas de lógica procesal que el razonamiento desarrollado por la Suprema Corte en esta sentencia plantea, y a los que ya hemos hecho alusión, este caso sirve, en mi opinión, para llevar a cabo una reflexión más general sobre hasta qué punto es o no una estrategia útil en la lucha contra la homofobia la interdicción lingüística.

A este respecto, creo que a la argumentación de la Corte se le puede hacer una objeción de partida, y es que un juez no puede asumir prejuicios sociales. Pese a que ciertas apelaciones a la raza, la orientación sexual, o la etnia, en ocasiones se hagan con intenciones vejatorias, ningún tribunal debe de considerar que estas expresiones en sí mismas han de estar vedadas por el derecho, ya que, de lo contrario, los jueces no estarían sino contribuyendo a consolidar aquellos estigmas que el ordenamiento jurídico ordena combatir⁽²¹⁾. En definitiva, nadie tiene el derecho a ser resarcido porque se haya sentido vejado cuando alguien le ha calificado de negro, judío u homosexual, sea o no sea acertado ese juicio. En cualquier caso, parece claro también que, en principio, no es lo mismo decir que alguien es homosexual, sea con la intención que sea, a decir que es «maricón» y «puñal». La diferencia, en este sentido, no se encuentra necesariamente en el ánimo de ofender, ya que, en sociedades que siguen siendo profundamente homófobas, no es extraño que haya alguien que impute a otra una orientación sexual con la intención de menoscabar su consideración ajena, y que para ello utilice un término más neutro, como el de homosexual, para diferenciar lo que podría considerarse un insulto indiscriminado como «maricón», de una «acusación» certera.

El problema, en realidad, es que detrás de la palabra «maricón» o «puñal», se esconde una estructura de sujeción y opresión cobijada en el propio lenguaje. Una estructura que se reproduce y consolida cada vez que se hace uso de esa palabra. Estos términos, en definitiva, son testimonio de una forma histórica de humillación e injuria, a través de la cual se ha devaluado el estatus de un colectivo determinado, en este caso, por el hecho de su orientación sexual. El lenguaje operaría aquí como el recordatorio de la menor dignidad civil de ciertos colectivos, más allá de lo que la idea de igualdad constitucional establezca (Mackinnon, C. A., 1993). La semántica social continuaría así con la tarea del escalonamiento de las formas de vida que hasta hace no mucho realizaba íntegramente el poder público en armonía con una moralidad hegemónica⁽²²⁾.

(21) Sobre esto insiste el magistrado Gutiérrez Ortiz de Mena, al señalar que «De ninguna manera se puede considerar que el hecho que a una persona o a un grupo de personas que se le relacione con un grupo discriminado se sienta ofendida por dicha vinculación se le vulnere su derecho al honor, y que ello, además, prevalezca sobre la libertad de expresión en un contexto de discurso de opinión entre dos personas pertenecientes a medios de comunicación», p. 13.

(22) De hecho, en el caso que nos ocupa, cuando se tildaba de homosexuales a los periodistas del medio de comunicación, se hacía con la intención de subrayar que esa condición era la que les hacía incapaces de

De esta forma, estos colectivos, si bien han podido liberarse jurídica o formalmente, siguen siendo directa o indirectamente objeto de escarnio social y menosprecio, y por ello, materialmente, y en especial los homosexuales, continúan en muchas ocasiones sufriendo el perverso conflicto de tener que optar entre su autorrealización y su realización social. Es decir, el lenguaje del repudio homofóbico, cuando se hace hegemónico, consigue que las ideas de dignidad personal y de ciudadanía se conviertan en excluyentes, invitando a los agraviados a negarse a sí mismos para evitar el menosprecio (Foucault, M., 2007: 23-64), es decir, para ser iguales.

Que las palabras «maricón» o «puñal» contienen un trauma, que las mismas al ser pronunciadas con un inequívoco ánimo vejatorio no están sino contribuyendo a una jerarquización de formas de vida que repugna al valor constitucional de la igualdad, son cuestiones por lo tanto evidentes. No se insulta con palabras que significan el poder sino con aquellas que significan a los preteridos, remarcando a su vez mediante su uso, la pervivencia de un umbral de dominación. Esta atención a la arqueología del insulto, y la objetivización de sus daños sociales, podría servir para desdibujar la siempre difícil frontera entre las *fighting words* y el *hate speech*. Sin embargo, aunque ciertos epítetos insultantes contienen en su interior un discurso odioso, no siempre que se pronuncian se hace con la intencionalidad propia que sirve para calificar un discurso como discurso del odio. En realidad, creo que, en muchos casos, nos vamos a encontrar ante una suerte de un odio implícito o líquido (Rey, F., 2013) que se activa inconscientemente, lo cual no quiere decir que, dependiendo el contexto, este no pueda servir para prorrogar o consolidar situaciones de dominación social de una forma efectiva.

Que insultar puede ser, más allá de una injuria, una forma de dominación social puede resultar, por lo tanto, algo obvio, ahora bien, creo que lo que no resulta tan evidente es cuál ha de ser el papel del derecho ante determinados insultos odiosos, y, en concreto, si la interdicción lingüística es una forma de neutralizarlos. En este sentido, como bien nos demuestra esta sentencia, el debate sobre la interdicción lingüística tiene un trasfondo constitucional complejo. Como decíamos, de un lado se puede esgrimir, y esta sería la capa más superficial y también más sencilla del debate jurídico, que es el derecho al honor, vinculado a la propia dignidad personal, el que puede fundamentar la sanción del uso de expresiones vejatorias. Pero, más allá de la cuestión del honor, se plantea la de si la igualdad constitucional sobre la que se construye la propia idea de ciudadano implica defender un marco ético y supra-ideológico que delimite de forma general el discurso posible.

llevar a cabo sus tareas con la misma virtud que las haría un heterosexual. Como señala el Tribunal, se trataba de «evidenciar la deficiente línea editorial...utilizando...un claro matiz peyorativo, a efecto de evidenciar debilidad en la labor realizada por (los periodistas)», a este respecto, entendía la Corte que «la preferencia sexual no puede constituirse en un elemento válido para criticar la labor periodística de un determinado grupo de personas, pues tal preferencia personal representa un aspecto irrelevante para la realización de dicha labor» Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo en revisión 2806/2012 p. 51.

Como hemos podido ver, en el amparo 2806/2012 el Tribunal opta por este segundo enfoque, de tal forma que no es la afrenta personal, es decir, el derecho al honor, lo que informa la respuesta jurídica, sino la propia eticidad sobre la que se presupone que se sustenta una comunidad política igualitaria. A este respecto, me atrevería a decir que el fallo del Tribunal no es una sentencia sobre un conflicto privado, sino que en realidad se trata del esbozo de una política pública de origen judicial; una política que quiere actuar sobre las patologías hirientes del lenguaje.

Ahora bien, ¿se puede actuar eficazmente sobre esta patología a través de la interdicción lingüística? Al hacernos esta pregunta es evidente que estamos variando de forma consciente el parámetro de análisis que, para no pocos autores, es el correcto; y que parte de centrar en una correcta delimitación de la libertad de expresión el análisis de estas problemáticas. Una delimitación, para la cual, si una parte de una idea abierta de orden constitucional, serán muy pocas aquellas expresiones que no vayan a verse amparadas por esta libertad. El punto de partida aquí, por lo tanto, es el contrario: admitamos que existe una eticidad «militante» y de fondo en nuestro ordenamiento, y desde esta premisa, tomemos en consideración hasta qué punto es eficaz o no para su tutela la interdicción de ciertas expresiones, y, en concreto, de las expresiones homófobas.

A los homosexuales no se les ha llamado así, sino que en la mayoría de las veces se han usado términos que incorporaban una valorización despectiva de su condición. Dicho de otra forma, se les ha identificado con palabras que hacen daño y que además condicionaban sus posibilidades dentro de una determinada sociedad⁽²³⁾. Ahora bien, el daño causado por estos epítetos despectivos no nos puede llevar a la conclusión de que los mismos no hayan sido considerados nunca, por los propios homosexuales, como alusivos de su orientación sexual. Como señala Judit Butler en su conocido trabajo *Lenguaje, poder e identidad*, los insultos además ser exponentes evidentes de los efectos performativos del lenguaje, lo son también de sus propios efectos interpelativos (Butler, J., 2004: 16). En este sentido, el mero hecho de que un término contenga una historia injuriosa y traumática no desposee al mismo de su carácter alusivo y, con ello, al mismo tiempo visibilizador. Esto último creo que es importante porque, al mismo tiempo que la gente injuriaba a los homosexuales acuñando términos que los señalaban como integrantes desprestigiados de una comunidad política, los estaba también haciendo presentes y reconocibles. Se estaba, en definitiva, evitando la muerte civil a la que conduce esa afirmación teocrática de que en cierto lugar los homosexuales no existen.

He hecho insistencia en ese efecto interlocutivo del insulto homófobo porque creo que hay algo que no puede pasarse por alto y es el hecho de que no todos los odios son iguales ni se combaten igual. Dicho de otra forma, los instrumentos contra el racismo no pueden ser los mismos que los instrumentos contra la homofobia.

(23) Para una defensa, desde presupuestos liberales, de la necesidad de limitar ciertas expresiones cuando estas incidan en la propia capacidad de participar en el espacio público de los agraviados, puede verse el trabajo ya clásico (Fiss, O., 1999: 30-34)

A este respecto, el elemento fundamental que diferencia una y otra forma de discriminación es el hecho de que, a diferencia de la raza, la homosexualidad se puede ocultar. El gran daño es la condena a la invisibilidad, la negación de algo tan vinculado a la propia dignidad como es el propio deseo. De hecho, ser homosexual nunca ha implicado la muerte civil de una persona, lo que ha implicado este oprobio ha sido el reconocerlo. Por ello, la gran tragedia de la homofobia no es ya que, por la generalización de este discurso, muchos homosexuales se hayan visto discriminados y preteridos socialmente tras haberse declarado como tales, sino el que muchos han tenido que negarse a sí mismos para poder eludir la devaluación de su estatus. Si para un negro es imposible la igualdad en una sociedad o un estado supremacista, un homosexual sí puede aspirar a ella, pero con el penoso precio de traicionar al deseo que conforma su identidad.

En este sentido, creo que para valorar los efectos que pudiera tener una política de interdicción del lenguaje homofóbico⁽²⁴⁾, habría de considerarse hasta qué punto la creación de un tabú lingüístico sobre la base de una prohibición jurídica, podría tener el efecto perverso de lastrar la normalización de la visibilidad de un colectivo cuya lucha fundamental ha sido precisamente esa: la de hacerse visibles. Todo esto sin olvidar que, como siempre que se veda el uso de un determinado lenguaje, se produce, como se ha dicho, una suerte de «venganza del *ethos* social» (Álvarez, M., 2010: 340), que rápidamente encuentra un nuevo término para sortear la interdicción (Pogge, Th., 2008). Término que, por lo general, no sólo hereda la carga traumática de aquel cuya interdicción burla, sino que en esta burla incorpora una suerte de regeneración de aquellas connotaciones que habían podido ser dotadas de un nuevo significado en determinados contextos.

Con relación a esto último, creo que la homofobia líquida tal vez no pueda hacerse frente con algo tan sólido con el poder interdictivo del Estado, sino a través de un proceso mucho más sutil de resignificación del lenguaje. Es evidente que aquí no estoy sino asumiendo la conocida tesis de la citada Judith Butler, construida en buena medida, a partir de la observación de cómo el término *queer* fue dotado de una nueva connotación por aquellos mismos a los que aludía (Butler, J., 2004: 92). A este respecto, creo que muchas sociedades constituyen ya una buena muestra de cómo la comunidad homosexual ha podido reivindicar su estatus a través de una lucha que, lejos de librarse sobre la censura ajena, se ha librado desde un «orgullo» magníficamente exagerado, siempre en aras de la visibilidad de su propia condición. Este «orgullo», desde luego, no deja fuera su ámbito a aquellos términos que significaron a las personas atraídas por otras de su mismo sexo, y ello pese a que los mismos se acuñaran no sólo para humillar al aludido, sino para construir un contexto general de vergüenza hacia la propia identidad.

(24) Aunque el trabajo verse sobre el lenguaje sexista, tanto por el ingente y exhaustivo cotejo de bibliografía que en él se lleva a cabo, como por la razonada crítica que él se hace, a partir también de la obra de Butler, a las políticas censoras del lenguaje, resulta especialmente interesante la aportación (Maciani Burgos, B: 2013)

Recuerdo que con motivo de la *World Pride* 2017 celebrada en Madrid, un viejo activista español que, tras haber sufrido la represión en todas sus formas, asistía ahora a esa capitalidad de la visibilidad gay en la que se convirtió su ciudad durante un año, reclamaba el término «maricón» precisamente porque «nadie le había llamado homosexual para insultarle, sino maricón». Una forma de hacernos ver que, al fin y al cabo, el reconocimiento orgulloso en ese término constituye un presupuesto para una emancipación de la injuria y de la vergüenza que a través de ésta se quiere infringir, desde sus propias raíces, algo a lo que no creo que pueda contribuir por igual la interdicción lingüística. En este sentido, no creo que una política paternalista hacia la comunidad homosexual, correctiva de las patologías homófobas del lenguaje extendidas en la sociedad, se adecue bien a las características del daño que esta comunidad ha padecido, ni a sus propias estrategias políticas de reacción contra el mismo. Una política censora de este tipo creo que supondría, en gran medida, lastrar la propia estrategia de revolución que, en atención a su propia experiencia, ha articulado la comunidad homosexual.

Desde luego, con esto no estoy queriendo decir que no cabe ningún límite al discurso homofóbico, sino algo mucho más concreto y también más modesto, y que es que, sobre la base de un concepto expansivo de aquello que podemos entender como discurso del odio, no debe establecerse un corsé lingüístico que constriña la propia identidad, no exenta de una memoria dolorosa, de esta comunidad. El discurso homofobo va a encontrar límites jurídicos y ello sin necesidad, en mi opinión, de apelar a la propia idea de discurso del odio. En este sentido, creo que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vejdeland y otros v. Suecia*, es un buen ejemplo de cómo, sin necesidad de llevar a cabo ese complejo «test» de la inquina, sino tomando en consideración, de una forma pragmática, el contenido y contexto de determinados mensajes, el receptor directo de los mismos, o el medio usado; se pueden justificar límites a la libertad de expresión que no impliquen devaluar el estatus constitucional de este derecho⁽²⁵⁾.

En definitiva, la experiencia moral de una comunidad discriminada es la que determina en buena medida la forma de su lucha política por los derechos. En el caso de la comunidad homosexual creo que este colectivo ha demostrado la eficacia de una capacidad de acción basada en su visibilización. E insisto en lo de este colectivo, porque, como señalábamos más arriba, creo que es un error equiparar las posibilidades reales de diseñar estrategias exitosas de reacción política de todos los aquellos grupos sociales que se enfrentan a la humillación. Ciertamente, cuando se habla de lucha contra el discurso del odio, se olvida que si todos los odios tienen esa fuente común que es el desprecio y la mentira, cada uno de ellos requiere políticas públicas específicas para combatirlo, para cuyo diseño, por otro lado, no son los jueces los mejor situados. Como insiste Alex Honnet, en unos términos que bien valen para poner fin a esta exposición:

(25) Para un análisis de esta sentencia, y en general de la evolución de las políticas europeas en esta materia, es especialmente exhaustivo el trabajo de (Spigno, I., 2017: 168-193)

«que el potencial cognitivo contenido en los sentimientos de vergüenza social se convierta en una convicción moral y política, depende empíricamente ante todo de cómo está constituido el entorno político-cultural de los sujetos concernidos: solamente si ya está listo el medio de articulación de un movimiento social, la experiencia del menosprecio puede devenir fuente motivacional de acciones de resistencia política» (Honneth, A., 1997: 169)

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alcácer Guirao, R.: (2015), «Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE. UU. y Europa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103.
- Álvarez Ortega, M., (2010), «Repercusiones jurídico-políticas de la interdicción lingüística: tabú, censura y corrección política», *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 58, n.º 2.
- Boix Palop, A., (2016) «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de estudios políticos*, n.º 173, (Ejemplar dedicado a: Democracia y Derecho en la era de Internet: balance y perspectivas).
- Butler, J.: (1997), *Lenguaje, poder e identidad*, Síntesis, Madrid.
- Caruso C.: (2013), *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna.
- Doménech Pascual, G., (2014); «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *Revista de administración pública*, n.º 195.
- Fiss, O.: (1999), *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona.
- Foucault, M. (2008). *Historia de la sexualidad 1: la voluntad del saber*. 2da. Edición. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Honneth, A.: (1997) *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Crítica, Barcelona.
- Mackinnon, C. A.: (1993), *Only words*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- Maciani Burgos, B.: (2013), «El lenguaje sexista y el hate speech: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal», *Revista Derecho Estado*, n.º 30 Bogotá Jan./June.
- Pogge, Th.: (2008), «Sobre las caricaturas de Mahoma» (entrv.), en Alexander, G., (ed.). *¿Qué diría Sócrates hoy? Una antología de respuestas de filósofos contemporáneos a preguntas planteadas por sus lectores*, Madrid, Temas de Hoy.
- Postner, R.A.: (2001), *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge/Londres.
- Presno, M. & Teruel G.: (2017), *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá Editora, Vila Nova de Gaia/Porto (Portugal).

- Rey, F.: (2015), «Discurso del odio y racismo líquido», en Revenga Sánchez, M.: *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, Madrid.
- Spigno, I., (2017) «Homofobia y transfobia: los discursos de odio contra las “minorías sexuales” en el ágora europea», en *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Alonso, Lucia; Vázquez, V.J., (Coords.), Athenaica Ediciones.
- Teruel Lozano, G., (2017), «El discurso del odio y el discurso negacionista, ¿ejercicio de una libertad o abuso del derecho?», en *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Alonso, Lucia; Vázquez, V.J., (Coords.), Athenaica Ediciones.
- Urías, J., (2017), «El derecho de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión», en *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Alonso, Lucia; Vázquez, V.J., (Coords.), Athenaica Ediciones.
- Valero Heredia, A., (2017), «Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 110.
- Vázquez Alonso, V.J., (2014), «La libertad artística. Una primera aproximación», en *Estudios de Deusto*, Vol. 62, n.º 2.
- Vázquez Alonso, V.J., (2016), «Aspectos Constitucionales del Derecho de la Comunicación», en *Derecho de la Comunicación*, Guichot, Emilio (Coord.), Iustel.
- Vázquez Alonso, V.J., (2017), «Artistas abyectos y discurso del odio», en *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Alonso, Lucia; Vázquez, V.J., (Coords.), Athenaica Ediciones.
- Waldron, J., (2012), *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Massachusetts.

Diálogos jurídicos

TRABAJOS ACADÉMICOS

LA EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL⁽¹⁾

THE EVOLUTION OF THE PREVALENCE CLAUSE IN CONSTITUTIONAL CASE LAW

OLAYA CACHERO VILLAVERDE

Grado en Derecho

SUMARIO

- I. LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA DEL ARTÍCULO 149.3 CE.
- II. LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.
 - 1. **Primera etapa: la prevalencia, una cláusula inoperante.**
 - 2. **Segunda etapa: la nueva interpretación que neutraliza la inaplicación del principio constitucional.**
 - 3. **Reflexiones sobre el incierto futuro de la cláusula de prevalencia.**
- III. CONCLUSIONES.
- IV. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

RESUMEN: El objeto del presente Trabajo de Fin de Grado consiste en examinar detalladamente la evolución de la cláusula de prevalencia contenida en el artículo 149.3 de la Constitución Española en la jurisprudencia constitucional. Se analizará el debate doctrinal suscitado por su aplicación, pues parece que en principio todo conflicto entre una norma estatal y una norma autonómica puede solucionarse a través del principio de distribución de competencias. También se realizará un examen de las principales sentencias del Tribunal Constitucional al respecto, atendiendo a los cambios efectuados por la jurisprudencia constitucional desde el nacimiento de la regla con la promulgación de la Constitución

(1) Resumen perteneciente al Trabajo de Fin de Grado «La evolución de la cláusula de prevalencia en la jurisprudencia constitucional», presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo en julio de 2018.

Española hasta la más cercana actualidad, en la que parece que es de aplicación en algunas circunstancias.

Palabras clave: Prevalencia, competencias compartidas, competencias concurrentes.

ABSTRACT: The purpose of this Final Degree Project is to examine in detail the evolution of the prevalence clause contained in article 149.3 of the Spanish Constitution in constitutional case law. Will be analyzed the doctrinal debate that arose from its application, since it seems that initially any conflict between state and regional laws can be solved through the principle of distribution of competences. There will also be a thorough review of the main judgements of the Constitutional Court of Spain in this regard, taking into account the changes that constitutional case law has been making since the birth of the rule with the promulgation of the Spanish Constitution until the closest news, in which it seems applicable in some circumstances.

Keywords: Prevalence, shared competences, concurrent competences.

I. LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA DEL ARTÍCULO 149.3 CE

La cláusula de prevalencia enunciada en el artículo 149.3 de la Constitución Española⁽²⁾, incluida en la misma por influencia alemana, es una norma que actúa en el momento de la existencia de conflictos competenciales entre normas pertenecientes a distintos ordenamientos —estatal y autonómico—, pero no es una regla que distribuya competencias. Sin embargo, al no existir competencias concurrentes en España —al contrario de lo que ocurre en Alemania—, la cláusula de prevalencia parece en principio innecesaria, pues cualquier conflicto competencial es resoluble aplicando la distribución de competencias. Precisamente por ello, desde el nacimiento de la regla constitucional y durante varias décadas, la línea jurisprudencial al respecto se basa en la rotunda afirmación de la inoperatividad de la cláusula de prevalencia. No obstante, los recientes cambios efectuados por la jurisprudencia constitucional avalan la aplicación de la prevalencia en algunas circunstancias.

Las líneas que siguen tratan de servir de análisis de la evolución de la prevalencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la doctrina que la acompaña, así como de los motivos que justifican este cambio.

Se pueden distinguir tres etapas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) sobre la prevalencia, si bien es preciso apuntar, con carácter previo al análisis de las mismas, que el novedoso giro interpretativo ha tenido lugar recientemente.

(2) «(...) Cuyas normas prevalecerán [las del Estado], en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas (...)».

II. LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. Primera etapa: la prevalencia, una cláusula inoperante

La primera vez que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la posible aplicación de la cláusula de prevalencia constitucional por un Tribunal ordinario fue en la STC 163/1995, de 8 de noviembre. La misma resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía contra varios preceptos de una Ley andaluza sobre espacios naturales protegidos, alegando la posible vulneración del artículo 149.1.23.^a CE, norma constitucional que otorga al Estado la competencia exclusiva en la legislación básica sobre protección del medio ambiente, ante una potencial colisión con preceptos básicos estatales.

La Sala del TSJ de Andalucía inquiría al TC si ella misma estaba habilitada para resolver el conflicto entre ambas normas, amparándose en todo caso en el artículo 149.3 CE, o si debía plantear la cuestión de inconstitucionalidad. El TC se posiciona a favor del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, ratificando en que el único órgano competente para controlar la constitucionalidad de las leyes autonómicas es el propio TC⁽³⁾.

La conclusión que se obtiene del pronunciamiento del TC es que los jueces ordinarios ni pueden inaplicar leyes, ni pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley ante un eventual conflicto entre dos normas emanadas de distintos ordenamientos jurídicos. La constitucionalidad de las leyes se presume y existe un deber por parte de los jueces ordinarios de aplicarlas en todo caso hasta que no se demuestre lo contrario; ello no es óbice para que, si consideran que la norma aplicable al caso que se está enjuiciando y de cuya validez depende el fallo puede ser inconstitucional, planteen ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad para que resuelva acerca de la misma.

En definitiva, el TC vino a establecer que cualquier conflicto existente entre normas legales de dos ordenamientos jurídicos, el estatal y el autonómico, ha de seguir imperativamente el camino del control de la constitucionalidad en el sentido del artículo 153 a) CE, cuyo tenor literal establece que *«el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá por el Tribunal*

(3) Cuestión aparte es si la Sala del TSJ de Andalucía preguntaba realmente por el control de la constitucionalidad de las normas autonómicas, o si su requerimiento iba más allá, queriendo obtener una respuesta clara sobre la prevalencia de las normas estatales sobre las autonómicas. Esta cuestión es suscitada por Ruiz López, M.Á. «La cláusula de prevalencia del derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones». *Revista de Administración Pública*, número 192, septiembre-diciembre 2013, pp. 153, quien comparte la postura de Tejedor Bielsa, al afirmar que la Sala de Granada preguntó por la eficacia, no por la validez. Consiguientemente, en el planteamiento original no se trataba de que el órgano judicial pudiera resolver sobre la constitucionalidad de la norma autonómica, cuya validez no se cuestiona en realidad, sino tan sólo sobre la prevalencia del Derecho estatal, igualmente válido, en caso de conflicto.

Constitucional, en lo relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley».

En el caso de contradicción entre ley básica estatal y ley autonómica, la norma estatal funciona como parámetro mediato de constitucionalidad de la autonómica, por lo que el juez ordinario ha de plantear una cuestión de inconstitucionalidad contra la ley autonómica en defensa de la ley básica estatal que considera aprobada en ejercicio de las legítimas competencias del Estado. En estas situaciones, la inconstitucionalidad es indirecta, en tanto la ley autonómica es inconstitucional por quebrantar las bases que establece una ley estatal como exige la Constitución⁽⁴⁾.

Esta doctrina también es aplicable a los supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida de las leyes autonómicas que sean consecuencia de la modificación posterior de la legislación básica que desarrollan. Así, ningún tribunal ordinario tiene potestad para inaplicar una ley autonómica que deviene inconstitucional por este motivo, quedándoles como único camino viable su cuestionamiento ante el TC⁽⁵⁾.

Entre los múltiples ejemplos de jurisprudencia constitucional cuyo elemento central se sitúa en la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica se encuentra la STC 162/2009, de 20 de junio. Lo que se plantea –en síntesis– es la potencial contradicción existente entre una norma autonómica y la normativa estatal básica existente al respecto. La especial característica de la cuestión planteada, es que la normativa básica estatal se había modificado con posterioridad a la existencia de la Ley autonómica que colisionaba con aquella. A la Sala del TC le correspondía la determinación de si la ley autonómica todavía se ajustaba a esa normativa básica estatal reformada o si, por el contrario, entraba en contradicción con la misma.

A tenor de la constatación del carácter básico de la norma estatal en conflicto, resulta evidente para el TC que existe una obvia contradicción entre ambas, a todas luces insalvable por vía interpretativa. Por tanto, concluye el TC en la inconstitucionalidad del precepto autonómico objeto de debate, estimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada, alegando en el FJ 2 que *«e sta eventual apreciación*

(4) Según definición dada por el TC en el FJ 1 de su STC 60/1993, de 18 de febrero, la inconstitucionalidad mediata o indirecta se da en las situaciones de infracción constitucional de la norma autonómica en las que la misma se deriva de su contradicción con la norma estatal básica a la que desarrolla, y no de la incompatibilidad directa de la Ley autonómica respecto de la CE: «La inconstitucionalidad que se denuncia, de llegarse a apreciar, dimanará de la infracción por la Ley autonómica del orden constitucional de distribución de competencias, si bien esa infracción será mediata o indirecta, por cuanto la mediación de la Ley dictada en ejercicio de la competencia que sobre las bases de la materia corresponde al Estado..., permite mantener que la norma autonómica que contradice la Ley básica –material y formal– invade el ámbito de la competencia estatal, incurriendo por ello en un vicio de incompetencia vulnerador del referido orden constitucional de distribución de competencias». Así, siguiendo la opinión de Setuáin Mendía, B. (en «El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas». *Revista General de Derecho Administrativo*, número 47, enero 2018), a la luz de esta doctrina, cualquier conflicto entre una Ley básica estatal y una Ley autonómica de desarrollo exige procedimiento de control de constitucionalidad ante el TC, sin que proceda la aplicación de la misma.

(5) Requejo Pagés, J.L. «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2016». *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 108, p. 237.

de la infracción de la normativa básica determinaría que nos encontrásemos ante un supuesto de los que hemos calificado (por todas, SSTC 151/1992, de 19 de octubre, FJ 1; 163/1995, de 8 de noviembre, FJ 4; 166/2002, de 18 de septiembre, FJ 3; y 87/2009, de 20 de abril, FJ 2) como inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto, en cuanto que la infracción por la normativa autonómica del orden constitucional de distribución de competencias derivaría, en su caso, de su efectiva contradicción con la norma estatal básica».

Con este fallo se sigue consolidando la doctrina constitucional tradicional que ahonda en la utilización del principio de distribución de competencias como único método de solución de conflictos entre ordenamientos, que conlleva el ineludible planteamiento al TC de las pertinentes cuestiones o incidentes de inconstitucionalidad ante los eventuales problemas suscitados, retirando toda potestad a los jueces ordinarios de inaplicar la normativa autonómica que choque con la estatal, impidiéndoles hacer uso de una cláusula de prevalencia recogida en la norma fundamental española, pero totalmente apartada de aplicación práctica por el supremo intérprete de la Constitución.

En este sentido incide también la posterior STC 66/2011, de 16 de mayo, en la que el TC se reitera en la idea de que no cabe la aplicación de la cláusula de prevalencia por parte de los tribunales ordinarios, dado que la modificación de la legislación estatal básica no determina el desplazamiento de la eficacia de la norma autonómica dictada con anterioridad en el tiempo, sino que lo que se provoca es una inconstitucionalidad sobrevenida de la misma.

En suma, la influencia de la modificación posterior de la legislación estatal de carácter básico sobre la normativa autonómica de desarrollo en todo caso se plantea como un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida, de manera que su enjuiciamiento corresponde en exclusiva al TC, y a los operadores jurídicos ordinarios les es vetada toda posibilidad de resolución a través de la cláusula de prevalencia constitucional, inaplicando la Ley autonómica controvertida⁽⁶⁾.

La jurisprudencia constitucional tradicional que defiende la obligación de los órganos jurisdiccionales de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en los casos en los que consideren contraria a la normativa básica estatal una ley autonómica de desarrollo se ha desplegado de manera incesante durante prácticamente dos décadas⁽⁷⁾. Resulta cuanto menos llamativo que, dos días antes de cambiar de manera

(6) Razquin Lizarraga, J.A. «El Tribunal Constitucional cambia su doctrina sobre la cláusula de prevalencia: posible inaplicación judicial de la ley autonómica en caso de colisión sobrevenida con la legislación básica estatal posterior». *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 4, 2017, p. 110.

(7) En palabras del propio TC en el FJ 6 de su STC 66/2011: «Hemos de reiterar, en definitiva, que los “órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la

radical su postura defendida durante tantos años, el propio TC dictara una sentencia que todavía avalaba la tendencia anterior. Es la STC 98/2016, de 23 de mayo, en la que el TC se reafirma nuevamente en la idea de que el hecho de que los órganos judiciales inferiores inapliquen la norma autonómica en conflicto por entenderla contraria a la ley básica estatal que desarrolla, es un uso prohibido por el propio TC de la cláusula de prevalencia constitucional, en tanto que el camino adecuado para la solución de estos conflictos competenciales es la formulación de una cuestión de inconstitucionalidad.

Esta reiterada jurisprudencia constitucional hasta ahora descrita fue avalada por reconocidos autores de la doctrina científica que se posicionaron por una idea de prevalencia en la misma línea.

Así, Ignacio de Otto, aunque su concepción sobre la prevalencia evolucionó desde sus primeros trabajos hasta los últimos, termina por otorgar la consideración de «cautela constitucional» a la cláusula de prevalencia contenida en el artículo 149.3 CE, en tanto su operatividad depende de la existencia de competencias concurrentes, esto es, de aquellas en las que Estado y Comunidades Autónomas ostentan una «competencia de la misma naturaleza sobre un mismo objeto», de modo que ambos pueden ofrecer válidamente idéntico tratamiento jurídico en relación a esa materia. En el momento en el que en esta tesitura se aprobase la legislación estatal, la norma autonómica quedaría desplazada en virtud de la cláusula de prevalencia. Sin embargo, esto es algo, señala, que no ocurre en la realidad, pues las competencias hoy por hoy en nuestro ordenamiento o son exclusivas del Estado o son exclusivas de las Comunidades autónomas o son compartidas, correspondiéndole al Estado la regulación de lo básico y a las Comunidades Autónomas la regulación del desarrollo de una misma materia⁽⁸⁾.

El pensamiento de Parejo Alfonso se suma a la idea de la inutilidad kelseniana de la regla de prevalencia en los casos de conflicto entre la legislación estatal básica y la legislación autonómica, pues defiende que todo conflicto puede y debe resolverse mediante la aplicación de los principios propios derivados de la distribución de competencias⁽⁹⁾.

ley es expresión de la voluntad popular –como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución– y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España (por todas, SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8; y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3)” (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 9)».

(8) De Otto y Pardo, I. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 1987, p. 282, entrando en más profundidad, afirma que la prevalencia constitucional es de dudosa utilidad en el ordenamiento español, dado que los Estatutos de Autonomía «no han previsto de manera expresa ningún caso de competencias concurrentes, sino que atribuyen en exclusiva al Estado o a las Comunidades Autónomas todas las facultades normadoras sobre un objeto, o las distribuyen según el esquema bases-desarrollo que tiene sus propias y específicas normas».

(9) Parejo Alfonso, L. «*La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional*», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 110-130.

En la misma línea, Muñoz Machado⁽¹⁰⁾, sigue concediendo una primera posición a la hora de resolver los conflictos competenciales a las reglas de reparto de competencias, entendiendo que la cláusula de prevalencia carecería de función alguna en el momento en el que las primeras fueran suficientes para obtener una resolución adecuada al enfrentamiento. No obstante, Muñoz Machado va un paso más allá, reconociendo la utilidad de la cláusula de prevalencia ante los casos dudosos, de manera que podría aplicarse *«de manera inmediata y provisional, hasta tanto decide el Tribunal Constitucional»*.

En definitiva, la línea argumentativa jurisprudencial y doctrinal de esta primera etapa caracterizada por la inoperatividad de la cláusula de prevalencia constitucional, se basa en la rotunda afirmación de que la prevalencia solo actuaría en los casos en los que la distribución de competencias no fuera capaz de ofrecer solución a los posibles problemas planteados. Y, transcribiendo a Tornos Mas, J.⁽¹¹⁾: *«(...) Por tanto, si admitimos que en nuestro sistema jurídico no se dan supuestos de competencias normativas concurrentes, no es posible acudir a esta regla. Utilizar la cláusula de prevalencia supondría alterar el sistema constitucional de distribución competencial y destrozarlo»*.

2. Segunda etapa: la nueva interpretación que neutraliza la inaplicación del principio constitucional

Desde un momento muy temprano fueron apareciendo en la jurisprudencia constitucional que defendía la inoperatividad de la cláusula de prevalencia manifestaciones disidentes de algunos Magistrados del TC. Se plasmaron en votos particulares a aquellas sentencias que abogaban a favor del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en todo caso de conflicto entre normas legales pertenecientes a dos ordenamientos jurídicos paralelos, el estatal y el autonómico.

El primer voto particular que adelanta, de alguna manera, el cambio interpretativo que años después asumiría el TC es el relativo a la STC 1/2003, de 16 de enero, formulado por los Magistrados don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera (Presidente del Pleno del TC), don Javier Delgado Barrio y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

La citada sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación contra determinados incisos de tres artículos de una Ley extremeña de 20 de abril de 1995, cuyo pretexto comprendía modificar parcial y urgentemente el texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura de 1990. A tenor de lo expuesto en el FJ 1 de la antedicha sentencia, *«(...) Los tres incisos legales cuestionados se enmarcan dentro de la regulación efectuada por*

(10) Muñoz Machado, S. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 396-409.

(11) Tornos Mas, J. «Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia». *Revista española de Derecho Constitucional*, número 33, septiembre-diciembre 1991, pp. 32.

el legislador autonómico de dos situaciones administrativas concretas en las que pueden encontrarse los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y que son, por un lado, la excedencia voluntaria por agrupación familiar, por otro, la excedencia forzosa de los funcionarios que no sea consecuencia de una expectativa de destino (...). El cese en cada una de ellas lleva aparejada la pérdida de la condición funcional como consecuencia del cumplimiento del supuesto de hecho previsto en los preceptos objeto de este recurso de inconstitucionalidad». Se trataría, según la interpretación del recurrente, de dos causas de pérdida de la condición de funcionario que no estarían previstas en la legislación estatal básica.

El Gobierno reclama que el TC constate que la pérdida de la condición funcional es una materia reservada exclusivamente a la Ley estatal en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.^a CE: «*Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios (...)*». Así, por un lado, al Estado le correspondería la legislación relativa tanto a la pérdida de la condición de funcionario, como a las situaciones administrativas. La mención de esta última categoría se debe a que el TC había considerado que el problema planteado se enmarcaba en ese aspecto esencial del estatuto de los funcionarios públicos, y no tanto de la pérdida de la condición de funcionario. Por otro lado, a la Comunidad Autónoma de Extremadura le correspondería el desarrollo legislativo de acuerdo con la legislación básica estatal. De este modo, se vuelve una vez más al esquema bases-desarrollo, a partir del cual toda norma de desarrollo debe respetar siempre la legislación básica de la que parte.

Es necesario insistir en que el TC va más allá de la razón invocada por el Gobierno en su recurso de inconstitucionalidad, pues la normativa estatal básica que hay que tener en cuenta para resolver el conflicto de competencias planteado es la relativa a la regulación de las situaciones administrativas (y no la concerniente a la pérdida de la condición de funcionario). Y precisamente la importancia de la cuestión radica en que la ley estatal al respecto había cambiado sustancialmente desde la promulgación de la ley autonómica extremeña objeto de debate, concretamente en 1996.

En suma, lo que se plantea es la contradicción entre una preexistente legislación autonómica y una posterior legislación básica estatal. Y lo que, de modo esperado, resuelve el TC es la declaración de la inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos autonómicos impugnados, que inicialmente habían sido respetuosos con el orden constitucional de distribución de competencias.

El voto particular incide en la diferenciación entre la inconstitucionalidad originaria de la norma autonómica de desarrollo que se promulga contrariando lo establecido en la ley estatal básica (y contradiciendo directamente la Constitución), y la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellos preceptos autonómicos que, si bien nacieron como una normativa que se adecuaba perfectamente a la legislación básica de la que partía, devino inconstitucional tras la modificación posterior de dichas bases⁽¹²⁾. El primer supuesto daría

(12) Alonso Mas, M.J. «De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal y la inaplicación judicial del derecho autonómico». *Revista de Administración Pública*, número 203, mayo-agosto 2017, p. 241.

lugar a la declaración de inconstitucionalidad y posterior nulidad de la Ley autonómica por parte del TC, previa interposición de recurso o cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, en el caso del segundo supuesto –y ahí es donde difiere la interpretación general del Pleno con la de los Magistrados autores del voto particular–, no existiría inconstitucionalidad sobrevenida de la Ley autonómica, pues «*la legislación básica debe prevalecer sobre las leyes autonómicas que, a pesar de haber sido aprobadas válidamente en su momento, no resultan del ejercicio de competencias exclusivas –en sentido estricto– de las Comunidades Autónomas, sino de competencias de “desarrollo legislativo” de las bases del Estado*» (voto particular a la Sentencia 1/2003, fundamento 3.^o). Estos conflictos deben ser resueltos directamente en el momento de su apreciación por parte del juez o tribunal ordinario encargado de su enjuiciamiento. En primer lugar, tratando de hacer una interpretación de las normas –estatal y autonómica– que permita dilucidar que la contradicción existente no es más que aparente. Y, si no es posible compaginar esta interpretación con el caso concreto, en segunda instancia haciendo uso de la inusual cláusula de prevalencia constitucional⁽¹³⁾.

Esta discrepancia interpretativa en el seno del TC se mantuvo en un segundo plano durante algunos años hasta la STC 66/2011, de 16 de mayo –examinada someramente en el epígrafe anterior–, y su correspondiente voto particular. Este fue formulado por el Magistrado don Javier Delgado Barrio –coautor del anteriormente expuesto voto–, en el que se reitera en los fundamentos del voto particular de la STC 1/2003. Como principal novedad con respecto al anterior voto particular, defiende que el uso de la cláusula de prevalencia agilizaría los trámites procesales al no tener que acudir irremisiblemente al TC en aras a la obtención de la declaración de inconstitucionalidad.

Los votos particulares respecto de esta línea doctrinal, que en inicio representaban el parecer de una minoría, parecían intuir que precisamente esa falta de unanimidad entre los Magistrados del TC podría conducir a una modificación del argumento consistente en la inaplicación de la cláusula de prevalencia o, yendo más allá, a su total replanteamiento⁽¹⁴⁾. De esta forma, la transformación de la doctrina tradicional del TC sobre la prevalencia ha sido realizada en dos fases encadenadas⁽¹⁵⁾.

Y fue concretamente la STC 102/2016, de 25 de mayo, la que supuso un primer punto de inflexión en la reiterada doctrina constitucional defensora del abandono de la prevalencia, al admitir el uso de la misma por parte de los operadores jurídicos⁽¹⁶⁾.

(13) Razquin Lizarraga, J.A. «El Tribunal Constitucional cambia su doctrina sobre la cláusula de prevalencia: posible inaplicación judicial de la ley autonómica en caso de colisión sobrevenida con la legislación básica estatal posterior». *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 4, 2017, pp. 109-121.

(14) Martín i Alonso, G. «Comentarios de jurisprudencia constitucional. Tribunal Constitucional y crisis del Estado de las autonomías: la doctrina constitucional durante el año 2016». *REAF*, número 25, abril 2017.

(15) De la Quadra-Salcedo Janini, T. «La reanimación de la prevalencia...». ob. cit., p. 309: «Así, por un lado, en la STC 102/2016, de 25 de mayo, y su progenie –las SSTC 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio, y el ATC 167/2016, de 4 de octubre–, y por otro, en la STC 204/2016, de 1 de diciembre».

(16) Setuáin Mendía, B. «El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas». *Revista General de Derecho Administrativo*, número 47, enero 2018.

Esta sentencia es fruto de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, planteada en relación a la contradicción existente entre las mayorías legales exigidas para poder acordar cualquier tipo de medida que conlleve la alteración de los términos municipales, contradicción plasmada entre un determinado precepto de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia⁽¹⁷⁾ y la Ley de Bases de Régimen Local de 1985(LBRL), la cual fue modificada en 2003, exigiendo a partir de entonces el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal⁽¹⁸⁾. La trascendencia de dicha regulación normativa es que, en inicio, ambas normas, estatal y autonómica, requerían una idéntica mayoría de dos tercios; sin embargo, la Ley autonómica incurriría en una situación de inconstitucionalidad sobrevenida en el momento en el que la Ley estatal fue modificada en 2003, con posterioridad a la correcta promulgación de la primera, reduciendo la mayoría requerida a la absoluta.

Así, en la STC 102/2016 vuelve a ponerse de manifiesto el conflicto entre una Ley estatal, básica, y una Ley autonómica, de desarrollo de la misma, que devendría inconstitucional de forma mediata y sobrevenida a causa de una posterior modificación de la normativa de base. Sin embargo, el fallo de la sentencia difiere completamente de la asentada jurisprudencia anterior, a través de la cual en tantas ocasiones había negado el TC la aplicación de la cláusula de prevalencia constitucional por parte de los operadores jurídicos y el posterior desplazamiento de la normativa autonómica, exigiéndoles promover la oportuna cuestión ante él, a causa de su monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales⁽¹⁹⁾.

El TC realiza un análisis, más o menos exhaustivo, de los diferentes requisitos que habrían de darse para que los operadores jurídicos no tuvieran que plantear cuestión de inconstitucionalidad, y pudieran inaplicar directamente la Ley autonómica en los casos en los que ésta no fuera compatible con la norma básica estatal⁽²⁰⁾. De forma

(17) El tenor literal de la norma autonómica establece que «Las alteraciones de términos municipales podrán, asimismo, ser tramitadas, con carácter voluntario, por los Ayuntamientos interesados. En tal caso, el expediente será iniciado por los acuerdos de los respectivos Ayuntamientos, adoptados con el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación».

(18) El tenor literal de la norma estatal establece que «Se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos en las siguientes materias: a) Creación y supresión de municipios y alteración de términos municipales».

(19) Setuáin Mendía, B. «El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas». *Revista General de Derecho Administrativo*, número 47, enero 2018.

(20) Resulta de especial interés y claridad la enumeración de los requisitos o circunstancias necesarias para la adopción de la nueva línea doctrinal del TC al respecto de inaplicación/aplicación de la prevalencia, que también aparecen descritos en el ATC 167/2016, realizada por De la Quadra-Salcedo Janini, T. en «La reanimación de la prevalencia...». ob. cit., pp. 328-329: «Así, en efecto, el propio TC en algún auto de inadmisión posterior a esta resolución, pero anterior a la STC 204/2016, había subrayado que el apartamiento de su doctrina constitucional se producirá siempre que concurren las concretas circunstancias que están presentes en el asunto resuelto en la primera sentencia referida (STC 102/2016): esto es, que se trate de un caso de “inconstitucionalidad indirecta o mediata”; “sobrevenida”; que “la legislación autonómica no haya hecho sino reproducir la legislación básica, y ésta se haya modificado después en un sentido incompatible

muy sintetizada, dichos requisitos son: que se trate de una inconstitucionalidad indirecta y sobrevenida, que la legislación autonómica reproduzca literalmente la legislación básica (y que ésta se haya modificado *a posteriori*, volviéndose incompatible con la autonómica), y que el TC se haya pronunciado a favor del carácter básico de la regulación estatal.

Abreviando, el precepto autonómico cuestionado contenía en inicio la reproducción de preceptos de la legislación básica, presumiblemente como vía para facilitar el conocimiento, a un solo golpe de vista, de toda la normativa existente al respecto de una materia concreta y determinada (reproducción que es práctica habitual del legislador autonómico, y que no conlleva por sí misma la declaración de inconstitucionalidad de la norma). Con todo, y expresado con enorme claridad en palabras de Alonso Mas⁽²¹⁾, «*Para el Tribunal Constitucional, en estos casos la Ley autonómica no pretende innovar el ordenamiento mediante mandatos normativos propios; simplemente, reproduce la voluntad del legislador estatal. Si esta cambia, debe entenderse desplazada la norma autonómica, cuyo carácter superfluo resalta el Tribunal; ya que no desarrolla la normativa básica, ni la Comunidad Autónoma ha pretendido ejercitar una competencia propia*». Además, el TC ya se había pronunciado en varias sentencias anteriores acerca del carácter básico del concreto precepto de la LBRL en conflicto.

Cumpliendo, por tanto, todos los requisitos anteriormente examinados, el fallo de la sentencia consiste en la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad y, lo que es más importante, la habilitación a los operadores jurídicos de utilizar la cláusula de prevalencia constitucional –relegada a un insondable segundo plano hasta ese momento– cuando se den circunstancias similares a las analizadas en la expuesta resolución.

Las conclusiones que pueden extraerse al respecto de la argumentación y fallo de la sentencia recién examinada son variadas y, cuanto menos, atrevidas. Con todo –y recapitulando lo ya analizado–, si la Ley autonómica de desarrollo, elaborada y promulgada dentro de los límites de la legalidad, es previa a la modificación de la Ley estatal básica de la que trae causa, no puede decirse que incurra en un vicio de inconstitucionalidad. Al contrario, acarreará únicamente una pérdida de eficacia que se verá reflejada en la prevalencia de la Ley estatal frente a ella⁽²²⁾. Y, tal y

con aquella legislación autonómica”, y, además, que “el Tribunal ya se haya pronunciado en favor del carácter básico de la regulación estatal” [ATC 167/2016, de 4 de octubre].»

(21) Alonso Mas, M.J. «De nuevo sobre...», ob. cit., p. 242.

(22) Fernández Farreres, G. «¿Puede el juez inaplicar...?», ob. cit., pp. 47-82. Este autor llega a tildar de «artificiosa» la distinción que establece el TC en relación a la existencia de una Ley autonómica que entra en contradicción con la Ley básica estatal después de la modificación posterior de ésta, y la inconstitucionalidad existente cuando el conflicto que se dé tenga su base en la existencia de una Ley autonómica posterior a la básica estatal: «En definitiva, que no se produzca un vicio de inconstitucionalidad y, por tanto, sólo la pérdida de eficacia cuando la ley autonómica es previa a la ley básica que posteriormente se modifica, mientras que habrá inconstitucionalidad cuando la ley autonómica sea posterior a la ley básica estatal, no deja de ser una distinción artificiosa, carente de la debida justificación e, incluso, contradictoria con la

como Fernández Farreres ha apuntado, hasta el momento de la publicación de la referida sentencia, si el juez o tribunal encargado de enjuiciar una cuestión similar a la planteada se decantara por la inaplicación de la norma autonómica en favor de la estatal, estaría transgrediendo el derecho a un proceso con todas las garantías. Y, *a sensu contrario*, a partir de su publicación ya no lo vulneraría. De hecho, si el juez o tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad, esta resultaría improcedente, y por consiguiente sería inadmitida por el TC.

Con posterioridad a la resolución de la STC 102/2016, otras dos sentencias, las SSTC 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio, han tenido la oportunidad de pronunciarse acerca del mismo asunto recién examinado. La argumentación del TC es sustancialmente similar a la ofrecida en la primera sentencia, limitándose en gran medida a reproducirla en sus fundamentos jurídicos.

Mayor relevancia tiene el Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 167/2006, de 4 de octubre. El mismo sustancia otro asunto de inconstitucionalidad mediata y sobrevenida de la Ley autonómica de desarrollo tras una modificación de las bases estatales posterior en el tiempo a su promulgación. La importancia del auto no se fundamenta en el resultado del mismo (que, siguiendo la nueva doctrina, es la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad), ni tampoco en el razonamiento por parte del Tribunal para llegar a dicha conclusión (que, en esencia, repite lo establecido en la STC 102/2016 predecesora), sino en que enumera cuidadosamente los requisitos —ya adelantados líneas atrás— ineludibles para la aplicación de la nueva doctrina, que las antecesoras resoluciones argumentaban en distintos fundamentos y dejaban intuir sin tanta claridad en otros tantos. En primer lugar, es necesario que la regulación de las leyes en conflicto —estatal básica y autonómica de desarrollo— fuera sincrónica en un momento inicial por ser la norma autonómica una mera transcripción de la estatal; en segundo lugar, que el conflicto surja por la posterior modificación de la Ley estatal y que la Ley autonómica no se haya amoldado a los cambios; y, por último, que la Ley estatal haya sido reconocida por el TC como básica⁽²³⁾.

Siguiendo a De la Quadra-Salcedo⁽²⁴⁾, la segunda fase de esta revolución de cambio interpretativo tiene su epicentro en la STC 204/2016, de 1 de diciembre. Al igual que en las aludidas SSTC 102, 116 y 127/2016, es producto del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad frente a una Ley de carácter autonómico, que se ha tornado contraria a la normativa básica estatal de forma sobrevenida. También,

premisa de que la declaración de inconstitucionalidad se vincula a la ley “que, en el momento mismo en que es aprobada, contradice directamente la Constitución”. Y esa distinción marcada por la temporalidad de las leyes en oposición no deja de provocar, además, dificultades innecesarias a la hora de determinar si con anterioridad a la ley autonómica ya existía una norma básica estatal opuesta, aunque con posterioridad a aquélla se haya vuelto a reiterar la misma regulación por otra norma básica estatal. Oportunidad habrá de comprobarlo más adelante».

(23) Fernández Farreres, G. «¿Puede el juez inaplicar...?», ob. cit., pp. 47-82.

(24) De la Quadra-Salcedo Janini, T. «La reanimación de la prevalencia...». ob. cit., p. 309.

el título competencial autonómico es el desarrollo de tal normativa básica y no el ejercicio de competencias exclusivas⁽²⁵⁾.

La novedad de la situación planteada con respecto a los anteriores escenarios ya comentados es que la Ley autonómica puesta en entredicho no reproduce literalmente ningún otro precepto de carácter básico pues, simplificando, el EBEP –norma básica estatal– no se promulgaría hasta varias décadas después. En consecuencia, el artículo cuestionado de la Ley autonómica había sido dictado en ausencia de legislación básica estatal al respecto, copiando eso sí, la ley estatal que se hallaba vigente pero que carecía de la especialidad de ser normativa básica⁽²⁶⁾. A pesar de esta particularidad, el asunto tiene en común con el de la STC 102/2016 que se trata de una inconstitucionalidad sobrevenida, y también mediata o indirecta, puesto que no se lesiona directamente a la Constitución.

Esta sentencia flexibiliza todavía más la nueva doctrina asentada sobre la utilización del principio de prevalencia constitucional, en el sentido de ya no es necesario para aplicar la nueva interpretación de la cláusula de prevalencia que la norma autonómica reproduzca lo establecido en la norma básica estatal. Es válido que la norma autonómica sea fruto de la inexistencia de legislación básica estatal y que, posteriormente, esta se apruebe. Consiguientemente –y aunque este punto no ha sido resuelto de manera expresa en la STC–, también se prescinde de la necesidad de que el TC se haya pronunciado acerca del carácter básico de la Ley estatal, pues es imposible que lo haga si no existe legislación básica estatal alguna transcrita en la autonómica.

Como conclusión, puede decirse que la STC 204/2016 es la que realmente *consagra el cambio de doctrina* constitucional⁽²⁷⁾, pero también hay que tener en cuenta que el TC insiste, en las primeras resoluciones protagonistas de esta «segunda etapa», en que la novedosa aplicación de la cláusula de prevalencia se debe únicamente a que las circunstancias de los casos planteados eran particulares (a saber, el problema de la «ley repetida» en el primer asunto de la Ley autonómica gallega en conflicto). Y, a pesar de que en esta última STC 204/2016 el caso no era idéntico al resuelto por sus predecesoras, el TC, *«pese a reconocerlo, se limita a reproducir su doctrina»*⁽²⁸⁾, dando un paso más.

3. Reflexiones sobre el incierto futuro de la cláusula de prevalencia

La última vez en que el TC se ha pronunciado sobre la cláusula de prevalencia es en su STC 1/2017, de 16 de enero. Esta sentencia trae su causa de la interposición de un

(25) Alonso Mas, M.J. «De nuevo sobre...», ob. cit., p. 241.

(26) Triana Reyes, B. «Nuevas precisiones del tribunal Constitucional en torno al principio de prevalencia. Comentario a la STC 204/2016, de 1 de diciembre». *Actualidad Administrativa*, número 3, marzo 2017, Editorial Wolters Kluwer, p. 2.

(27) Alonso Mas, M.J. «De nuevo sobre...», ob. cit., p. 242.

(28) Alonso Mas, M.J. «De nuevo sobre...». ob. cit., p. 244.

recurso de amparo, en el cual se alega la vulneración de dos derechos fundamentales –a saber, el derecho a no padecer indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías–, promovido por la Generalitat Valenciana tras una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana.

Las dos Leyes que en esta ocasión son fruto de conflicto normativo son preceptos de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat Valenciana (ley autonómica), y de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (ley estatal).

La novedad de este caso es que se trata de un supuesto de aprobación de normativa autonómica de desarrollo que contraviene directamente la Ley estatal vigente en ese momento. Así, en el TC establece en el FJ 5 de la sentencia que «(...) en el presente caso la Ley 14/2005 de la Comunidad Valenciana ya se oponía a la Ley de contratos del Estado vigente en aquel momento (artículo 14.2 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio». A este respecto es necesario mencionar que la Ley autonómica se excede en las competencias asignadas a las CCAA, ya que el TC había declarado con anterioridad que el Estado es el competente para legislar acerca de las excepciones a la prohibición del pago aplazado en el ámbito de la contratación en el sector público⁽²⁹⁾.

Transcribiendo a Fernández Farreres⁽³⁰⁾: «Se trata, pues, de la inaplicación de una ley autonómica que el juez constata que se opone a una ley básica estatal posterior. (...) El asunto presentaba algunas particularidades. De una parte, la ley autonómica había sido aprobada con posterioridad a la ley básica estatal que, no obstante, más tarde se sustituyó por una nueva, si bien ello no supusiera cambio alguno en la concreta regulación del pago del precio. Y por otra, el precepto de la ley básica que fue aplicado había sido declarado constitucional (...)».

En concreto, la Generalitat Valenciana en su recurso de amparo, hace notar que no se acudió al TC mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, sino que la Sala del TSJ decidió inaplicar individualmente la Ley autonómica, postconstitucional, válida y en vigor.

Después de lo expuesto, y sobre todo teniendo en cuenta la STC 102/2016 y la fundamentación defendida por el TC en un caso similar al que ahora se presenta, cabría entender que la novedosa doctrina constitucional sobre la cláusula de prevalencia fuese de aplicación aquí y que, por lo tanto, se corroborase como buena la

(29) STC 56/2014, de 10 de abril, FJ 4: «De conformidad con esta doctrina, reproducida en las SSTC 157/2011, de 18 de octubre, 195/2011 a 199/2011, de 13 de diciembre, y 203/2011, de 14 de diciembre, procede considerar que el régimen de prohibición de pago aplazado es indiscutiblemente básico, tanto por regular un aspecto nuclear de la contratación administrativa como por su conexión con el principio de estabilidad presupuestaria, que informa y preside todas las políticas públicas con impacto en el gasto y, en lo que aquí interesa, los presupuestos de las Comunidades Autónomas (art. 21.2 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas)».

(30) Fernández Farreres, G. «¿Puede el juez inaplicar...?», ob. cit., pp. 47-82.

actuación de la Sala del TSJ consistente en la inaplicación de la normativa autonómica en favor de la estatal. Nada más lejos de la realidad. En su FJ 5, los Magistrados de la Sala Segunda del TC encargados de dictar sentencia, exponen que «*en este caso, sin embargo, el Tribunal considera que no hay razones para apartarse de su doctrina general. Y ello porque no se dan los presupuestos que justificaron la STC 102/2016 y posteriores, a saber, la repetición por una ley autonómica de una norma básica del Estado y la posterior modificación de esa normativa básica en un sentido incompatible con aquella legislación autonómica. Y tampoco se trata de un supuesto de ausencia de norma básica y posterior dictado de ésta en un sentido igualmente incompatible con la primera*». Así, el TC falla otorgando el amparo y ordenando retrotraer las actuaciones para que se dicte nueva sentencia. No considera que quepa la aplicación de la prevalencia por el órgano constitucional porque el supuesto de hecho no constituye un caso de inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica⁽³¹⁾.

Por tanto, el TC condiciona la aplicación la prevalencia a los casos en que la Ley autonómica fue válidamente aprobada y publicada, y la posterior incompatibilidad es sobrevenida. En otro caso, el conflicto normativo es competencial y habrá de resolverse por el TC mediante el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad por parte de los tribunales que enjuicien el enfrentamiento.

Sintetizando todo lo expuesto sobre el giro doctrinal efectuado por el TC en base al principio de prevalencia, cabe realizar algunas reflexiones al respecto. La STC 204/2016 asumió la nueva doctrina inicialmente prevista por la STC 102/2016, a pesar de que no concurrían todos los requisitos enumerados por su predecesora –y su correspondiente progenie⁽³²⁾– para adoptar el principio de prevalencia como método de solución para el conflicto entre dos leyes, estatal y autonómica. Sorprendentemente, en la STC 1/2017, el TC se aparta de su actual doctrina, a pesar de que el supuesto de hecho compartía más similitudes con la primigenia sentencia⁽³³⁾.

Es decir, lo que se produce es una limitación de la prevalencia a los supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida (bases modificadas posteriormente a la promulgación de la ley autonómica).

Después de todo, inevitablemente surge una pregunta con una doble vertiente: ¿da el TC un paso atrás con la STC 1/2017, y se muestra tendente ahora a la revocación de su recién estrenada doctrina? ¿O no es más que una contradicción difícilmente justificable entre las resoluciones dictadas por el Pleno del TC –véase SSTC 102/2016 y 204/2016– y ésta última sentencia dictada por la Sala Segunda

(31) De la Quadra-Salcedo Janini, T. «La reanimación de la prevalencia...». ob. cit., p. 332.

(32) Expresión utilizada por De la Quadra-Salcedo Janini, T. «La reanimación de la prevalencia. ¿Una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional?». *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 111, septiembre-diciembre 2017, p. 309.

(33) Padrós Reig, C. y González Barral J.C. «El reciente resurgir de la cláusula constitucional de prevalencia del derecho estatal». *Revista General de Derecho Constitucional*, número 25, 2017.

del mismo? Así las cosas, ¿hacia dónde irá la interpretación del TC del alcance de la cláusula de prevalencia?

De un lado, autores reconocidos entre la doctrina, como De la Quadra-Salcedo⁽³⁴⁾, están en total desacuerdo con el último fallo del TC, señalando que es irrelevante que la norma estatal sea previa o ulterior a la norma autonómica, en tanto que la prevalencia se erige como una regla de resolución de conflictos normativos y simplemente por eso ya quedaría justificada su aplicación por los órganos judiciales, toda vez que éstos hayan considerado que la norma estatal es válida y así deberían atender a ella de forma prevalente. Fernández Farreres⁽³⁵⁾, también partidario de la nueva doctrina constitucional, va más allá, considerando que la aplicación de la prevalencia no debe supeditarse a que el principio constitucional de distribución de competencias no opere ante un conflicto determinado o no pueda resolverlo, pues en ese caso la prevalencia quedaría nuevamente abocada a un completo desuso y le sería privada toda su función.

De otro lado, es necesario poner de manifiesto algunos problemas que conlleva la reciente reinterpretación de la cláusula de prevalencia, que han sido evidenciados a través de votos particulares en las recientes sentencias de cambio interpretativo.

La primera en hacerlo fue la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, que formuló sendos votos particulares a las SSTC 102/2016 y 204/2016. En el primero de ellos ya evidenció el riesgo de inseguridad jurídica que trae consigo la nueva práctica, en tanto que la aplicación de la prevalencia «*conlleva un riesgo cierto de inseguridad jurídica y de pérdida de uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas del bloque de la constitucionalidad*» (voto particular a la STC 102/2016, fundamento 7.º). Es una opinión que ya compartía Tornos Mas⁽³⁶⁾, al señalar que en el momento en el que el juez ordinario se encuentre con dos leyes incompatibles entre sí, para decidir cuál de las dos normas aplica debería realizar un juicio sobre la constitucionalidad de ambas. Esto es una tarea reservada al TC, pues si se permitiera su esclarecimiento a los órganos de la jurisdicción ordinaria en general, habría «*tantas interpretaciones como jueces o salas, y se abundaría en la inseguridad de nuestro sistema jurídico*». Esta inseguridad jurídica es una de las fisuras más significativas que provoca la apertura de la prevalencia a la aplicación por parte de los operadores jurídicos, opinión a la que se suma el Magistrado don Santiago Martínez-Vares

(34) De la Quadra-Salcedo Janini, T. «La reanimación de la prevalencia...». ob. cit., p. 332.

(35) Fernández Farreres, G. «¿Puede el juez inaplicar...?», ob. cit., pp. 60-62.

(36) Tornos Mas, J. «Ley de bases...». ob. cit., p. 39: «El juez ordinario debe, en primer lugar, seleccionar la norma aplicable, función que debe cumplir en los términos establecidos por la propia doctrina del Tribunal Constitucional (...). Al realizar esta función, si el juez se enfrenta con dos leyes contradictorias, podría admitirse que resolviera el conflicto determinando la validez de la ley aplicable por los criterios competenciales contenidos en la Constitución. Posibilidad que, sin embargo, entiendo no es admisible, pues supondría incidir en competencias del Tribunal Constitucional, ya que el juez, al resolver qué norma aplica, debe realizar previamente un juicio sobre la constitucionalidad de dos leyes enfrentadas. Por lo demás, esta solución permitiría tantas interpretaciones como jueces o salas, y se abundaría en la inseguridad de nuestro sistema jurídico».

García en su voto particular a la STC 204/2016: «(...) *no parece que la Sentencia vislumbre la intensidad de las consecuencias que un cambio de semejante envergadura puede ocasionar en nuestro modelo concentrado de justicia constitucional, al abrir una vía de entrada al modelo de control difuso de constitucionalidad de las leyes sin los reajustes necesarios para evitar la inseguridad jurídica y preservar la posición de los Parlamentos autonómicos*». Y precisamente ahí asienta la segunda de las consecuencias, presumiblemente negativas, que conlleva la admisión de la prevalencia como excepción en el modelo centralizado de justicia constitucional.

La doctrina tradicional, que imponía la obligación a los órganos judiciales de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, permitía a la representación de la Comunidad Autónoma cuya norma se hallara en entredicho participar en el procedimiento nacido a partir de la interposición de la cuestión, de manera que podían defender con los alegatos que considerasen necesarios la legalidad de su Ley autonómica. Con la introducción de la nueva doctrina, sin embargo, se despoja a la Comunidad Autónoma de cualquier derecho a réplica, en tanto que carece de la potestad para participar en todo pleito suscitado a raíz de una incompatibilidad normativa, pues serán los jueces y tribunales ordinarios quienes decidirán si inaplicar o no la Ley autonómica.

Concluyendo, y transcribiendo el discurso de De la Quadra-Salcedo⁽³⁷⁾, «(...) *en estos supuestos, para que el Parlamento o el Gobierno autonómico pudieran comparecer para ser oídos, los jueces tendrían que darles traslado del asunto cada vez que una ley autonómica fuese cuestionada en un caso concreto por vulneración de las bases*».

En fin, el apartamiento de la tradicional doctrina que venía sosteniendo el TC sobre la inaplicación de la prevalencia, y la resultante apertura a una nueva que posibilita la utilización de dicha cláusula en determinadas situaciones, conlleva algunos beneficios –como la agilidad de los trámites procesales– pero también indudables riesgos, entre los que se encuentran la ya analizada inseguridad jurídica o la pérdida de potestad de los Parlamentos Autonómicos en la defensa de sus propias leyes.

III. CONCLUSIONES

Tras el examen de la evolución jurisprudencial que ha sufrido la aplicación de la cláusula de prevalencia, no exenta de polémica tanto en el seno del propio Tribunal Constitucional como entre la doctrina jurídica más autorizada, cabe hacer una serie de consideraciones que sirvan de cierre al presente Trabajo.

La cláusula de prevalencia constitucional prevista el artículo 149.3 CE se ha visto revitalizada en virtud de las resoluciones más recientes del Tribunal Constitucional. Efectivamente, ha pasado de una situación de olvido profundo, en la que carecía

(37) De la Quadra-Salcedo Janini, T. «La reanimación de la prevalencia...». ob. cit., p. 337.

de aplicación en los diversos conflictos normativos entre normas estatales y normas autonómicas porque los mismos se resolvían a través del principio de distribución de competencias, a admitirse que los operadores jurídicos puedan atender a ella en unos supuestos muy concretos y de cumplirse ciertos requisitos. Nos estamos refiriendo a los casos ya examinados de contradicción sobrevenida de una norma de desarrollo autonómico en relación con la norma básica estatal.

Sin embargo, la utilización de la prevalencia en un Estado descentralizado carente de competencias concurrentes, como es el caso de España, ha de hacerse con muchas reservas y minucioso cuidado. En primer lugar, porque en principio cualquier conflicto que se pudiera suscitar podría resolverse a través del principio de distribución de competencias recogido en la propia Constitución Española. En segundo lugar, porque la prevalencia de la norma estatal frente a la autonómica en los casos ya señalados acarrea riesgos de gran trascendencia a tener en cuenta, a saber, inseguridad jurídica, menoscabo de la función del TC e imposibilidad de que los Parlamentos autonómicos puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de las leyes que ellos mismos han aprobado y que pueden ser inaplicadas.

A pesar del cambio efectuado en el razonamiento del Tribunal Constitucional, un halo de incertidumbre sigue rodeando la cláusula de prevalencia. De la última sentencia comentada se desprenden serias dudas sobre si la nueva lectura de la prevalencia tendrá continuidad o si la jurisprudencia constitucional que está por venir quizás pueda modular y matizar más su sentido. Se impone acabar cuanto antes con esta indefinición, dada la trascendencia que tiene la prevalencia para el sistema de fuentes y para la labor de los distintos órganos jurisdiccionales y del resto de operadores jurídicos.

IV. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Alonso Mas, M.J. «De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal y la inaplicación judicial del derecho autonómico». *Revista de Administración Pública*, número 203, mayo-agosto 2017, pp. 235-265.

Arroyo Gil, A. «Una concepción de los principios de competencia y prevalencia en el estado autonómico español». *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 20, 2009, pp. 195-217.

De la Quadra-Salcedo Janini, T. «La reanimación de la prevalencia. ¿Una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional?». *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 111, septiembre-diciembre 2017, pp. 307-340.

De Otto y Pardo, I. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 1987.

Fernández Farreres, G. «¿Puede el juez inaplicar la ley autonómica por razón de la prevalencia del derecho estatal?: estado actual de la cuestión». *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 186, julio-septiembre 2017, pp. 47-82.

- Martín i Alonso, G. «Comentarios de jurisprudencia constitucional. Tribunal Constitucional y crisis del Estado de las autonomías: la doctrina constitucional durante el año 2016». *REAF*, número 25, abril 2017.
- Muñoz Machado, S. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982.
- Padrós Reig, C. y González Barral J.C. «El reciente resurgir de la cláusula constitucional de prevalencia del derecho estatal». *Revista General de Derecho Constitucional*, número 25, 2017.
- Parejo Alfonso, L. *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- Razquin Lizarraga, J.A. «El Tribunal Constitucional cambia su doctrina sobre la cláusula de prevalencia: posible inaplicación judicial de la ley autonómica en caso de colisión sobrevenida con la legislación básica estatal posterior». *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 4, 2017, pp. 109-121.
- Requejo Pagés, J.L. «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2016». *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 108, pp. 229-271.
- Ruiz López, M.Á. «La cláusula de prevalencia del derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones». *Revista de Administración Pública*, número 192, septiembre-diciembre 2013, pp. 137-178.
- Setuáin Mendía, B. «El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas». *Revista General de Derecho Administrativo*, número 47, enero 2018.
- Tornos Mas, J. «Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia». *Revista española de Derecho Constitucional*, número 33, septiembre-diciembre 1991, pp. 29-45.
- Triana Reyes, B. «Nuevas precisiones del tribunal Constitucional en torno al principio de prevalencia. Comentario a la STC 204/2016, de 1 de diciembre». *Actualidad Administrativa*, número 3, marzo 2017, Editorial Wolters Kluwer, pp. 1-4.

**EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LAS
SOCIEDADES PROFESIONALES. EN PARTICULAR,
LA FIGURA DE LA SIMULACIÓN TRIBUTARIA ⁽¹⁾**

**THE TECHNIQUE OF LIFTING THE VEIL IN
PROFESSIONAL SOCIETIES. IN PARTICULAR,
THE FIGURE OF THE TAX SIMULATION**

CRISTINA MENÉNDEZ MORALES

Grado en Derecho

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. UNA APROXIMACIÓN A LAS SOCIEDADES PROFESIONALES.
 - 1. **Qué es una sociedad profesional.**
 - 2. **Licitud de la constitución de sociedades profesionales.**
- III. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN NUESTRO SISTEMA.
- IV. SOCIEDADES PROFESIONALES Y SIMULACIÓN.
 - 1. **La simulación en la ley general tributaria.**
 - 2. **Aplicación de la figura de la simulación a las sociedades profesionales.**
 - 2.1. Criterios administrativos.
 - 2.2. Criterios aplicados por los órganos judiciales.
 - A. Los Tribunales Superiores de Justicia.
 - B. La Audiencia Nacional.
 - 2.3. Consecuencias de la declaración de simulación.
- V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La tendencia por parte de abogados, médicos y otros profesionales de constituir sociedades profesionales para el ejercicio de su actividad ha dado lugar a numerosas resoluciones administrativas y judiciales en las que se debate si es lícita

(1) Este texto es una versión resumida del Trabajo fin de Grado de iguales autoría y título defendido en la Universidad de Oviedo en junio de 2018.

la constitución de una sociedad intermedia por parte del socio profesional que le permita reducir su carga tributaria.

La AEAT ha acudido a la simulación para calificar fiscalmente estas operaciones al entender que la sociedad intermedia no aporta ningún valor añadido a los servicios profesionales prestados por el socio. En otros casos, en cambio, la interposición de una sociedad se ha considerado perfectamente lícita, sin perjuicio de que se tengan que realizar las correcciones oportunas respecto del valor atribuido por las partes a la operación.

Palabras clave: sociedad profesional, levantamiento del velo, simulación, sociedad intermedia.

ABSTRACT: The tendency of lawyers, doctors and other professionals to set up professional societies to perform their services has led to a large number of administrative and judicial resolutions in which it is discussed the lawfulness of an intermediate society, founded by the professional associate, which let him reduce his tax burden.

The Tax Administration has chosen the simulation to qualify fiscally these operations because it is understood that the intermediate society does not add value to the professional services executed by the associate. However, in other cases the society will be deemed perfectly lawful, notwithstanding the need to correct the value granted to the operation by the parties.

Keywords: professional society, lifting the veil, simulation, intermediate society.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha hecho cada vez más frecuente la constitución de sociedades para el ejercicio colectivo de actividades profesionales, operatoria que está amparada *a priori* en la Ley pero que ha dado lugar a numerosos litigios entre los contribuyentes y la Administración Tributaria, fundamentalmente a raíz de la constitución de sociedades intermedias que se sitúan entre la sociedad profesional *strictu sensu* y el socio profesional persona física.

La tendencia creciente por parte de los profesionales a constituir sociedades para el ejercicio colectivo de su actividad dio lugar a la promulgación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (en adelante, LSP) que, tal como recoge su Exposición de Motivos, surge para permitir que la propia sociedad profesional pueda acceder al Colegio Profesional correspondiente como una nueva clase de profesional colegiado.

Al igual que cualquier otra sociedad, la profesional permite a sus socios, entre otras cosas, limitar la responsabilidad por las deudas sociales únicamente al patrimonio social, así como aprovechar las ventajas propias del trabajo en equipo como la especialización y división del trabajo. No obstante, en la práctica, la constitución de la sociedad profesional no siempre responde a estos objetivos, por ejemplo, cuando

se trata de sociedades profesionales constituidas por un único socio profesional o por éste con varios miembros de su familia.

En este contexto, el propósito de nuestro trabajo es examinar cuál es la postura mantenida por la Administración Tributaria y por los tribunales ante este fenómeno de creciente trascendencia en nuestro sistema y que, a día de hoy, no ha encontrado una calificación uniforme y mayoritariamente aceptada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

Respecto a la forma en que vamos a estructurar nuestro trabajo, en primer lugar, nos aproximaremos a la figura de la sociedad profesional, para delimitar qué se entiende por tal y cuál es el fundamento de su licitud. A continuación, comenzaremos ya con el examen de las principales figuras previstas en nuestro sistema para regularizar la situación de las sociedades profesionales, centrándonos en particular en la figura de la simulación (a la que se refiere el art. 16 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), la más empleada por la AEAT en este tipo de operaciones.

II. UNA APROXIMACIÓN A LAS SOCIEDADES PROFESIONALES

1. Qué es una sociedad profesional

Para entender la problemática que, a efectos tributarios, se suscita en la actualidad en torno a las sociedades profesionales, tenemos que partir de qué se entiende por sociedad profesional en nuestro ordenamiento jurídico. Es aquí donde nos encontramos el primer inconveniente: la normativa tributaria no recoge ninguna definición, pero sí la normativa mercantil, en concreto la LSP que las define como aquellas «*que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional*». Tales sociedades podrán constituirse bajo cualquiera de las formas jurídicas previstas en la ley (artículo 1.2 LSP) y, por tanto, podrán adoptar la forma de sociedad civil o de sociedad mercantil. Su constitución bajo una u otra forma tiene importantes consecuencias tributarias, fundamentalmente a efectos de su consideración o no como contribuyente del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS).

En relación con este último punto, el artículo 7.1 a) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en lo sucesivo, LIS) dispone que son contribuyentes del IS las personas jurídicas que tengan su residencia en territorio español, salvo «*las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil*». Por tanto, para ser contribuyente del IS es necesario cumplir, con carácter general, dos requisitos: tener personalidad jurídica y residencia en territorio español. Si además se trata de una sociedad civil será necesario cumplir un requisito adicional: tener objeto mercantil.

Partiendo de aquí, las sociedades con forma mercantil que tengan su residencia en España –en los términos previstos en la normativa reguladora del IS– van a ser siempre consideradas contribuyentes del impuesto, mientras que en el caso de las sociedades civiles con residencia fiscal en España no siempre será así. De un lado, respecto al requisito de personalidad jurídica, la Dirección General de Tributos (en

adelante, DGT) acoge el criterio previsto en el artículo 1669 del Código Civil(en adelante, CC) en virtud del cual las sociedades civiles solo tendrán personalidad jurídica cuando los pactos entre sus socios no sean secretos. Además de personalidad jurídica, para ser contribuyente del IS es necesario que la sociedad civil tenga objeto mercantil. En este sentido, la DGT⁽²⁾ viene entendiendo por objeto mercantil «*la realización de una actividad económica de producción, intercambio o prestación de servicios para el mercado en un sector no excluido del ámbito mercantil*» dejando fuera de la consideración de actividades mercantiles las «*actividades agrícolas, ganaderas, forestales, mineras y de carácter profesional*».

Por tanto, las sociedades profesionales que se hayan hecho constar como tales de acuerdo con la LSP y que estén constituidas como sociedad civil, por carecer de objeto mercantil, no tienen la consideración de contribuyente del IS y tributarán a través del régimen de atribución de rentas [artículo 6 LIS y 8.3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en lo sucesivo, LIRPF)] en virtud del cual sus rentas se atribuyen a los socios en función de su cuota de participación en la sociedad, salvo que se hubiera previsto otra cosa (artículo 89.3 LIRPF). Por el contrario, las sociedades civiles que no se hayan hecho constar como sociedades profesionales de acuerdo con la LSP y aquellas que se hayan constituido como sociedades mercantiles –se hayan constituido o no como sociedades profesionales de acuerdo con la LSP –, van a tributar a través del IS⁽³⁾.

Delimitado así el contorno de las sociedades profesionales, vamos a analizar aquellas que se constituyen con objeto mercantil y que tributarán, en todo caso, a través del IS.

2. Licitud de la constitución de sociedades profesionales

Nuestro ordenamiento jurídico admite la posibilidad de ejercer actividades profesionales por medio de una sociedad, posibilidad confirmada con la entrada en vigor de la LSP que contribuyó a reforzar la seguridad jurídica en este ámbito, de un lado, atribuyendo a este tipo de sociedades un régimen jurídico y, de otro lado, proporcionando a los clientes de los servicios profesionales prestados por la sociedad mayores garantías, al ampliar el campo de posibles responsables⁽⁴⁾.

Ahora bien, la conflictividad se plantea no tanto con las sociedades profesionales sino con las llamadas «sociedades interpuestas», esto es, las sociedades intermedias que se sitúan entre la sociedad profesional y los profesionales que prestan los servicios

(2) *Vid.*, Contestación de la DGT, entre otras, a las Consultas Vinculantes n.º 0107-18, de 18 de enero y n.º 3247-17, de 18 de diciembre.

(3) *Vid.*, Contestación de la DGT, entre otras, a las Consultas Vinculantes n.º 4381-16, de 11 de octubre y n.º 4387-16, de 13 de octubre.

(4) *Vid.*, Orena Domínguez, A. «La problemática tributaria de las sociedades profesionales», *Quincena Fiscal*, N.º 6, 2016, p. 25.

a los clientes. En este punto, el artículo 2 LSP deja abierta la posibilidad de constituir ese tipo de sociedades intermedias al disponer que las actividades profesionales se podrán desarrollar «bien directamente, bien a través de la participación en otras sociedades profesionales».

No obstante, este precepto ha de ser puesto en relación con lo previsto en la Exposición de Motivos de la citada ley que excluye de su ámbito de aplicación a las sociedades de medios –a través de las cuales los socios, comparten medios materiales y/o personales y aprovechan las economías de escala que se generan⁽⁵⁾–, a las sociedades de comunicación de ganancias –que se dirigen a compartir y compensar los resultados obtenidos por los socios, que operan de forma individual⁽⁶⁾– y a las sociedades de intermediación. Estas últimas, que son las sociedades que a nosotros nos conciernen, se dirigen a suministrar y gestionar todos aquellos medios que son necesarios para desarrollar las actividades profesionales de forma individual por cada socio, de tal forma que no prestan al cliente el servicio profesional, sino que sirven de intermediaria entre el profesional que presta directamente el servicio y el cliente.

Más allá de su sujeción o no a la LSP, lo que ahora nos interesa es la licitud de esas sociedades interpuestas a efectos tributarios. Hasta 2003, en nuestro ordenamiento jurídico estuvo vigente el llamado régimen de «transparencia fiscal interna» que se dirigía básicamente a evitar el diferimiento en el pago del IS mediante la retención de los beneficios no distribuidos y, para ello, se imputaban a los socios las rentas obtenidas por las sociedades profesionales, aunque tales beneficios no hubiesen sido distribuidos aún⁽⁷⁾. Este régimen ya no está vigente, lo que nos permitiría admitir que la interposición societaria está hoy en día permitida en nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 15, 16 y 43.1 g) y h) de la LGT que tendremos ocasión de examinar.

En relación con este tipo de sociedades, en el año 2009, el Departamento de Inspección Financiera y Tributaria publicó una Nota bajo la rúbrica «Actuaciones inspectoras en relación con contribuyentes que prestan servicios profesionales» en la que manifestó estar detectando «la utilización indebida de ciertos mecanismos por parte de algunos profesionales, con el objeto de minorar la base imponible susceptible de ser gravada». En concreto, hace referencia a dos mecanismos de fraude, que se identifican como los utilizados con más frecuencia:

- La percepción de retribuciones a través de sociedades interpuestas
- La percepción de las retribuciones directamente por el profesional como rendimientos derivados de su actividad económica

(5) Vid., Font Gorgorió, P. *La relación socio-sociedad profesional. Problemáticas fiscales*, op. cit., p. 77.

(6) Vid., Font Gorgorió, P. *La relación socio-sociedad profesional. Problemáticas fiscales*, op. cit., p. 77.

(7) Vid., Lucas Durán, M. «Interposición de sociedades para prestar servicios profesionales: ¿simulación, fraude a la ley tributaria o economía de opción?», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, N.º 389-390, 2015, p. 156.

Centrándonos en el primero de ellos, la AEAT entiende que este tipo de sociedades, cuya titularidad corresponde al profesional y a través de la cual éste recibe las retribuciones por los servicios que presta a la sociedad profesional, no cuenta con los medios personales y materiales suficientes y adecuados para desarrollar los servicios profesionales, sino que se dirigen únicamente a «*obtener una ilícita reducción de la carga fiscal*». Esa reducción se obtiene, fundamentalmente, a través de las siguientes vías:

- La tributación a través del IS, en lugar de tributar por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF), siendo el tipo efectivo del IS inferior al que resulta del IRPF, pues mientras que el primero es, con carácter general, del 25%, el IRPF podría alcanzar e incluso superar el 45%.
- Elusión de la práctica de retenciones por la sociedad profesional, evitando adelantar el pago de impuestos a la AEAT.
- El efecto «splitting», haciendo constar como socios de la sociedad interpuesta a los familiares del profesional, de tal forma que los rendimientos posteriormente se repartirán entre todos ellos, con la consiguiente menor tributación en el IRPF.
- Compensación de los ingresos derivados de la actividad profesional con gastos no afectos a la misma., sino derivados de las actuaciones particulares del profesional.

Además de ello, respecto a la práctica de retenciones, en ausencia de sociedad intermedia, las rentas que la sociedad profesional abonaría al socio estarían sujetas a retención por parte del pagador –la sociedad profesional– de conformidad con lo previsto en el artículo 75.1 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, RIRPF). En cambio, cuando el pago se realiza de sociedad a sociedad, la cuestión cambia, pues la primera no está obligada a practicar retención respecto de las rentas que abona a la segunda, tal como se deduce del tenor literal del artículo 74.1 RIRPF que define la retención como «*pago a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al perceptor*», perceptor que tendrá que tener la condición de contribuyente del IRPF, condición que no se da cuando estamos ante personas jurídicas.

Y por lo que respecta a la deducibilidad de gastos personales del profesional en sede de la sociedad, no debemos olvidar que, independientemente de la inclusión de gastos no afectos a la actividad profesional desempeñada, la normativa del IS, frente a la del IRPF, es más flexible a la hora de admitir la deducibilidad de los gastos, con la consiguiente reducción de la base imponible y el menor pago de impuestos⁽⁸⁾.

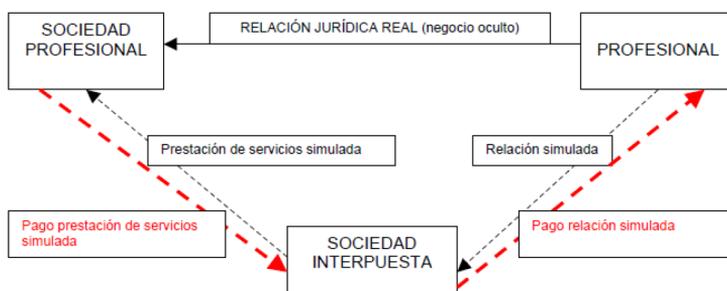
Existen algunos autores, como Pedreira Menéndez, para los que los motivos aducidos por la AEAT carecen de fundamento. Así por ejemplo, respecto a la tributación

(8) Vid., García Novoa, C. *Aspectos fiscales de la interposición de sociedades y de la retribución de los socios*, AEDAF, Madrid, 2013, p. 27.

en el IS en lugar de en el IRPF, considera el citado autor que aun cuando *a priori* ello podría parecer una ventaja, podría no serlo pues, en sus propias palabras, «*esas rentas, cuando sean distribuidas al socio, volverán a tributar en el IRPF, por lo que si sumamos ambos tipos de gravamen puede que haya contribuyentes que no salgan beneficiados con este esquema de doble tributación, en el que no existe ningún sistema para atenuar o corregir la misma*»⁽⁹⁾.

En la Nota de 2009, además de los argumentos expuestos anteriormente, la AEAT incluye un esquema (Gráfico 2.1), en el que, sin hacer más mención a la figura de la simulación, califica la operación como simulada.

Gráfico 2.1. Reproducción del esquema contenido en la Nota de 26 de marzo de 2009



Fuente Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.

A partir de esta operatoria, la AEAT intensificó su actuación inspectora sobre las sociedades profesionales y así lo ha manifestado reiteradamente en sus últimos Planes anuales de Control Tributario y Aduanero. En concreto, el plan aprobado para 2018 por la Dirección General de la AEAT⁽¹⁰⁾ establece como uno de sus objetivos de seguimiento general a todas aquellas personas jurídicas que se interponen con la única finalidad económica de «*canalizar rentas de personas físicas cuya tributación se ve reducida de modo irregular por la actual diferencia de tipos impositivos*».

III. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN NUESTRO SISTEMA

En nuestro sistema existen distintas normas que, en cierto modo, elevan a rango de ley lo que tradicionalmente se ha conocido como el «levantamiento del velo de la personalidad jurídica». Esta doctrina, de origen jurisprudencial y que se apoya

(9) *Vid.*, Pedreira Menéndez, J. «La valoración de las operaciones vinculadas entre socios profesionales y sus sociedades. Análisis de la RTEAC de 2 de marzo de 2016, R. G. 8483/2015». *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, N.º 399, pp. 122.

(10) La resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, aprueba las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2018.

en principios de equidad y de buena fe, se basa en penetrar en el *substratum* de la sociedad para comprobar cuáles son los verdaderos intereses que hay detrás de la persona jurídica⁽¹¹⁾.

Nos encontramos, por tanto, con que su aplicación supone prescindir de la forma jurídica de la sociedad y, precisamente por ello, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) ha reiterado en numerosas ocasiones su carácter excepcional, limitando el uso de esta técnica a aquellos supuestos en que concurren determinadas circunstancias –se mencionan los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa, fraude o abuso– que hagan necesario levantar el velo jurídico para evitar que «*el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros*»⁽¹²⁾.

En cualquier caso, no hay que olvidar que toda sociedad tiene una finalidad meramente instrumental y es, en esencia, interpuesta, sin que ello suponga automáticamente que toda sociedad que, en un momento determinado, no puede hacer frente a sus compromisos pueda ser objeto de comprobación con el único propósito de hacer a sus socios responsables de las deudas societarias. Es decir, lo determinante no es la insolvencia de la persona jurídica, sino que su constitución responda a fines no considerados como lícitamente empresariales, comerciales, mercantiles, industriales o profesionales, en otras palabras, que el objetivo sea evadir responsabilidades frente a terceros⁽¹³⁾. En estos casos, cuando la sociedad no existe o, existiendo, se puede calificar como simulada, los efectos jurídicos en un principio atribuidos a la sociedad se aplicarán directamente a aquellas personas físicas que actúan a través de esas sociedades y que están detrás del «velo societario»⁽¹⁴⁾.

Como ya hemos mencionado, esta doctrina jurisprudencial encuentra su reflejo en la normativa tributaria a través de figuras como la simulación, el conflicto en la aplicación de la norma o la responsabilidad subsidiaria de los apartados g) y h) del artículo 43.1 LGT. La inclusión de estas figuras en nuestro sistema supone, entre otras cosas, que el levantamiento del velo en el ámbito tributario ya no corresponde a los jueces y tribunales sino a la Administración Tributaria, sin perjuicio de que las

(11) Vid., Martínez Lago, M.A, Almuñí Cid, J.M. «Autotutela tributaria, “levantamiento del velo” y derivación de la responsabilidad a las sanciones», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, N.º 296, 2007, pp. 11-12.

(12) Vid., entre otras, STSS de 4 de noviembre de 2010 (rec. n.º 422/2007), de 13 de octubre de 2011 (rec. n.º 1043/2008), de 30 de mayo de 2012 (rec. n.º 1282/2009), de 15 de noviembre de 2016 (rec. n.º 898/2016) y 30 de enero de 2018 (rec. n.º 2265/2015).

(13) Vid., De Gandarillas Martos, S. «Las modificaciones introducidas por la Ley 36/2006 de prevención del fraude fiscal en la responsabilidad tributaria: levantamiento del velo», *Crónica tributaria*, N.º 128, 2008, p. 99.

(14) Vid., García Novoa C. *Aspectos fiscales de la interposición de sociedades y de la retribución de los socios*, op. cit. p. 32.

decisiones adoptadas por esta última puedan ser, a instancia de parte, revisadas por los órganos jurisdiccionales⁽¹⁵⁾.

Sea como fuere, lo que sí se mantiene es su aplicación individualizada, esto es, se han de examinar las circunstancias concurrentes en cada caso, sin que sea posible establecer una teoría general sobre qué presupuestos han de concurrir para entender que estamos ante una sociedad interpuesta, sin perjuicio de que existan una serie de circunstancias que, por lo general, son comunes a todos los supuestos y que vamos a tratar de identificar con la mayor precisión posible.

Una vez sentados estos puntos, y antes de centrarnos en la figura de la simulación, consideramos oportuno hacer una breve referencia a la responsabilidad subsidiaria recogida en los apartados g) y h) del artículo 43.1 LGT.

La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal introdujo dos nuevos supuestos de responsabilidad subsidiaria en el artículo 43.1 LGT, recogidos en sus apartados g) y h), en virtud de los cuales son responsables subsidiarios:

- *«Las personas o entidades que tengan el control efectivo, total o parcial, directo o indirecto, de las personas jurídicas o en las que concurra una voluntad rectora común con éstas, cuando resulte acreditado que las personas jurídicas han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta para eludir la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública y exista unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial»* (apartado g).
- *«Las personas o entidades de las que los obligados tributarios tengan el control efectivo, total o parcial, o en las que concurra una voluntad rectora común con dichos obligados tributarios, por las obligaciones tributarias de éstos, cuando resulte acreditado que tales personas o entidades han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta como medio de elusión de la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública, siempre que concurran, ya sea una unicidad de personas o esferas económicas, ya una confusión o desviación patrimonial»* (apartado h).

La similitud entre ambos supuestos genera problemas a la hora de aplicarlos en la práctica, si bien la doctrina, desde su entrada en vigor, ha ido delimitando el ámbito de aplicación de cada uno de ellos. Así, en el caso del apartado g), el deudor principal será aquella persona jurídica que haya sido *«creada o utilizada de forma abusiva o fraudulenta»*, declarando responsable subsidiario de las deudas tributarias de aquella a las personas o entidades que ostenten su control efectivo. En cambio, del análisis del supuesto de responsabilidad del apartado h) se deduce que quien ocupa la posición de deudor principal es el obligado tributario, de cuyas deudas tributarias

(15) *Vid.*, Santolaya Blay, M. «El levantamiento del velo en el ámbito tributario algo más que dos letras finales en el primer apartado de un precepto de la Ley 58/2003», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, N.º 327, 2010, p. 44.

responderán subsidiariamente las personas o entidades que, habiendo sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta por el obligado tributario, sean controladas efectivamente por éste.

Por tanto, mientras que en el caso del apartado g) estamos ante una manifestación de la doctrina del levantamiento de velo, exigiendo la deuda tributaria de la persona jurídica al sujeto que se encuentra «detrás» de ella, en el caso del apartado h) se permite que la AEAT exija la deuda tributaria a un sujeto, la persona jurídica, que permanece ajeno a la relación jurídico-tributaria de la que trae su origen la deuda, pero a la que el deudor principal ha transferido su patrimonio par, crear una situación de aparente insolvencia⁽¹⁶⁾.

IV. SOCIEDADES PROFESIONALES Y SIMULACIÓN

1. La simulación en la ley general tributaria

Antes de estudiar la aplicación que la Administración Tributaria y los tribunales hacen de la figura de la simulación a las sociedades profesionales intermedias, es necesario que examinemos cómo se estructura esta institución en nuestro sistema tributario.

La figura de la simulación aparece recogida en el artículo 16 LGT, cuyo tenor literal dispone lo siguiente:

«1. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes.

2. La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios.

3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente».

Como podemos observar, el legislador tributario se limitó a disponer cuáles serían las consecuencias de la simulación sin entrar a definir qué hemos de entender como tal. En este contexto, hemos de estar a lo previsto en el artículo 12.2 LGT, en virtud del cual, en defecto de definición normativa, los términos se entenderán conforme a «su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda». En base a esta disposición, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha entendido que habrá que atender a la definición que, de este concepto, hace el Derecho Civil⁽¹⁷⁾. El problema es que tampoco en el Derecho Civil encontramos una definición concreta de simulación,

(16) Vid., De Gandarillas Martos, S. «Las modificaciones introducidas por la Ley 36/2006 de prevención del fraude fiscal en la responsabilidad tributaria: levantamiento del velo», *op. cit.* pp. 100-101.

(17) Vid., Ramírez Gómez, S. «La simulación en el ámbito tributario estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia reciente», *Quincena Fiscal*, N.º 8, 2017, pp. 151-152.

limitándose el CC a disponer que «*la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita*» (artículo 1276). Partiendo de aquí, son tres los elementos que la doctrina considera como imprescindibles para entender que existe simulación⁽¹⁸⁾:

- a) Acuerdo simulatorio, con apariencia real, entre las partes que realizan el negocio jurídico,
- b) Propósito o intención de engaño (o *causa simulandi*), y
- c) Contradicción consciente entre la voluntad declarada y la voluntad interna (con la consecuente ocultación de la voluntad realmente querida)

Partiendo del mismo precepto del CC, la doctrina y la jurisprudencia vienen también diferenciando dos tipos de simulación: la absoluta y la relativa. En este sentido, el TS ha reiterado en numerosas ocasiones que mientras que en la primera las partes no quieren celebrar negocio jurídico alguno, en la segunda las partes desean celebrar un negocio jurídico distinto al que efectivamente han formalizado. Por tanto, en la simulación absoluta, tras la apariencia creada, no hay causa, mientras que en la relativa sí hay causa, pues tras la voluntad manifestada existe una causa real, si bien ésta no se corresponde con la declarada⁽¹⁹⁾.

La distinción entre una y otra juega un papel trascendental a efectos de determinar cuáles son las consecuencias de la actuación aparente de los sujetos. Así, poniendo en relación los artículos 1276 CC y 16 LGT, en caso de existir simulación absoluta y, por tanto, inexistencia de causa en el negocio jurídico celebrado, la consecuencia será la declaración de nulidad del mismo; en cambio, cuando estemos ante un supuesto de simulación relativa, donde sí que existe una causa subyacente, la consecuencia no va a ser la nulidad sino la aplicación de la norma que se trataba de eludir, en otras palabras, los efectos serán los del negocio jurídico que realmente se quería realizar y no los del simulado.

La principal dificultad que se plantea en estos supuestos, como tendremos ocasión de examinar en los siguientes puntos en relación con las sociedades profesionales, es la de probar cuál es la intención real que subyace tras el negocio jurídico formalizado. En este sentido, viene afirmando el TS que la Administración debe probar la *causa simulandi* y, dado que es una cuestión que se mueve en el ámbito de la intención de las partes, su apreciación es una tarea más fáctica que jurídica para la que se suele acudir a la prueba indiciaria y a las presunciones ante la dificultad de lograr una prueba directa del hecho ilícito⁽²⁰⁾.

(18) Vid., Márquez Sillero, C., Márquez y Márquez, A. «Actuación inspectora. Sociedad interpuesta. Simulación. Acuerdo sancionador. Supuesto de hecho. Comentario», *Carta tributaria. Revista de opinión*, N.º 31, 2017, p. 2; Font Gorgorió, P. *La relación socio-sociedad profesional. Problemáticas fiscales*, op. cit. p. 324.

(19) Vid., entre otras, STSS de 4 de noviembre de 2015 (rec. n.º 100/2014), de 13 de diciembre de 2016 (rec. n.º 2211/2015) y de 2 de octubre de 2017 (rec. n.º 3010/2016).

(20) Vid., entre otras, STSS de 13 de marzo (rec. n.º 532/2016) y de 2 de octubre de 2017 (rec. n.º 3010/2016).

Llegados a este punto, tenemos que tener en cuenta que la interposición de sociedades podría ser considerada como fraude de ley en aquellos casos en que se entienda que se ha obtenido un resultado económico que, en principio, debería haber dado lugar al nacimiento de una deuda tributaria pero que, al haberse conseguido a través de unos medios que persiguen fines distintos, o bien tal resultado no está sujeto a gravamen alguno o lo está pero en menor medida⁽²¹⁾. No obstante, en la práctica nos encontramos con que la AEAT opta por aplicar la figura de la simulación en lugar de acudir al fraude de ley, pese a que las consecuencias son muy similares, fundamentalmente porque la declaración del fraude de ley exige previo informe favorable de una Comisión Consultiva (artículo 15.2 LGT).

No obstante, en algunas ocasiones, la utilización de sociedades intermedias podría enmarcarse en la llamada «economía de opción», entendiéndose por ésta «*la elección lícita entre diversas alternativas jurídicas (de) la que representa una menor carga fiscal*» (STS de 22 de junio de 2016, rec. n.º 2218/2015) siempre que ello no suponga vulnerar la normativa aplicable (STS de 18 de junio de 2015, rec. n.º 1517/2013).

2. Aplicación de la figura de la simulación a las sociedades profesionales

Los criterios que la Administración Tributaria y los tribunales suelen utilizar a la hora de valorar la interposición de sociedades profesionales son, en algunos casos, contradictorios, una contradicción que se da, incluso, entre los distintos órganos jurisdiccionales y que justifica que tengamos que analizar esta disparidad de criterios de forma separada.

2.1. Criterios administrativos

La AEAT, desde la década pasada, viene situando a las sociedades profesionales en su punto de mira, como se pone de manifiesto en sus Planes anuales de Control Tributario y Aduanero en los que las considera como un objetivo prioritario, así como en las Notas emitidas en marzo y mayo de 2009 con ocasión del Programa 12500.

La primera vez que la AEAT manifestó su preocupación respecto de las sociedades profesionales interpuestas y la posibilidad de que este tipo de entidades pudiesen considerarse como ilícitas o fraudulentas fue en 2009, a través de la Nota de 26 de marzo a la que ya hicimos mención anteriormente.

Esta Nota, cuanto menos genérica, fue desarrollada posteriormente por otras dos Notas de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la AEAT: las Notas 9/09 y 10/09, de 11 de mayo de 2009, tituladas «Nota sobre las posibles regularizaciones del Impuesto sobre el Valor Añadido derivados del

(21) Vid., AA.VV. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Tecnos, Madrid, 2017, pp. 183-184.

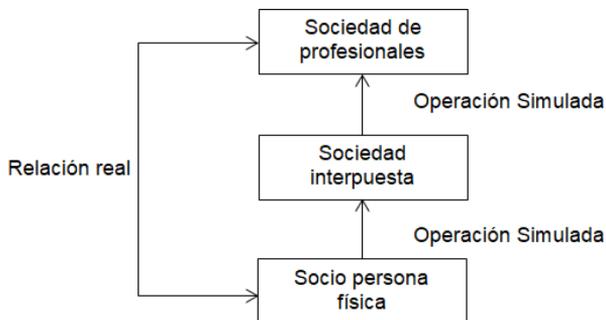
Programa 12500, “socios de sociedades profesionales”» y «Regularización en vía administrativa de las retenciones en los expedientes de sociedades profesionales en los que median sociedades interpuestas. (Programa 12500)» respectivamente.

Tal como se recoge en ambas Notas, el objetivo perseguido por la AEAT con el Programa 12500 es regularizar la imposición directa de los socios personas físicas de sociedades profesionales por las retribuciones que éstos perciben como consecuencia de los servicios prestados a la sociedad profesional, entendiendo que están disfrutando en el IRPF de una imposición inferior a la que realmente les correspondería bien por la deducción de gastos considerados no deducibles en la autoliquidación del IRPF, bien por la interposición de una sociedad entre la sociedad profesional y el socio, sociedad que califica como «sociedad interpuesta» y que figura como prestadora de los servicios profesionales.

A partir de ese momento, la AEAT se centra en la segunda conducta para aclarar que la intención de la Inspección ante este tipo de actuaciones no es otra que «demostrar que el servicio se presta directamente a la sociedad de profesionales por el socio persona física y no por la sociedad interpuesta. Es decir, que los interesados han ocultado a la Administración Tributaria la persona que realmente presta el servicio».

Con ello, la Administración Tributaria pretende situar al socio profesional en el lugar de la sociedad interpuesta, y para ello recurre a la figura de la simulación, en concreto, considera que estaríamos ante un supuesto de simulación relativa. En concreto, tal como se recoge en el Gráfico 4.1., son dos las operaciones que la AEAT considera simuladas: la operación entre el socio y la sociedad interpuesta y la operación entre ésta y la sociedad de profesionales, mientras que la relación real, que permanece oculta, es la que se establece entre la sociedad profesional y el socio persona física.

Gráfico 4.1. Reproducción del esquema contenido en la Nota 9/09



Fuente: Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la AEAT.

El recurso a la figura de la simulación relativa, en definitiva, implica que todos los servicios profesionales que el socio preste a la sociedad profesional tendrán que ser declarados por éste a través del IRPF y no por la sociedad interpuesta a través

del IS, pues se entiende que tal sociedad carece de los medios materiales y humanos necesarios para prestar real y efectivamente los servicios profesionales⁽²²⁾.

Así, la AEAT concibe la actividad profesional como una actividad que depende fundamentalmente de la persona que la desarrolla, es decir, de los conocimientos y habilidades del socio profesional y no tanto de otros medios materiales o humanos, por lo que realmente la sociedad –la interpuesta– no añade valor alguno a los servicios prestados por el socio y se limita a facturar al cliente final, debiendo ser considerada como una sociedad simulada⁽²³⁾.

En ocasiones, no obstante, la Inspección Tributaria no acude a la figura de la simulación para regularizar este tipo de situaciones, sino al régimen de las operaciones vinculadas del artículo 18 LIS. Concretamente, se trata de aquellos casos en los que considera ciertos los hechos, pero no está de acuerdo con la valoración de los mismos⁽²⁴⁾. En virtud de este régimen, dado que la sociedad y sus socios se consideran partes vinculadas (artículo 18.2 a) LIS), las operaciones desarrolladas entre ellos tendrán que valorarse por su valor de mercado, entendiéndose por tal «*aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia*» (artículo 18.1 LIS)⁽²⁵⁾.

Apenas existen resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (en lo sucesivo, TEAC) en esta materia, ya que la mayor parte de los supuestos han sido resueltos por los Tribunales Económico-Administrativo Regionales (en adelante, TEAR), si bien entre esas escasas resoluciones merece la pena destacar la Resolución del TEAC de 21 de marzo de 2013. En este caso, nos encontramos con una sociedad profesional de abogados (a la que, en adelante, nos referiremos como despacho de abogados), cuyos socios prestan servicios a los clientes del despacho no «directamente» sino a través de sociedades constituidas por cada uno de ellos. La Inspección constata esta situación y declara la existencia de simulación relativa, procediendo a dictar la correspondiente liquidación y resolución sancionadora por el concepto de retenciones del IRPF. Ambas son recurridas por el despacho de abogados ante el TEAC.

La Inspección había comprobado la existencia de un «doble y simultáneo sistema retributivo» de los servicios jurídicos prestados por los socios a los clientes del despacho, es decir, que éstos podían recibir los servicios del abogado a través de su sociedad (interpuesta) o a través del despacho y cada forma de retribución contaba

(22) Vid., Alonso González, L.M. *Sociedades profesionales interpuestas. Problemática fiscal y penal*, op. cit. pp. 77-78.

(23) Vid., Font Gorgorió, P. *La relación socio-sociedad profesional. Problemáticas fiscales*, op. cit. p. 328.

(24) Vid., Alonso González, L.M. *Sociedades profesionales interpuestas. Problemática fiscal y penal*, op. cit. p. 78.

(25) La LIS prevé establece distintos métodos para calcular ese valor de mercado, siendo el más empleado el método del precio libre comparable. En relación con éste, el TEAC (Resolución de 2 de marzo de 2016) ha entendido que la operación que la entidad vinculada lleve a cabo con terceros independientes es, a efectos de la aplicación del régimen de operaciones vinculadas, una «operación no vinculada comparable»

con un tratamiento y una carga tributaria distinta. La cuestión, tal como establece el TEAC, consiste en determinar si la interposición de la sociedad participada por el socio entre éste y el despacho responde a «una realidad material sustancial, con una causa negocial lícita o si, por el contrario, nos encontramos ante meros artificios jurídico-formales que tratan de simular una realidad material y que tienen por única finalidad minorar la carga fiscal de las rentas que obtienen los socios, abogados, por la prestación de sus servicios, mediante esa doble vía de retribución».

La respuesta del Tribunal a esta cuestión es negativa, y se basa fundamentalmente en los siguientes argumentos: de un lado, el despacho de abogados pone a disposición de sus socios toda una infraestructura y un régimen de organización y retribución para que éstos presten los servicios de asesoramiento a sus clientes. De otro lado, la calificación de la relación abogado-cliente como una relación personal *intuitu personae* y basada en la confianza supone que la sociedad profesional quede reducida a un mero centro de imputación de derechos y obligaciones. Partiendo de aquí, el Tribunal se cuestiona si realmente la interposición de una sociedad entre el despacho y el socio aporta valor a la relación que se entabla con los clientes, que contratan los servicios con el despacho y permanecen ajenos a la existencia de aquella.

Así, concluye el TEAC, la facturación simultánea al socio y a la sociedad interpuesta por idénticos servicios jurídicos supone que una prestación de carácter personalísimo se fracciona en el tiempo, pues en unas ocasiones se factura al abogado y, en otras, a la sociedad interpuesta. Este fraccionamiento de las rentas es calificado por el Tribunal como arbitrario por entender que no existe criterio alguno que pueda «revelar o predecir un determinado modo de instrumentar la prestación material de los servicios profesionales, respondiendo por contra aquel fraccionamiento a la única finalidad de minorar la tributación global de tales rentas» al reducir la tributación final de cada socio y las retenciones a practicar por el despacho de abogados.

2.2. Criterios aplicados por los órganos judiciales

Toda revisión jurisdiccional de este tipo de conflictos acaba, generalmente, en los Tribunales Superiores de Justicia (en adelante, TSJ) o en la Audiencia Nacional (en adelante, AN), siendo pocas las ocasiones en que el asunto se resuelve en sede casacional, pues entiende el Tribunal Supremo (en lo sucesivo, TS) que cuando la cuestión radica en una divergencia en la valoración de la prueba efectuada por cada uno de los tribunales, el recurso de casación no constituye el cauce procesal adecuado. Es el Tribunal de 1.ª Instancia, dice el TS, el encargado de examinar y valorar los medios probatorios con inmediación y sin que en este cometido pueda ser sustituido por el tribunal de casación⁽²⁶⁾.

(26) Vid., entre otras, STS de 18 de octubre de 2017(rec. n.º 2887/2016).

En cualquier caso, en mayo de 2018, se dictó por primera vez auto de admisión a trámite de un recurso de casación en esta materia, recurso en el que se le consulta al TS si este tipo de operaciones han de ser calificadas como simuladas y, en el caso de que no se considere de aplicación la figura de la simulación, cómo habrían de calificarse.

Una vez sentados estos puntos, vamos a examinar las principales resoluciones que, en los últimos tiempos, han sido dictadas en esta materia por los TSJ y por la AN, que vienen manteniendo criterios muy dispares como consecuencia, fundamentalmente, de la distinta interpretación otorgada por cada uno de ellos a los indicios de existencia real y verídica o no de las sociedades profesionales intermedias⁽²⁷⁾.

A. *Los Tribunales Superiores de Justicia*

En materia de sociedades profesionales interpuestas destacan, fundamentalmente, las resoluciones dictadas por el TSJ de Madrid y el TSJ de Murcia que vienen manteniendo posiciones contrapuestas y que justifican que debamos llevar a cabo un análisis separado de las sentencias dictadas por uno y otro.

Comenzando por la postura mantenida por el TSJ de Madrid, vamos a analizar los casos «Deneing Asociados SL» y «Hermanos Picón Torralba Consultores S.L.».

- *Caso «Deneing Asociados SL»⁽²⁸⁾*

La sociedad Deneing Asociados SL, de conformidad con lo previsto en sus Estatutos, es una sociedad dedicada a la realización de proyectos, estudios e informes técnico-industriales, así como a la prestación de servicios de odontología-estomatología. La primera de esas actividades es desempeñada por Don Esteban y la segunda por Doña Alejandra, cada uno de los cuales ostenta participaciones que representan el 50% del capital de la sociedad.

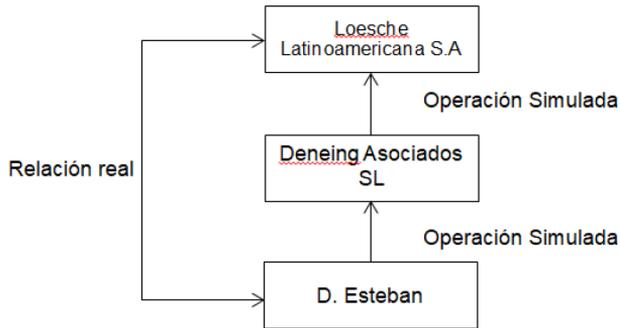
La mencionada sociedad presta servicios a Loesche Latinoamericana S.A., dedicada a la proyección y venta de instalaciones, maquinaria y repuestos para la industria de piedra y tierra, procediendo la totalidad de los ingresos de Deneing de las facturas emitidas a esta sociedad. No obstante, los servicios no van a ser prestados por Deneing, sino por D. Esteban, como específicamente se dispuso en el contrato suscrito por ambas entidades.

En un contexto como este y tras efectuar las averiguaciones oportunas respecto de los ejercicios 2007, 2008 y 2009, la Inspección concluye que estamos, de nuevo, ante un supuesto de simulación relativa, llevando a cabo la correspondiente regularización. Esa simulación relativa respondería al siguiente esquema:

(27) *Vid.*, Font Gorgorió, P. *La relación socio-sociedad profesional. Problemáticas fiscales*, op. cit. pp. 336-337.

(28) *Vid.*, entre otras, STSJ de Madrid de 12 de junio (rec. n.º 1289/2015 y 1294/2015), de 22 de junio (rec. n.º 1290/2015) y de 26 de junio de 2017 (rec. n.º 1269/2015).

Gráfico 4.2. Esquema de simulación relativa del caso Deneing Asociados SL



Fuente: Elaboración propia.

Como ya habíamos mencionado anteriormente, resulta muy complicado en la práctica conseguir una prueba directa que acredite la existencia de simulación por lo que la decisión que adopte el órgano jurisdiccional, en uno u otro sentido, se va a basar en indicios que, en cualquier caso y con base en el artículo 108.2 LGT, han de guardar relación directa y precisa con el hecho que se va a dar por demostrado. En el caso concreto, los indicios que han sido tomados en consideración por el Tribunal son los siguientes:

- El domicilio social de Deneing coincide con el domicilio fiscal de D. Esteban.
- Todos los ingresos que percibe Deneing proceden de las cantidades facturadas a Loesche, sin que se perciba cantidad alguna por prestar servicios de odontología.
- Los rendimientos de trabajo personal imputados a Deneing proceden tanto de D. Esteban como de D^a. Alejandra que en la declaración del IRPF de 2007 no reflejó ningún ingreso procedente de su actividad profesional pero sí en 2008 y 2009 cuando pasa a tener una empleada bajo su dependencia.
- Las cantidades percibidas por D. Esteban en concepto de sueldo por parte de Deneing no son comparables con las cantidades que ésta percibe de Loesche por los servicios contratados y prestados por D. Esteban, siendo lo que percibe D. Esteban de una cuantía sustancialmente inferior.
- No se computaron ingresos procedentes de la actividad de odontología, pero sí gastos derivados de la misma, así como otros gastos de restauración, hostelería o viajes, no afectos a ninguna de las actividades empresariales desempeñadas.
- El contrato formalizado entre las dos entidades incluye una cláusula de exclusividad en virtud de la cual Deneing se encargará, con dedicación exclusiva, de prestar los servicios comerciales, de dirección y de gestión de proyectos. Servicios que específicamente habrán de ser prestados por D. Esteban.

A partir de estos indicios y tomando en consideración la reiterada jurisprudencia tanto del TS como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE),

el TSJ da la razón a la Inspección y considera suficientemente acreditada la existencia de simulación en los periodos objeto de comprobación con la finalidad de obtener una reducción en la carga fiscal.

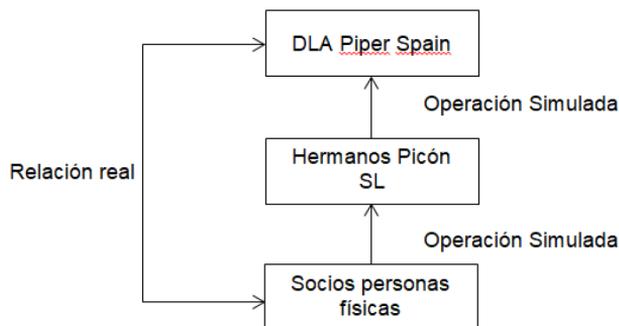
En particular, dice el TSJ, bajo la apariencia de una relación laboral entre D. Esteban y Deneing (considerada ahora como una sociedad interpuesta) y de ejercicio de una actividad empresarial por parte de esta última a Loesche, se oculta que la actividad, *a priori* prestada por Deneing, es realmente prestada por D. Esteban en virtud de la obligación de carácter personalísimo que ha asumido y que podría *–debería–* haber sido concertada directamente por Loesche con éste. En ese entramado, Deneing se limita a cobrar las facturas derivadas de los servicios prestados por D. Esteban, sin añadir valor alguno a éstos.

– Caso «*Hermanos Picón Torralba Consultores S.L.*»⁽²⁹⁾»

La sociedad «*Hermanos Picón Torralba Consultores SL*» es una sociedad dedicada a la prestación de servicios jurídicos que factura por los mismos a las sociedades DLA Piper Spain SL y Squire Sanders Patentes y Marcas, habiendo sido esta última absorbida por la primera, con asunción de su personal, en 2006. Los mencionados servicios jurídicos son prestados a DLA por los socios de Hermanos Picón que, a su vez, son socios profesionales de DLA.

En este contexto, la Inspección consideró que estábamos ante un supuesto de simulación relativa que respondía al esquema representado en el Gráfico 4.3.

Gráfico 4.3. Esquema de simulación relativa del caso Hermanos Picón



Fuente: Elaboración propia.

En el caso concreto, el TSJ dio por probados los siguientes indicios:

- Los medios materiales y humanos con los que cuenta Hermanos Picón no son acordes con la prestación de servicios jurídicos, pues entre los primeros

(29) *Vid.*, entre otras, STSJ de Madrid de 25 de enero (rec. n.º 1001/2013), de 26 de enero (rec. n.º 938/2013 y 1007/2013), de 27 de enero (rec. n.º 1011/2013), de 2 de febrero (rec. n.º 1003/2013), de 9 de febrero (rec. n.º 1008/2013) y de 2 de marzo de 2016 (rec. n.º 1219/2013).

se incluyen la vivienda, muebles y enseres del socio persona física, y entre los medios personales se hayan el chofer, un profesional de reforma de su vivienda y dos letradas respecto de las que no se prueba que presten servicios jurídicos a DLA.

En cambio, DLA sí proporciona a los socios profesionales la infraestructura necesaria para prestar estos servicios, contando con la autonomía y capacidad suficiente para gestionarlos y organizarlos.

- Los socios de Hermanos Picón son administradores solidarios y socios de DLA con quien alcanzaron un pacto de exclusividad en virtud del cual, para poder prestar servicios jurídicos a terceros, necesitaban acuerdo expreso de la Junta.
- Existe una relación directa entre los socios y DLA, sin que se haga mención de la sociedad intermedia en la prensa especializada o en Internet, por lo que, públicamente, los socios profesionales –no Hermanos Picón SL– son quienes prestan servicios para DLA.
- No se aportan pruebas respecto a gastos de oficina o gastos de obtención de licencia de apertura de Hermanos Picón SL.

El TSJ no niega la posibilidad, expresamente prevista en el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía Española, de que varios profesionales puedan constituir una sociedad mercantil para prestar servicios de abogacía. Sin perjuicio de ello, y con base en los indicios enumerados, considera que estamos ante un supuesto de simulación relativa al entender que los servicios jurídicos son prestados no por la sociedad Hermanos Picón sino por sus socios personas físicas y que, bajo la apariencia (hecho simulado) de una operación de prestación de servicios profesionales de una sociedad a otra, se oculta aquella realidad, siendo la sociedad Hermanos Picón un mero instrumento interpuesto.

Por lo que respecta a cuál es la ventaja fiscal obtenida, el TSJ –que reproduce lo manifestado por la Inspección– entiende que se produce un remansamiento de rentas como consecuencia del menor tipo de gravamen aplicable cuando se tributa a través del IS que cuando se hace a través del IRPF. Ello es así porque, de un lado, se deducen en sede de la sociedad gastos que no están relacionados con la actividad profesional desempeñada por el socio y, de otro lado, la sociedad intermedia remunera a sus socios profesionales en una cuantía muy inferior a la realmente facturada a los clientes de DLA por esos mismos servicios.

De los pronunciamientos del TSJ de Madrid examinados así como de los contenidos en las resoluciones de otros casos, como el caso «ACCB», podemos extraer cuál es la postura que este tribunal viene manteniendo en cuanto a validez de las sociedades profesionales interpuestas, postura que se puede resumir en el siguiente extracto: *«la interposición de las sociedades para facturar y cobrar los servicios que el profesional desarrolla para la sociedad profesional constituye una actuación que carece de causa dentro de la relación de servicios profesionales que existe entre la sociedad profesional y los profesionales de la misma, pues con ello sólo se pretende que las sociedades facturen unos*

servicios que realmente no prestan» (STSJ de Madrid de 28 de enero de 2015, rec. n.º 1496/2012).

En definitiva, el Tribunal tiende a apreciar la existencia de simulación en la constitución de sociedades profesionales intermedias cuando concurren determinadas circunstancias que se conciben como indicios, sin olvidar que cada caso concreto presenta sus propias particularidades que pueden ayudar a la Inspección y al TSJ a reforzar su posición o, por el contrario, desvirtuar la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, hay una serie de circunstancias que suelen estar presentes en la generalidad de los supuestos tales como la ausencia de medios materiales y humanos en la sociedad interpuesta, el hecho de que las cantidades percibidas por el socio por parte de la sociedad interpuesta en concepto de rendimientos de trabajo personal sean muy inferiores a las cantidades facturadas al cliente final por esos servicios así como la deducción, en sede de la sociedad interpuesta, de gastos no afectos a las actividades profesionales desempeñadas.

Una vez examinadas algunas de las resoluciones del TSJ de Madrid, vamos a pasar a estudiar cuál es la postura mantenida por el TSJ de Murcia y para ello analizaremos el caso de la sociedad «*Alcabala Asesores Tributarios S.L.*»⁽³⁰⁾.

Alcabala Asesores Tributarios S.L es un despacho profesional dedicado al asesoramiento jurídico, tributario y contable que fue constituido en el año 2006 por D. Ambrosio y D. Fidel, padre e hijo, dedicados ambos al ejercicio profesional de las actividades de asesoramiento junto con otros profesionales, socios o no del despacho. Un año más tarde, en 2007, ante el mismo notario y el mismo día, padre e hijo constituyen dos sociedades, Fepabealmi SL y Plazas & Jiménez Consultores S.L, transmitiendo las participaciones sociales de Alcabala a ambas sociedades. A partir de ese momento, los socios profesionales dejan de prestar servicios al despacho de forma directa y personalísima para pasar a facturar por esos servicios a través de las sociedades intermedias, con la consiguiente reducción de la carga tributaria.

A la luz de las comprobaciones efectuadas, la Inspección califica las sociedades como sociedades interpuestas por entender que carecen de los medios humanos y materiales necesarios para prestar los servicios de asesoramiento y que, en realidad, padre e hijo habían creado una estructura societaria falsa y aparente para ocultar la realidad que no era otra que la prestación de los servicios no por las sociedades intermedias sino por los socios profesionales de forma personalísima. Es decir, entendió que se trataba de un supuesto de simulación relativa en base a una serie de indicios, entre los que destacamos:

- El padre es el único profesional contratado por Fepabealmi. De hecho, durante el ejercicio económico objeto de comprobación, solo se había producido una

(30) *Vid.*, entre otras, STSJ de Murcia de 26 de enero (rec. n.º 294/2011), de 30 de enero (rec. n.º 306/2011, 309/2011 y 305/2011), de 6 de febrero (rec. n.º 287/2011 y 308/2011) y de 23 de marzo de 2015 (rec. n.º 290/2011).

prestación de servicios que habían sido prestados de forma personalísima por aquel.

- El único cliente del despacho Alcabala es Fepabealmi.
- Fepabealmi carece de medios materiales y humanos para la prestación de servicios de asesoramiento distintos a los de Alcabala, salvo una moto, sin que conste que el resto de los socios (que son los hijos y cónyuge del padre) hayan prestado servicios.

Se trata, por tanto, de indicios sustancialmente iguales a los que se apreciaban en los supuestos anteriores de los que conoció el TSJ de Madrid y que llevaban a éste a considerar que existía simulación. En cambio, para el TSJ de Murcia no estamos ante un supuesto de simulación sino ante una prestación de servicios auténtica y lícita, respondiendo la constitución de sendas sociedades intermedias al ejercicio legítimo de la economía de opción.

Antes de entrar a examinar los argumentos de este órgano jurisdiccional, hemos de realizar un inciso que resulta relevante para comprender su postura: tal como se recoge en los antecedentes de hecho, las sociedades intermedias cumplieron con sus obligaciones tributarias al tributar por el beneficio obtenido a través del IS, repartiendo el remanente vía dividendos y, por tanto, sin que se produjese un remansamiento de rentas como ocurría en los casos anteriores. Las sociedades practicaron también las correspondientes retenciones sobre los rendimientos de capital percibidos por los socios profesionales, retención que fue ingresada por dichas sociedades y declarada por padre e hijo en el IRPF.

En su argumentación, el TSJ de Murcia realizó un repaso por la jurisprudencia tanto del TS como del TJUE, al igual que realizaba también el TSJ de Madrid, haciendo especial hincapié en el reconocimiento del TJUE de la licitud de las economías de opción siempre que ello «no conlleve forzar la norma y traicionar su espíritu» y recordando que, tal como se dispuso en la sentencia «Halifax» (STJUE de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02), para que se entienda que estamos ante una práctica abusiva es necesario que se acredite la obtención de una ventaja fiscal contraria a la finalidad de la norma que, en el caso concreto, se entienda infringida.

A la vista de las circunstancias, el Tribunal rechaza la existencia de simulación al entender que no se cumplen los requisitos que vienen siendo exigidos por la ley y por la jurisprudencia para poder calificar una operación como simulada. En particular, dice el TSJ, ni la finalidad esencial perseguida con la constitución de las sociedades intermedias es obtener una ventaja fiscal ni se aprecia que su constitución persiga obtener una ventaja fiscal contraria al objetivo y finalidad de la normativa del IVA.

En su argumentación, el TSJ entiende que no existe ninguna norma ni ningún principio que obligue a los sujetos a organizar las actividades económicas que desarrollan de la forma más conveniente para la Agencia Tributaria, sino que el contribuyente podrá, en uso de la economía de opción, elegir aquella alternativa que le resulte más rentable. Partiendo de aquí, recuerda el TSJ que la ley permite que los servicios profesionales se presten a través de personas jurídicas con más o menos recursos materiales y humanos y, en particular, configura tales medios como

accesorios de la actividad desarrollada cuando ésta consista en el asesoramiento, captación de clientes, consultoría, etc. pues este tipo de servicios pueden ser prestados únicamente con el conocimiento de que dispone el profesional, sin que de ello se derive que estemos ante una sociedad simulada.

Conectando esto con el carácter personalísimo de los servicios prestados, concluye el tribunal que *«un despacho profesional puede contratar con una sociedad profesional para la ejecución de una prestación personalísima, que necesariamente haya de ser realizada por una persona física determinada (pues) el carácter personalísimo se predica del sujeto que ejecuta materialmente la prestación, siendo compatible con la organización jurídica de la relación a través de una sociedad profesional»*.

B. La Audiencia Nacional

La posición de la AN es particular en estos casos, pues pese a que se trata de un órgano único, que ejerce su jurisdicción en todo el territorio estatal, está integrada por distintas Salas y, por lo general, cada una de ellas se divide, a su vez, en distintas Secciones. Cada una de esas Secciones opera como si fuese, en cierto modo, un órgano jurisdiccional autónomo, algo que se ha puesto de manifiesto en nuestro ámbito y que justifica que nos encontremos con sentencias de la AN en las que se mantienen posiciones contrarias. Sin perjuicio de ello, en la mayoría de los casos nos encontramos con que la AN termina declarando la simulación de la operación, como ocurre en el caso «Partisu». No obstante, en relación con el caso «Ramón y Cajal Abogados», la AN dictó dos resoluciones, de 26 de marzo y 18 de abril de 2012, que resultan de gran interés y en las que se declara la inexistencia de simulación. Vamos a proceder al análisis de ambos casos.

– Caso «Partisu»⁽³¹⁾

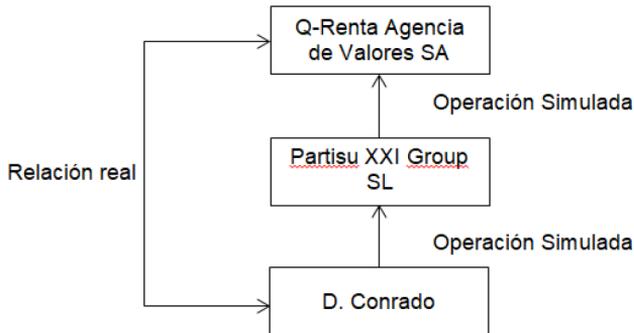
La sociedad Partisu XXI Group SL había celebrado con la entidad Q-Renta Agencia de Valores SA un contrato de prestación de servicios en virtud del cual la primera prestaría a la segunda servicios como Agente Representante, servicios que materialmente fueron prestados por D. Conrado que dirige ambas sociedades, es socio único de Partisu y socio de Q-Renta junto con Joholding 2006 SL en un 60%, ostentando ambos el cargo de consejero delegado.

Tras realizar las comprobaciones oportunas de los ejercicios 2007 y 2008, la Inspección declara la operación como operación simulada (Gráfico 4.4) entendiendo que Partisu carece de la estructura empresarial necesaria para prestar los servicios facturados a Q-Renta, entidad que retribuye por dos vías diferentes a D. Conrado: le abona directamente su salario como consejero y, a través de la sociedad intermedia, le abona el salario correspondiente por sus servicios como agente representante.

(31) Vid., entre otras, SAN de 16 de diciembre de 2015(rec. n.º 211/2014, de 9 de marzo (rec. n.º 212/2014) y de 27 de octubre de 2016(rec. n.º 197/2014).

Por tanto, Q-Renta abona a D. Conrado la totalidad de su salario, pero lo hace de dos modos diferentes con la finalidad, entiende la Inspección, de reducir la carga tributaria de D. Conrado en el IRPF y eludir el pago de las retenciones del IRPF que correspondería efectuar a Q-Renta.

Gráfico 4.4. Esquema de simulación relativa del caso Deneing Asociados SL



Fuente: Elaboración propia.

Los indicios en los que se basa la Inspección son, en síntesis, los siguientes:

- Coincidencia en un mismo sujeto, D. Conrado, de la condición de agente y de consejero delegado, lo que determina la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad que caracterizan a la relación laboral toda vez que D. Conrado, como agente, tendrá que actuar de conformidad con lo instruido por el empresario, él mismo, sin que pueda organizarse como agente por cuenta propia. De hecho, entre los gastos computados por Partisu no hay partida alguna que se corresponda con los ingresos que percibe de la entidad Q-Renta.
- Se imputan como gastos deducibles de Partisu, fundamentalmente, gastos derivados de la vivienda de D. Conrado y vehículos de turismo, esto es, gastos no afectos a la actividad económica.
- La facturación de Partisu y Joholding a Q-Renta difiere sustancialmente de la facturación del resto de agentes de esta última tanto en la forma como en la cantidad, siendo tales diferencias claramente más favorables para Partisu y Joholding. De hecho, considera la Inspección que la retribución es muy similar a la que se correspondería con un salario por trabajo personal.

La AN se remite al caso Sagardoy Abogados (SAN de 29 de abril de 2015, rec. n.º 3151/2012) en el que la AN desvirtúa las razones aducidas por los afectados para justificar la constitución de sociedades intermedias entre el despacho y los socios, disponiendo el tribunal que se había producido una confusión de medios entre el despacho y las sociedades interpuestas, coincidiendo los socios, el domicilio, el sistema informático, el sistema de facturación, etc., sin que pueda haber, entiende

la AN, razón alguna que justifique la interposición de una sociedad que no reporta ningún valor añadido a los servicios prestados.

En base a todo ello, la AN ratifica la calificación de simulación llevada a cabo por la Inspección –posición mantenida por el TEAC– al entender que Partisu es una «estructura meramente aparente y que no resulta coherente con las elevadas cantidades que se facturan» y aclara que la simulación no implica necesariamente una ocultación de los hechos llevados a cabo sino de su verdadera naturaleza como ocurría en el caso examinado.

– Caso «Ramón y Cajal Abogados⁽³²⁾»

El gran interés que suscitó el caso del despacho Ramón y Cajal y la remisión que muchos tribunales siguen realizando a esas resoluciones justifica que tengamos que analizar la postura mantenida por la AN en una problemática que ya se remonta al año 2012. De hecho, este ha sido el caso que ha llegado recientemente en casación al TS (Auto de 10 de mayo de 2018, rec. n.º 6108/2017).

El despacho de abogados Ramón y Cajal incluyó en la cuenta de pérdidas y ganancias gastos derivados del pago de las facturas que había recibido por parte de dos sociedades pertenecientes a los socios del despacho. Es decir, como ya ocurría en los casos anteriores, algunos de los socios del despacho constituyeron sociedades a través de las cuales facturaban al despacho por los servicios prestados a los clientes de éste. La Inspección entiende que, efectivamente, esos gastos eran fiscalmente deducibles para el despacho, pero los recalifica y entiende que en lugar de ser gastos derivados de facturas emitidas por personas jurídicas se trataba de gastos derivados de las actividades profesionales efectuadas por las personas físicas, es decir, levanta el velo y atribuye las facturas a los socios personas físicas al entender que han sido éstos los que han prestado los servicios facturados.

No obstante, este caso presenta unas características especiales respecto a otros examinados anteriormente que resultan determinantes de la decisión adoptada por la AN. Por una parte, la AN destaca que las sociedades que fueron calificadas por la Inspección como interpuestas se habían constituido en 1986 y 1988, años en los que aún estaba vigente el régimen de transparencia fiscal interna. Es por ello por lo que entiende la AN que no se trata de sociedades constituidas para aprovechar las ventajas que ofrece la LSP, que entró en vigor en 2007, 20 años después de su constitución.

Además, el despacho de abogados y las sociedades de sus socios habían sido ya objeto de inspección durante los años en que estuvo vigente el mencionado régimen, sin que se detectase la existencia de simulación alguna.

Por otra parte, los sujetos afectados hicieron constar en su momento ante la AEAT cuáles habían sido las razones que justificaban la constitución de tales sociedades, entre las que se encontraban la separación de la actividad de la sociedad y la de los socios, el mantenimiento de una estructura flexible de capital que permita la entrada

(32) Vid., entre otras, SAN de 26 de marzo (rec. n.º 28/2011) y de 18 de abril de 2012 (rec. n.º 819/2009).

y salida de nuevos socios o la creación de un centro de imputación de derechos y obligaciones y responsabilidad separado de las personas de los socios, razones que no fueron valoradas por la Inspección que, en palabras de la AN, «no ha razonado ni alega la ilicitud o ilegalidad de tales justificaciones».

En base a lo expuesto, la AN niega la existencia de simulación por dos razones: de un lado, porque la Administración, sobre la que recae la carga de la prueba, no ha conseguido probar suficientemente la simulación y, de otro lado, en base a la jurisprudencia del TJUE, entiende la AN –como entendía también el TSJ de Murcia– que «no se aprecia que se hayan constituido las sociedades reiteradamente mencionadas para obtener una ventaja fiscal contraria al objetivo y finalidad de la ley del IVA, ni resulta del conjunto de los elementos objetivos concurrentes que la finalidad esencial de las operaciones litigiosas sea la de obtener una ventaja fiscal».

Por tanto, la AN descarta la existencia de simulación admitiendo la licitud de las razones aducidas por las sociedades implicadas sin entrar a valorar la existencia o no de medios materiales y humanos en las sociedades intermedias, basando su argumentación en la falta de prueba –o prueba insuficiente– por parte de la Inspección así como en el hecho de que las sociedades hubiesen estado sometidas al régimen de transparencia fiscal interna sin que durante la vigencia de ese régimen se hubiese apreciado operación simulada alguna en la estructura societaria constituida.

2.3. Consecuencias de la declaración de simulación

Una vez que la Inspección declara la simulación en el correspondiente acto de liquidación, se procede a regularizar la situación tributaria de los socios profesionales, exigiéndoles los correspondientes intereses de demora y, en su caso, la sanción que corresponda (artículo 16.3 LGT).

Lo primero que hay que tener en cuenta es que, tal como recoge la LGT en su artículo 16.1, «el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes». En este punto es necesario traer a colación las Notas 9/09 y 10/09 que se centran en la regularización de este tipo de operaciones, regularización que se llevará a cabo en sede del IRPF, del IS y del IVA.

Comenzando por la regularización de las retenciones no practicadas por la sociedad profesional, el artículo 99.5 LIRPF dispone que «cuando la retención no se hubiera practicado o lo hubiera sido por un importe inferior al debido, por causa imputable exclusivamente al retenedor u obligado a ingresar a cuenta, el perceptor deducirá de la cuota la cantidad que debió ser retenida». De acuerdo con su tenor literal, el perceptor (el socio profesional) no se vería perjudicado por la retención no practicada por el retenedor (la sociedad profesional en sentido estricto) cuando esa falta de retención se debiese a una causa imputable *exclusivamente* al retenedor.

Partiendo de aquí, en la Nota 10/09, la AEAT prevé, como regla general, la posibilidad de que el socio se deduzca el importe de la retención no practicada. No obstante, en aquellos casos en que, en palabras de la Subdirección, se aprecie una «connivencia

entre retenedor y retenido» que buscan defraudar la obligación principal, no se cumple lo previsto en el artículo 99.5 LIRPF y, a *sensu contrario*, no podría el socio profesional deducirse la retención que debía haberse practicado, pero no se practicó.

Respecto a la regularización del IRPF del socio profesional y del IS de la sociedad interpuesta, aquellos rendimientos que la sociedad profesional abonó a la sociedad interpuesta con ocasión de los servicios prestados por el socio profesional se atribuirán a este último, con las consiguientes devoluciones que habrán de practicarse en sede del IS para evitar la doble imposición de tales rentas. En esa operación habrán de realizarse los ajustes correspondientes respecto de aquellos gastos que fueron deducidos en sede de la sociedad pero que en aplicación de la normativa del IRPF no pueden tener tal consideración⁽³³⁾.

Por otro lado, en la Nota 9/09, la AEAT detalla la regularización del IVA que es preciso efectuar una vez declarada la simulación. La idea de la que parte la Subdirección General es la de que no ha sido la sociedad intermedia la que ha prestado los servicios profesionales sino el socio persona física. A partir de aquí, la regularización gira en torno a tres pilares: las cantidades repercutidas indebidamente por la sociedad interpuesta sobre la sociedad profesional, las cantidades deducidas de forma indebida en concepto de IVA soportado por la sociedad interpuesta, así como las cantidades no liquidadas por el socio profesional en concepto de IVA.

Respecto a las cuotas que indebidamente fueron repercutidas por la sociedad interpuesta y, correlativamente, soportadas por la sociedad profesional, se le reconoce a esta última el derecho a que se le devuelvan las cantidades indebidamente soportadas junto con los intereses de demora devengados desde que se presentó la autoliquidación del IVA en que se consignaron las mencionadas cuotas hasta la liquidación en la que se regulariza la situación, siempre y cuando cumpla los requisitos exigidos por la normativa tributaria⁽³⁴⁾.

Por lo que se refiere a las cuotas deducidas por la sociedad interpuesta en concepto de IVA soportado con ocasión de las adquisiciones e importaciones de bienes y servicios destinados a su consumo particular, la AEAT niega el derecho de la sociedad interpuesta a efectuar tal deducción y, a tal efecto, exige el ingreso de las cantidades indebidamente deducidas.

Por otra parte, la Administración fundamenta la regularización a efectuar en sede del socio en los principios de igualdad de trato y de neutralidad que rigen a nivel comunitario y en virtud de los cuales, tal como se recuerda en la Nota 9/09, *«los empresarios o profesionales que desarrollen la misma actividad económica deben soportar la misma carga fiscal en relación al IVA»*. Partiendo de aquí, se previó la

(33) *Vid.*, Alonso González, L.M. *Sociedades profesionales interpuestas. Problemática fiscal y penal*, op. cit. pp. 34-35.

(34) *Vid.*, al respecto el artículo 14.2 c) del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa.

posibilidad de que el socio profesional repercuta el IVA que hubiera sido liquidado a la sociedad profesional, soportando la misma carga fiscal que la que habría soportado si desde el principio hubiese sido él –y no la sociedad interpuesta– quien hubiese facturado a la sociedad profesional.

Continuando con las consecuencias derivadas de la declaración de simulación, otra de las cuestiones que ha resultado más controvertida es la relativa a la posibilidad de imponer sanciones que está prevista en el artículo 16 LGT. No existe unanimidad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia en torno a si la declaración de simulación va a acarrear, en todo caso, la imposición de una sanción. Por lo general, los tribunales entienden que la existencia de simulación implica necesariamente que ha habido una ocultación y, por tanto, que estamos ante una conducta sancionable⁽³⁵⁾. No obstante, el TS se ha pronunciado al respecto en varias ocasiones, confirmando la existencia de simulación pero denegando la posibilidad de imponer sanción por entender que no concurre el elemento subjetivo de la infracción tributaria, esto es, que no ha quedado suficientemente acreditada la culpabilidad del obligado tributario, culpabilidad que se viene vinculando a «*la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas fiscales aplicables*»⁽³⁶⁾. El Alto Tribunal considera que se trata de supuestos en los que se da una «*simple discrepancia de criterio interpretativo sobre una materia que ha requerido varios pronunciamientos administrativos para precisarla y ha sido objeto de sucesivas Leyes aclaratorias*»⁽³⁷⁾.

En sede de la AN, hemos de traer a colación el caso «Partisu» examinado anteriormente, en el que el Tribunal ratificó la calificación de simulación llevada a cabo por la Inspección, pero desestimó el recurso en lo relativo al acuerdo sancionador por entender que la simulación no acarrea necesariamente una ocultación de los hechos sino de su verdadera naturaleza.

Existen algunos autores que, en este punto, consideran que simulación y ocultación siempre van unidas y, precisamente por ello, entienden que la interposición de sociedades profesionales no es un supuesto de simulación dado que la sociedad interpuesta existe y tal existencia no se oculta a la Administración Tributaria pues la sociedad se inscribe en el registro correspondiente, se presentan las autoliquidaciones del IS y del IVA, etc.⁽³⁸⁾.

V. CONCLUSIONES

1. La constitución de una sociedad intermedia entre la sociedad profesional y el socio persona física a través de la cual este último factura por los servicios

(35) Vid., Ramírez Gómez, S. «La simulación en el ámbito tributario estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia reciente», *op. cit.* pp. 177-178.

(36) Vid., STS de 4 de noviembre de 2015(rec. n.º 100/2014).

(37) Vid., STS de 16 de diciembre de 2014(rec. n.º 3611/2013).

(38) Vid., Orena Domínguez, A. «La problemática tributaria de las sociedades profesionales», *op. cit.* p. 44.

prestados al cliente final es un asunto controvertido y polémico que, a día de hoy, no cuenta con una solución única y uniforme que proporcione a las actuaciones de los contribuyentes mayor seguridad jurídica, y que establezca los requisitos que habrán de cumplir tales sociedades para ser consideradas perfectamente lícitas.

2. Como hemos tenido ocasión de examinar a lo largo de nuestro trabajo, se trata de una materia en la que los órganos administrativos y judiciales cuentan con un amplio margen de actuación y de interpretación que da lugar a que, ante un mismo caso, la solución adoptada por unos u otros llegue a ser, en no pocos supuestos, totalmente contrapuesta. No debemos perder de vista que se trata de supuestos en los que la dificultad de obtener una prueba directa exige acudir a la prueba indiciaria, una prueba en la que la labor interpretativa del órgano jurisdiccional resulta determinante –más aún– de la decisión a adoptar, sobre todo en una materia tan poco acotada y delimitada por el legislador.

Por tanto, en un contexto como este, nos encontramos con que, sin perjuicio de que cada caso concreto presente sus propias particularidades y exija de un examen individualizado, en la generalidad de los supuestos concurren una serie de presupuestos comunes que, en función de quien esté conociendo, inclinarán la balanza a favor de una u otra decisión. En un ámbito de tal trascendencia, como es el tributario, esta flexibilidad, más que contribuir a adaptar la decisión a las circunstancias de cada caso concreto, podría dar lugar a resoluciones contradictorias de los órganos encargados de aplicar el Derecho.

3. La AEAT ha regularizado esta praxis a través de la simulación (artículo 16 LGT) acudiendo a indicios como el hecho de que las cantidades que percibe el socio por los servicios prestados son muy inferiores a las que percibe la sociedad intermedia por parte de la sociedad profesional por esos mismos servicios o la inclusión de una cláusula de exclusividad en el contrato que celebran ambas sociedades, todo ello para probar que la intermediación de una sociedad entre socio y sociedad no era real. La doctrina administrativa ha confirmado esta intromisión mientras que los órganos jurisdiccionales han mantenido posiciones diferentes.
4. Además de la simulación, la Administración también puede regularizar este tipo de situaciones a través de la responsabilidad subsidiaria del artículo 43.1, apartados g) y h) de la LGT. No obstante, en la práctica, la aplicación de esta figura se configura como último recurso al exigir la previa declaración de fallido del deudor principal y, en su caso, de los responsables solidarios. Tal declaración no siempre es posible, pues en la mayoría de los casos el sujeto que se configura como deudor principal (en este caso, la sociedad intermedia) es perfectamente solvente.

Es posible, también, regularizar esta praxis a través del fraude de ley, si bien lo cierto es que la Agencia Tributaria tiende a acudir antes a la figura de la

simulación fundamentalmente por rapidez y comodidad, pues en el caso de la simulación, no se precisa un informe favorable previo de una Comisión Consultiva.

5. En cualquier caso, existen supuestos en los que no se precisa de la aplicación de ninguna de las mencionadas figuras, al considerar lícita, válida y totalmente real la sociedad intermedia. Sin embargo, pese a ello, no siempre se va a considerar válida la valoración otorgada a las operaciones llevadas a cabo y, en la medida en que estemos ante una operación vinculada a la que no sea de aplicación la presunción del 18.6 LIS, la AEAT podrá comprobar y corregir el valor de aquellas cuando no se correspondan con su precio de mercado.
6. De lo expuesto se deduce la necesidad de que el legislador defina con mayor precisión qué operaciones, a efectos tributarios, habrán de ser consideradas lícitas cuando existe una sociedad profesional intermedia, sin perjuicio de que la necesidad de un análisis individualizado de las circunstancias concurrentes en cada caso exija que en esa regulación se deje un cierto margen de actuación a los órganos aplicadores del Derecho. Este margen, a día de hoy, lo consideramos demasiado amplio, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello supone para los contribuyentes, en la medida en que carecen de toda certeza respecto a si la sociedad profesional que han constituido, o que pretenden constituir, va a ser considerada válida o no. La elevada discrecionalidad de la que gozan órganos administrativos y judiciales impide a los contribuyentes tomar en consideración decisiones precedentes, que no tendrían carácter vinculante pero que podrían orientar sus decisiones en una u otra dirección.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES Y EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS⁽¹⁾

FUNDAMENTAL RIGHTS OF WORKERS AND THE CHALLENGES OF NEW TECHNOLOGIES

MARTA ORDÓÑEZ RIAÑO

Grado en Derecho

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR EN LA RELACIÓN LABORAL.
 - 1. **El marco constitucional español.**
 - 2. **El contexto internacional y supranacional europeo.**
 - 3. **El desarrollo legislativo de los derechos fundamentales. El estatuto de los trabajadores.**
 - 4. **Breve mención a ciertos derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores.**
- III. LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES.
 - 1. **La vigilancia electrónica.**
 - 1.1. La videovigilancia de los trabajadores en el centro de trabajo.
 - 1.2. El GPS.
 - 2. **El tratamiento automatizado de datos.**
 - 2.1. Los ficheros informáticos.
 - 2.2. El fichaje informático y la huella digital.
 - 3. **El control a través de equipos informáticos y de sus contenidos.**
 - 4. **El control de las redes sociales.**
- IV. CONCLUSIONES.

(1) Este estudio es una versión resumida del Trabajo Fin de Grado en Derecho de igual título dirigido por el Prof. Dr. Francisco J. Bastida Freijedo.

RESUMEN: Los trabajadores gozan de una serie de derechos fundamentales, que resultan limitados por los derechos y poderes del empresario. Asimismo, la introducción de las nuevas tecnologías en la relación laboral constituye un reto para garantizar los derechos de los trabajadores.

En primer lugar, se establece el marco normativo español de los derechos fundamentales de los trabajadores para, en segundo lugar, analizar la incidencia de cada nueva tecnología en tales derechos, partiendo de las soluciones decantadas jurisprudencialmente.

Como consecuencia de un intenso diálogo judicial se observa el necesario intento de encontrar un equilibrio entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los poderes empresariales en una relación laboral afectada profundamente por el nuevo contexto tecnológico.

Palabras clave: nuevas tecnologías, trabajadores, derechos fundamentales, jurisprudencia, TEDH

ABSTRACT: Workers are entitled to fundamental rights, which are limited by other rights and powers conferred on the employer. In working conditions new technologies are challenging the defence and protection of workers' rights.

First of all, it is introduced the Spanish constitutional framework of the fundamental rights of workers. Second, it is submitted the effect of new technologies on workers' fundamental rights. The analysis will be made according to the technologies and devices employed. Moreover, case law has been compulsory and crucial.

As a result, the judicial dialogue has remarked the need to strike a fair balance between workers' fundamental rights and the faculties and powers granted to the employer in a relationship deeply concerned by the new technological context.

Keywords: new technologies, workers, fundamental rights, case law, ECHR

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad está viviendo una completa transformación de la mano de las nuevas tecnologías. Pero, además, la digitalización, las herramientas informáticas han traspasado las barreras de la empresa, irrumpiendo en ella y provocando infinidad de cambios.

El empleo del ordenador como medio productivo es la tónica actual, pero, además, el correo electrónico, la geolocalización, incluso los *wearables*, ganan cada vez más presencia en el ámbito laboral. Las tecnologías se emplean como medios productivos por los trabajadores, pero también son utilizadas por el empresario para ejercitar sus poderes y facultades.

Así pues, las tecnologías pueden llegar a ser una amenaza para los derechos fundamentales de los trabajadores, surgiendo numerosos conflictos, todos ellos en torno a la posible vulneración de estos derechos fundamentales, lo que requiere una incesante búsqueda del equilibrio entre los derechos de trabajadores y los poderes del empresario.

En los últimos tiempos, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales ordinarios han resuelto en su jurisprudencia un abanico de controversias, que merecen atención. No obstante, es necesario establecer previamente el marco iusfundamental de la relación laboral.

Por ello, el objeto del presente trabajo es, primero, analizar el modo en que los derechos fundamentales operan en la relación laboral para, a continuación, constatar el impacto de cada una de las nuevas tecnologías en aquellos derechos, concretamente la videovigilancia, el GPS, el tratamiento automatizado de datos, el ordenador, el correo electrónico, así como las redes sociales.

El método seguido busca aunar aportaciones de las distintas fuentes, tanto jurisprudenciales como doctrinales. De esta manera se persigue conciliar ámbitos a priori dispares como son el Derecho Constitucional, el Derecho Laboral, incluso, el Derecho Internacional.

Se trata, en definitiva, de establecer un marco genérico de los derechos fundamentales de los trabajadores, dotado de notable estabilidad y reconocimiento normativo y jurisprudencial, para después, analizar el efecto disruptivo de las nuevas tecnologías en la relación laboral.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR EN LA RELACIÓN LABORAL

La relación laboral nace con motivo de la prestación de trabajo por una persona física, el trabajador, en el ámbito de organización y dirección de un tercero, el empleador o empresario⁽²⁾.

En esta relación jurídica *inter privatos* existe una desigual posición de las partes: el trabajador presta sus servicios bajo las instrucciones del empresario, subordinándose a él; además, tal prestación presenta carácter personalísimo⁽³⁾. La individualización de las relaciones laborales, las sucesivas reformas normativas que han contribuido al debilitamiento de las instituciones laborales, las nuevas formas de organización del trabajo y la irrupción de las nuevas tecnologías⁽⁴⁾ supone que cada vez resulte más relevante el papel de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral.

(2) Cuatro son las notas definitorias de trabajador asalariado en el ordenamiento jurídico español, que se extraen del art. 1.1 ET: voluntariedad, ajenidad, subordinación o dependencia jurídica y retribución. Así lo confirma reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, STS (Salo de lo Social), de 11 de marzo de 2005 (rec. n.º 2109/2004), FJ 3.

(3) Cfr: Sanguineti Raymond, W., «Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Foro Jurídico*, n.º 2, 2003, p. 222.

(4) Goñi Sein, J.L.: «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?», en AA.VV. *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca, Madrid, 2014, p. 18; Gutiérrez Pérez, M., *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, pp. 61-71.

1. El marco constitucional español

Es preciso partir de la Constitución, en tanto que norma suprema, junto con su interpretación por el Tribunal Constitucional, para analizar la operatividad de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral.

Empleando terminología laboralista, cabe clasificar tales derechos en dos grupos.

Por un lado, serán derechos «específicamente» laborales aquellos que tienen su origen en las relaciones entre trabajador y empresario, cuyo ejercicio solo cabe en el seno de las mismas. Así, el derecho a huelga y la libertad sindical reconocidos en el art. 28 CE.

Por otro lado, existen otros derechos fundamentales reconocidos a toda persona –o a todo ciudadano– susceptibles de ser ejercidos en el ámbito laboral por los trabajadores, adquiriendo así «un contenido o dimensión laboral sobrevenida»: son los derechos fundamentales «inespecíficos»⁽⁵⁾.

En cuanto a los derechos de contenido específicamente laboral, su eficacia en las relaciones laborales no se cuestiona. Sin embargo, sí cabe plantearse la eficacia horizontal de los derechos fundamentales inespecíficos, la *Drittwirkung*⁽⁶⁾, al no existir una cláusula expresa –sin que tampoco exista prohibición al respecto– en la Constitución Española declarando la aplicabilidad directa y la vinculación de los derechos fundamentales a los sujetos privados, como ocurre en Constituciones como la portuguesa⁽⁷⁾.

Por ello, el Tribunal Constitucional, ya desde sus primeras sentencias⁽⁸⁾ se pronunció afirmando la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas. Es preciso hacer referencia a las palabras del Alto Tribunal en la STC 88/1985, de 19 de julio(FJ 2), por la claridad con que sostiene la vigencia de la *Drittwirkung* en el ordenamiento jurídico español, al establecer que «el contrato

(5) Palomeque López, M.C., «Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos fundamentales inespecíficos», en SEMPERE NAVARRO (dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 229. Esta distinción entre derechos específicos e inespecíficos se le atribuye al mismo PALOMEQUE desde el prólogo para Rojas Rivero, G., *La libertad de expresión*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 7-9; siendo objeto de desarrollo posteriormente en diversas obras del mismo autor. También se han adoptado otras denominaciones en la doctrina como «ciudadanía en la empresa», Gutiérrez Pérez, M., *Ciudadanía...*, *op. cit.*, para dar nombre a los derechos laborales inespecíficos, pero es el término empleado por PALOMEQUE el que ha tenido mayor acogida.

(6) Sin ánimo de llevar a cabo una extensa exposición acerca de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es preciso recordar que el origen de la *Drittwirkung* se atribuye a NIPPERDEY; el Tribunal Constitucional Alemán también reconoció la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero desde la óptica de la eficacia indirecta, tal como recuerda Gutiérrez Pérez, M., *Ciudadanía...*, *op. cit.*, pp. 43-45.

(7) En el art. 18.1 de la Constitución de Portugal se recoge que los derechos constitucionales «son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a estas». *Vid.* Sanguineti Raymond, W., «Derechos fundamentales y...», *op. cit.*, p. 224; Aláez Corral, B., «La eficacia de los derechos fundamentales», AA.VV., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 189.

(8) Aunque en la STC 5/1981, de 13 de febrero, sentó ciertas dudas acerca de la eficacia horizontal, pronto quedó clara su postura afirmando la *Drittwirkung*. En este sentido la STC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 6.

de trabajo no implica en modo alguno la privación para [...] el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano», no siendo ajenas las empresas a los derechos y los valores superiores del Estado social y democrático de derecho. Ello ha servido de base para una infinidad de sentencias posteriores⁽⁹⁾, que han permitido que tal vigencia se dé por sentada.

Ahora bien, el mismo Tribunal Constitucional admite que tales derechos no son absolutos o ilimitados⁽¹⁰⁾, debiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes⁽¹¹⁾.

Además de «límites genéricos»⁽¹²⁾, los derechos fundamentales presentan límites adicionales o específicos al ser ejercidos en el seno de la relación laboral: el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE), reconocidos al empresario y que amparan su poder de dirección en sentido estricto, el *ius variandi* y el poder de vigilancia, control y sancionador⁽¹³⁾. Concretamente, fue en la STC 99/1994, de 11 de abril (FJ 4), donde el Tribunal Constitucional fijó las bases de la línea jurisprudencial actual⁽¹⁴⁾ al disponer que la inserción de la persona en una organización ajena modula los derechos fundamentales del trabajador, si bien únicamente en la medida imprescindible para el correcto y ordenado desarrollo de la actividad productiva, reflejo de los art. 38 y 33 CE.

Por ello, entre los derechos de trabajador y empresario, sus poderes, se fragua una serie de límites recíprocos⁽¹⁵⁾, de tal manera que para la resolución de esa colisión el Tribunal Constitucional aplica el principio de proporcionalidad⁽¹⁶⁾. A través del

(9) Entre ellas, SSTC 129/1989, de 17 de julio; 99/1994, de 11 de abril; 106/1996, de 12 de junio; 186/1996, de 25 de noviembre; 196/2004, de 15 de noviembre.

(10) STC 129/1989, de 17 de julio (FJ 3), tras reiterar lo dispuesto en STC 88/1985, de 19 de julio (FJ 2), recoge lo siguiente: «no por ello los derechos que la Constitución garantiza como ciudadano al trabajador constituyen un factor de alteración del entramado de derechos y obligaciones derivados de la relación laboral pues, [...], ya que no constituyen por sí mismos ilimitadas cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales».

(11) STC 186/2000, de 10 de julio. En este sentido SSTC 99/1994, de 11 de abril; 98/2000, de 10 de abril.

(12) SSTC 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 4; 181/2006, de 19 de junio, FJ 6. El análisis de los límites genéricos se lleva a cabo por el Tribunal Constitucional en primer plano y, una vez comprobado el respeto de los mismos, continúa con el análisis de los límites específicos, derivados de la relación laboral.

(13) Cfr. Fabregat Monfort, G., *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 18.

(14) El Tribunal Constitucional en las primeras sentencias, aludía a argumentos contractuales tales como la buena fe para resolver la controversia suscitada entre derechos fundamentales de los trabajadores y poderes empresariales. Vid. Goñi Sein, J.L.: «Los derechos fundamentales inespecíficos...», *op. cit.*, p. 47.

(15) STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 4. Aunque en la sentencia (FJ 4) se alude a la prevalencia de los derechos fundamentales, «no pretenden establecerse jerarquías, sino conjugar derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajusta más al sentido y finalidad que la Constitución señala (STC 320/1994)», tal como apuntan Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 42.

(16) Villaverde Menéndez, I., «Los límites de los derechos fundamentales», en AA.VV., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 146. Además,

triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁽¹⁷⁾ se valora si la medida empresarial limitadora de los derechos fundamentales es legítima, de tal manera que los derechos fundamentales de los trabajadores cedan ante los constitucionalmente reconocidos al empresario⁽¹⁸⁾.

2. El contexto internacional y supranacional europeo

Una vez sentado el marco constitucional español, es importante hacer referencia a los tratados y acuerdos internacionales, cuya finalidad es la homogenización de las disposiciones constitucionales con el entorno europeo o, incluso, internacional. Para ello existen dos vías en la Constitución española⁽¹⁹⁾: la primera vía, el art. 10.2 CE; la segunda, los art. 93 y siguientes del texto constitucional.

El art. 10.2 CE, dispone la necesaria interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos sobre la materia ratificados por España, sin que ello suponga ampliar el listado otorgando rango constitucional a los derechos internacionalmente reconocidos, ni imponer nuevos límites derivados de los mismos⁽²⁰⁾. Pero no solo se debe atender a tales instrumentos sino también a las interpretaciones de los tribunales internacionales. Así pues, el Convenio Europeo de Derechos Humanos junto con las sentencias del Tribunal Europeo presentan especial relevancia interpretativa, reconocida incluso por el propio Tribunal Constitucional⁽²¹⁾.

Por otro lado, el art. 93 CE ha permitido la incorporación del Derecho de la Unión al ordenamiento jurídico español. Cabe destacar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en tanto que Derecho originario, así como Directivas y

el TC apunta en STC 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 8, la necesidad de conciliar derechos fundamentales de los trabajadores (en ese caso concreto, libertad de expresión e información ejercidas en el marco de una acción sindical) con la «lícita protección de los intereses empresariales [...] de manera que las restricciones que hayan de aplicarse habrán de ser adecuadas, imprescindibles y proporcionales a la protección de la libertad de empresa».

(17) Cfr. SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 207/1996, de 16 de diciembre; 37/1998, de 17 de febrero.

(18) Si bien, algunos autores apuntan que la técnica para la solución de tales conflictos depende del tipo de derechos frente a los que se produzca la colisión. *Vid.*, Goñi Sein, J.L., «Los derechos fundamentales inespecíficos...», *op. cit.*, p. 46. Considera el autor que, en caso de derechos de contenido positivo, la jurisprudencia se sirve del juicio de ponderación, como en la STC 106/1996, de 12 de junio, relativa a la libertad de expresión; salvo que se intente resolver desde la perspectiva contractual, como en STC 6/1988, de 21 de enero. Sin embargo, para derechos de contenido limitativo o excluyente, se aplica el principio de proporcionalidad, como ocurre en STC 170/2013, de 7 de octubre; 29/2013, de 11 de febrero; 39/2016, de 3 de marzo; entre otras.

(19) Aláez Corral, B., «Globalización jurídica desde la perspectiva del Derecho Constitucional español», *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n.º 40, 2017, p. 261.

(20) STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.

(21) «La remisión que el art. 10.2 CE hace [...] autoriza y aun aconseja referirse para la búsqueda de estos criterios [*interpretativos de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas*] a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos» (STC 36/1984, de 14 de marzo, FJ 3).

Reglamentos de Derecho derivado, de contenido tanto genérico como, muy en menor medida, específico laboral, cuya interpretación por el TJUE es esencial.

El análisis se centra en estos instrumentos ya que son los únicos que cuentan con órganos jurisdiccionales específicos para la tutela de los derechos consagrados en tales textos internacionales, instaurándose entre aquellos un verdadero diálogo judicial.

3. El desarrollo legislativo de los derechos fundamentales. El estatuto de los trabajadores

Para cerrar el marco normativo español de los derechos fundamentales, es necesario atender a la regulación legal.

El Estatuto de los Trabajadores⁽²²⁾, que constituye el «epicentro» de las relaciones laborales en España, apenas contiene regulación acerca de los derechos fundamentales de los trabajadores, centrándose en regular los principales aspectos del contrato de trabajo⁽²³⁾. No obstante, ello no significa que no existan referencias a ciertos derechos fundamentales, principalmente a la intimidad y a la dignidad, pero en la mayoría de los casos son mencionados como límites a los poderes empresariales⁽²⁴⁾.

Del mismo modo, la regulación del ejercicio de estos derechos por convenio colectivo no tuvo gran éxito, con tan solo algunas referencias a modo de cláusula programática o en la tipificación de infracciones como faltas graves⁽²⁵⁾.

Esta situación normativa obliga a acudir a otras normas ajenas al ámbito laboral⁽²⁶⁾, en las que se lleva a cabo un desarrollo genérico de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, conduce a la interpretación tanto por los tribunales ordinarios como por el propio Tribunal Constitucional.

(22) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE n.º 255, de 24 de octubre de 2015).

(23) Vid. Gutiérrez Pérez, M., *Ciudadanía...*, op. cit., p. 105. Siguiendo a Villaverde Menéndez, I., «El legislador de los derechos fundamentales», AA.VV., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 168, podría deducirse que el ET, en cuanto que ley ordinaria y no ley orgánica, no podría establecer nuevos límites a los derechos fundamentales, sino que debería hacer uso de los límites que la CE hubiera previsto para el correspondiente derecho fundamental, limitando su regulación a aspectos formales, espaciales y temporales.

(24) A modo ilustrativo, el art. 20.3 ET recoge la dignidad como límite a los poderes de control y vigilancia del empresario.

(25) Al respecto, Sempere Navarro, A.V. y San Martín Mazzucconi, C., «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva», en AA.VV. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 273-328.

(26) Gutiérrez Pérez, M., *Ciudadanía...*, op. cit., p. 108.

4. Breve mención a ciertos derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores

El reconocimiento y la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales está profundamente asentado en el ordenamiento jurídico español. Ya con anterioridad a la aparición de las nuevas tecnologías la jurisprudencia referida a una variada casuística ponía de manifiesto el efecto irradiante de ciertos derechos fundamentales de los trabajadores. Cabe destacar, sin duda, los derechos a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), así como el derecho a la libertad de expresión (art.20.1 CE), cuyo contenido y ejercicio en el ámbito laboral se fueron concretando en sentencias tan relevantes del Tribunal Constitucional como la STC 99/1994, de 11 de abril; STC 114/1984, de 29 de noviembre y del TEDH en el *Caso Halford c. Reino Unido*⁽²⁷⁾ y en el *Caso Fuentes Bobo c. España*⁽²⁸⁾.

Ahora bien, el derecho a la protección de datos ha tenido mayor protagonismo en esta última década, a raíz de la irrupción de medios tecnológicos y a la necesidad de operar continuamente con datos.

Su consagración en el art. 18.4 CE, junto con el reconocimiento en el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como su desarrollo, primero en la ya derogada Directiva 95/46/CE –cuya trasposición había dado lugar a la LO 15/1999, de 13 de diciembre(LOPD)– y, actualmente, por el vigente Reglamento general de protección de datos, está resultando providencial para garantizar el ejercicio de los derechos de los trabajadores ante los nuevos desafíos tecnológicos.

Es importante tener presente una de las novedades más relevantes que el Reglamento general de protección de datos incorpora. El art. 88, bajo la rúbrica «Tratamiento en el ámbito laboral», abre la vía a una regulación específica del derecho a la protección de datos por los Estados miembros en el seno de las relaciones laborales, bien a través de ley o bien por convenio colectivo.

III. LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES

Las nuevas tecnologías suponen un riesgo adicional al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, así como una mayor posibilidad de vulneración. De ahí la relevancia de su estudio y la sistematización de la influencia de las mismas sobre los diferentes derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral. Precisamente esa es la razón por la que el presente trabajo se aborda desde el punto de vista del impacto que supone la incorporación de nuevas tecnologías sobre los derechos fundamentales de los trabajadores y no desde la otra perspectiva, que sería la de los derechos fundamentales afectados por las nuevas tecnologías.

(27) STEDH. *Caso Halford c. Reino Unido*, 25 de junio de 1997, (rec. n.º 20605/92).

(28) STEDH (Sección Cuarta). *Caso Fuentes Bobo c. España*, 29 de febrero de 2000 (rec. n.º 39292/98)

Por un lado, las nuevas tecnologías son empleadas por el empresario para ejercer sus poderes, tanto ordinarios como de control y vigilancia, que le han sido conferidos por el Estatuto de los Trabajadores, derivados de los arts. 38 y 33 CE. Por otro lado, los nuevos medios tecnológicos, sobre todo el ordenador y el correo electrónico, también son utilizados como medios productivos, para desarrollar la prestación laboral. No obstante, a veces son usadas por los trabajadores con fines personales, siendo aun así susceptibles de control empresarial.

A falta de regulación expresa, el análisis de la problemática que ha ido surgiendo con el empleo de las nuevas tecnologías en la relación laboral se ha desarrollado a raíz de la casuística resuelta jurisprudencialmente, fundamentalmente desde la óptica de la jurisprudencia constitucional, pero también del TEDH y los tribunales ordinarios⁽²⁹⁾.

Los medios de videovigilancia electrónica, tanto las cámaras de videovigilancia como el GPS, son los primeros en analizarse, seguidos del tratamiento automatizado de datos y el fichaje informático a través de huella. En tercer lugar, el control empresarial de los equipos informáticos y sus contenidos es objeto de examen para, finalmente, concluir con la incidencia de las redes sociales en las relaciones laborales.

1. La vigilancia electrónica

La vigilancia electrónica se aplica a través de cámaras de videovigilancia instaladas en el centro de trabajo, pero la supervisión se ha extendido también a los trabajadores itinerantes a través del empleo de la geolocalización. Mediante la vigilancia electrónica, el empresario ejerce los poderes de control conferidos por el art. 20.3 ET. No obstante, estas medidas empresariales podrían vulnerar el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y el derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE). Es importante tener en cuenta el desarrollo de tales derechos por el legislador orgánico español como por la nueva regulación europea. Todo ello sin olvidar, por supuesto, el reconocimiento de tales derechos en el art. 8 CEDH.

1.1. La videovigilancia de los trabajadores en el centro de trabajo

La videovigilancia, definida por la Real Academia Española como «vigilancia por medio de un sistema de cámaras, fijas o móviles»⁽³⁰⁾, permite grabar y captar en un soporte físico imágenes y, en lo que aquí interesa, la imagen personal.

En materia de videovigilancia, el criterio que el Tribunal Constitucional emplea en el análisis de la posible vulneración del derecho a la intimidad es en todas las sentencias –SSTC 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio; 39/2016, de 3

(29) El TJUE apenas ha resuelto casos en materia laboral y su jurisprudencia, muy avanzada, se ha dedicado al desarrollo y a los límites del derecho a la protección de datos personales en un contexto tecnológico.

(30) Real Academia Española, Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=videovigilancia>. Consultado el día 23 de mayo de 2018.

de marzo— el mismo: el principio de proporcionalidad, valorando así la legitimidad de la medida empresarial. No obstante, el resultado difiere en función de la finalidad del control, la motivación, el ámbito y el tiempo durante el que se emplea.

En cuanto al derecho a la protección de datos, el Tribunal Constitucional en STC 39/2016, de 3 de marzo, cambió de criterio respecto a la STC 29/2013, de 11 de febrero. A juicio del Tribunal Constitucional, el derecho a la protección de datos no se vulnera cuando el empresario cumple el deber de información, para lo cual basta con incluir un distintivo informativo en el escaparate, tal y como establecía la Instrucción 1/2006, de la AEPD. Esta última doctrina del Tribunal Constitucional es la que ha ido calando en los pronunciamientos más recientes de los tribunales ordinarios⁽³¹⁾.

No obstante, la STEDH en el *Caso López Ribalda y otros c. España*⁽³²⁾ supuso un cambio trascendental. El caso era muy similar al de STC 39/2016, sin embargo, el TEDH considera que el empresario no cumplió el deber de informar a los interesados de modo expreso, preciso e inequívoco, por lo que los trabajadores tenían una expectativa razonable de privacidad. Además, a juicio del TEDH, la medida no fue proporcionada por prolongarse temporalmente en exceso, por basarse en una sospecha genérica sobre todo el personal y por haber podido emplear medios menos intrusivos.

Así pues, el deber de información es uno de los argumentos principales de la *ratio decidendi*. El endurecimiento de este deber en el Reglamento general de protección de datos, directamente aplicable desde el día 25 de mayo de 2018, unido a la interpretación del TEDH en el *Caso López Ribalda y otros c. España*, parece posible que próximamente y a expensas de lo resuelva la Gran Sala del TEDH, cambie la doctrina del Tribunal Constitucional, exigiendo más garantías en cuanto al deber de información.

No obstante, a medio plazo, podría aprobarse una nueva LOPD que podría incluir regulación concreta acerca de la videovigilancia⁽³³⁾.

(31) SSTS (Sala de lo Social) de 1 de febrero de 2017 (rec. n.º 3262/2015); de 2 de febrero de 2017 (rec. n.º 554/2016). En ambas, el Tribunal Supremo reproduce varios fragmentos de la STC 39/2016, de 3 de marzo, para argumentar en casos sustancialmente similares la validez de la prueba de reproducción de imagen denegada en la instancia precedente.

(32) TEDH (Sección 3.ª), *Caso López Ribalda contra España*, Sentencia de 9 de enero de 2018 (rec. n.º 1874/13 y 8567/13). Esta sentencia está pendiente de la interpretación definitiva que decida la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(33) Actualmente, el art. 22.5 del texto del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos, bajo la rúbrica «Tratamiento con fines de videovigilancia», otorga permiso a los empleadores para el tratamiento de los datos de los trabajadores obtenidos mediante cámaras o videocámaras en el ejercicio de sus facultades de control, debiendo informar a los trabajadores al respecto. No obstante, haciendo un guiño a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en STC 39/2016, reconoce valor probatorio a las imágenes en caso de flagrante delito, aunque el empresario haya incumplido el deber de información. El Real Decreto Ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos (BOE n.º 183, de 30 de julio de 2018) no resuelve esta cuestión.

1.2. El GPS

Los *sistemas de posicionamiento global* permiten conocer la localización de forma continua, así como también otros parámetros asociados al objeto que los porta, pero en ningún caso permite la vigilancia visual o acústica⁽³⁴⁾. Los GPS suelen venir instalados en vehículos y móviles propiedad del empresario, quien ejerce sus facultades de control.

Es importante tener presente que se está introduciendo cada vez más la geolocalización en la relación laboral por el uso de *wearables* y tabletas.

El Tribunal Supremo, en STS de 21 de junio de 2012⁽³⁵⁾, en recurso de casación para la unificación de doctrina, ha tratado someramente la vulneración del derecho a la intimidad mediante el empleo de GPS, apuntando a la necesidad de valorar la proporcionalidad de la medida, la necesidad del control, la propiedad del bien en que se instala este sistema y su carácter permanente.

También las Salas de Apelación⁽³⁶⁾ han tenido ocasión de pronunciarse sobre el empleo del GPS. La argumentación empleada coincide plenamente con la establecida por el Tribunal Constitucional en cuanto al deber de información en la videovigilancia. Además, cabe destacar que los TSJ apuntan que el GPS se puede emplear para controlar el cumplimiento de la jornada laboral, pero no fuera de ella, ni cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal.

2. El tratamiento automatizado de datos

A raíz del contrato de trabajo y de la relación existente entre las partes, el empresario será el responsable del tratamiento de datos relacionados con el trabajador, bien para el cumplimiento de sus obligaciones, como las retenciones fiscales, bien para controlar el cumplimiento de las obligaciones que le vinculan con el trabajador.

El empleo de la informática para el tratamiento de tales datos supone que el trabajador esté amparado por el derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), no solo como derecho autónomo sino también como instrumento de garantía del ejercicio del resto de derechos fundamentales. Además, el vigente Reglamento general de protección de datos es de obligado cumplimiento por el empresario.

(34) STEDH (Sección 5.ª). *Caso Uzun c. Alemania*, de 2 de septiembre de 2010, (rec. n.º 35623/05), ap. 12. En este pronunciamiento, ap. 52, el TEDH considera el GPS menos invasivo para la vida privada que el empleo de medios audiovisuales o acústicos.

(35) STS (Sala de lo Social) de 21 de junio de 2012 (rec. n.º 2194/2011).

(36) STJS de Madrid (Sala de lo Social) de 21 de marzo de 2014, (n.º rec. 1952/2013); STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), de 10 de junio de 2014 (n.º rec. 1162/2013); STSJ de Andalucía (Sala de lo Social, Sede Granada) 19 de octubre de 2017 (n.º rec. 1149/2017). Ya el antiguo Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del art. 29 de la Directiva 45/96/CE, ahora derogada por el Reglamento europeo, en su Dictamen 2/2017 había apuntado varios requisitos para el uso del GPS para el control de empleador, entre ellos: el deber de informar claramente a los trabajadores de la instalación de un dispositivo de seguimiento, la proporcionalidad de la medida, y su empleo siempre y cuando no existan otros medios.

2.1. Los ficheros informáticos

Ya antes de la relación laboral, el empresario puede hacer acopio de datos para valorar las capacidades del aspirante, sin que pueda vulnerar sus derechos fundamentales. Durante la relación laboral también el tratamiento de datos mediante ficheros puede desembocar en situaciones controvertidas.

El Tribunal Constitucional ha tenido escasas oportunidades de pronunciarse sobre el tema en materia laboral. No obstante, de sus pronunciamientos –SSTC 11/1998, de 13 de enero; 202/1999, de 8 de noviembre– cabe inferir la prohibición que recae sobre el empresario de utilizar los datos del trabajador registrados en ficheros informáticos para fines distintos para los que se han recabado sin el consentimiento expreso del trabajador.

Por otro lado, los datos pueden ser cedidos a terceras empresas, incluso una vez finalizada la relación laboral, para lo cual, es necesario que el empresario cuente nuevamente con el consentimiento expreso del trabajador, tal y como se desprende de la STS de 12 de noviembre de 2015⁽³⁷⁾.

La cesión de los datos puede resultar especialmente conflictiva en el seno de «relaciones triangulares» entre trabajador, empresa de trabajo temporal y una empresa cesionaria. Estos supuestos, entiende la doctrina⁽³⁸⁾, quedan al margen del requisito del conocimiento siempre que tengan fines vinculados al cumplimiento del contrato de trabajo.

2.2. El fichaje informático y la huella digital

La aparición de nuevas tecnologías relacionadas con la sensórica ha revolucionado los controles, las claves de acceso en numerosos ámbitos, incluso el ámbito laboral, hasta tal punto que algunas empresas van un paso más allá, valorando la implantación de un chip identificador en sus empleados para que así puedan tener acceso a ciertos elementos productivos o al centro de trabajo⁽³⁹⁾, lo que podría suponer una vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Aún lejos de ser esta una realidad generalizada, lo cierto es que el control de acceso a las dependencias del centro de trabajo a través de la huella digital ha ganado y, con certeza, ganará cada vez más adeptos por la efectividad que caracteriza a ese medio técnico de control frente a los tradicionales. Además, este tipo de controles en último término pretenden el registro del tiempo de trabajo que, como ha apuntado el TJUE en el *asunto Worten*⁽⁴⁰⁾, son datos de carácter personal.

(37) STS (Sala de lo Civil) de 12 de noviembre de 2015, (rec. 899/2014).

(38) Tascón López, R., «Principios de la protección de datos: consentimiento del afectado. Los ficheros empresariales sobre trabajadores y los derechos de los mismos en el marco de la relación contractual con el empleador (2.ª parte)», en *Estudios y Comentarios Legislativos. Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, 2010. (Aranzadi digital: (BIB 2010, 7190).

(39) Cfr. García – Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., «El control biométrico de los trabajadores», *Revista de Información Laboral*, n.º 3, 2017 (Aranzadi Digital: 2017/1102).

(40) STJUE de 30 de mayo de 2013, *Worten*, C-342/12, EU:C:2013:355, ap. 22.

Así pues, la tecnología nuevamente se encuentra al servicio de las facultades empresariales.

Los TSJ del orden social han resuelto acerca de la posible vulneración del derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos confirmando la legitimidad de esta medida para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores⁽⁴¹⁾.

No obstante, el actual Reglamento general de protección de datos (art. 9.2.b), expresamente permite el empleo de datos biométricos en el ámbito laboral.

3. El control a través de equipos informáticos y de sus contenidos

En los últimos treinta años, se ha generalizado el uso de ordenadores, tabletas, móviles y, sobre todo, Internet, dentro y fuera de la empresa. Buena cuenta de ello son los datos del Instituto Nacional de Estadística conforme a los cuales, en 2017, en España más del 60% de los trabajadores empleaba ordenador en su puesto de trabajo, cifra que superaba el 92% en el caso de actividades profesionales, científicas y técnicas⁽⁴²⁾.

Así pues, cada vez es más habitual que el empresario dote a los trabajadores de medios tecnológicos para desempeñar sus servicios, de tal manera que el empresario es el propietario de esos medios productivos, pero el uso con fines laborales lo hace el trabajador. El problema surge cuando tales medios se emplean para fines personales, de lo que se derivan perjuicios empresariales. Ahora bien, esas irregularidades no son observables a primera vista, sino que requieren una revisión del medio productivo, quedando amparados esos controles bajo las facultades empresariales derivadas del art. 20.3 ET.

En cuanto a los controles sobre el ordenador, tabletas, sus contenidos y el historial de Internet, el principal derecho fundamental en juego es el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE); sin embargo, en relación con el correo electrónico y la mensajería instantánea se suma una garantía adicional: el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Ambos derechos se reconocen en el art. 8 CEDH.

Los criterios aplicados por los tribunales internos y el TEDH convergen, tanto en el uso del ordenador⁽⁴³⁾, como también del correo electrónico⁽⁴⁴⁾. Además, tales

(41) SSTSJ de Murcia (Sala de lo Social) de 25 de enero de 2010, (rec. n.º 1071/2009); de Islas Canarias (Sala de lo Social) de 29 de mayo de 2012, (rec. n.º 398/2012). Pronunciamientos basados en la STS del orden Contencioso-Administrativo de 2 de julio de 2007 (rec. 5017/2003) en la cual el Tribunal consideró que no existía vulneración del derecho a la intimidad ni del derecho a la protección de datos de los funcionarios públicos al emplear el sistema de lectura biométrica para el control horario, que forma parte de las obligaciones del personal (FFJJ 5 y 6).

(42) Instituto Nacional de Estadística: «Encuesta de uso de TIC y Comercio Electrónico en las empresas 2016-2017», disponible en: <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t09/e02/a2016-2017/10/&file=02001.px>. Consultado el 4 de junio de 2018.

(43) SSTS (Sala de lo Social), de 26 de septiembre de 2007, (rec. 966/2006); de 8 de marzo de 2011 (rec. 1826/2010); de 26 de septiembre de 2007, (rec. 966/2006), siguiendo la línea interpretativa del TEDH (Sección 4.ª) *Caso Copland c. Reino Unido*, Sentencia de 3 de julio de 2007.

(44) SSTC 241/2012, de 17 de diciembre; 170/2013, de 7 de octubre; y STEDH (Gran Sala). *Caso Barbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017, (rec. n.º 61496/08).

criterios presentan una notable estabilidad en la última década, a diferencia de los criterios relativos a otros medios tecnológicos como la videovigilancia.

La expectativa de confidencialidad, o de privacidad –como la denomina el TEDH– es, sin duda, un criterio relevante. La inexistencia de reglas, prohibiciones, acerca del uso de los medios empresariales propiedad del empresario o la tolerancia por parte del empleador son los factores que avalan tal expectativa en los trabajadores.

Ahora bien, los factores aportados por el TEDH en el *Caso Barbulescu c. Rumanía*, resumidos en la observancia del principio de proporcionalidad, tal y como venían apuntando tanto Tribunal Supremo como Tribunal Constitucional⁽⁴⁵⁾, son determinantes para valorar el equilibrio entre la medida empresarial de control y los derechos fundamentales de los trabajadores.

4. El control de las redes sociales

Por último, es preciso hacer referencia a las nuevas formas de relación a través de redes sociales como Facebook, Instagram o Twitter, que suponen una proyección de la vida privada de los individuos.

Los trabajadores utilizan en su ámbito personal esas redes, mientras que el empresario, en ciertos casos, hace uso de los contenidos en ellas expuestos para recabar datos de sus trabajadores relativos a obligaciones y aspectos laborales. En estos casos se cuestiona principalmente la vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

Ninguno de los Altos Tribunales ha tenido aún oportunidad de resolver este tipo de asuntos. No obstante, las Salas de Apelación⁽⁴⁶⁾ estiman que el derecho a la intimidad no es vulnerado por el empresario al ejercer sus facultades de control a través de las redes sociales; de hecho, lo consideran como un medio idóneo. Y ello precisamente porque al subir imágenes a cuentas abiertas al público, sin establecer restricción a tales contenidos, se autorizaba el acceso indiscriminado, incluido el del propio empleador.

Por otro lado, los trabajadores publican en las redes comentarios, *tweets*, bajo la expectativa de que están amparados por su libertad de expresión (art. 20.1 CE), pero terminan siendo sancionados, incluso despedidos. Los TSJ del orden social han considerado que en ningún caso los comentarios vejatorios sobre otros compañeros pueden quedar amparados por la libertad de expresión, de modo que este derecho cede, se modula por el derecho al honor y la imagen de empleador⁽⁴⁷⁾.

(45) Vid. STS (Sala de lo Social) de 8 de febrero de 2018, (rec. n.º 1121/2015), FJ 6, la cual concilia los criterios tanto del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del TEDH.

(46) SSTSJ de Canarias (Sala de lo Social, Sede Las Palmas de Gran Canaria) de 22 enero de 2016, (rec. 1167/2015); de Andalucía (Sala de lo Social, Sevilla) Sentencia de 22 noviembre de 2017, (rec. 3626/2016)

(47) SSTSJ de Andalucía (Sala de lo Social, Sevilla) Sentencia de 22 noviembre de 2017, (rec. 3626/2016); TSJ Cataluña (Sala de lo Social) Sentencia de 6 de julio de 2017, (rec. n.º 2871/2017).

En suma, la casuística anterior revela los problemas que los contenidos vertidos en las redes sociales generan en la relación laboral. Esto conlleva un incremento de las posibilidades y los medios de control del empresario y, a su vez, un debilitamiento paralelo de los límites de la libertad de expresión de los trabajadores en las relaciones sociales.

IV. CONCLUSIONES

Los derechos fundamentales de los trabajadores se consagran como una férrea garantía para el reconocimiento de la libertad y la dignidad del trabajador en el seno de la relación laboral, especialmente ante la incertidumbre y la inseguridad jurídica que resultan del empleo de las nuevas tecnologías en la empresa.

La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* y, por ende, en la relación laboral, está asentada en nuestro ordenamiento jurídico tras infinidad de pronunciamientos del Tribunal Constitucional supliendo la falta de una cláusula expresa en la propia Constitución española. Así, no cabe duda de que el contrato de trabajo no es título legitimador en modo alguno de la privación de tales derechos a los trabajadores en el seno de la relación laboral.

Ahora bien, no siendo en ningún caso derechos absolutos o ilimitados, estos pueden ceder ante otros derechos constitucionalmente reconocidos, la libertad de empresa (art. 38 CE) y el derecho a la propiedad (art. 33 CE), de los que emana el reconocimiento de los poderes empresariales, fraguándose entre ellos una limitación recíproca, cuyo equilibrio viene dado por la aplicación del principio de proporcionalidad.

Así como la perspectiva constitucional resulta asentada y bien desarrollada, el plano legal estatutario, centrado en la regulación del contrato de trabajo, solo brinda contadas oportunidades al reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores.

No obstante, en el contexto internacional y supranacional, en especial en el ámbito europeo, la situación es bien diferente. El art. 10.2 CE abre las puertas a la interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España y el art. 93 de la norma fundamental ha permitido la incorporación del Derecho de la Unión Europea. En materia de derechos de los trabajadores, tanto la normativa internacional y de la Unión Europea como su interpretación, especialmente la realizada por el TEDH y el TJUE, han sido relevantes para la delimitación y garantía de tales derechos.

A raíz de la introducción de las nuevas tecnologías, el derecho fundamental a la protección de datos ha ido ganando protagonismo hasta configurarse como uno de los derechos que mayor proyección encuentra en las relaciones laborales, no solo como derecho autónomo, sino en gran medida como instituto de garantía del resto de derechos.

En los últimos tiempos los derechos fundamentales de los trabajadores han adquirido mayor protagonismo ante la incesante introducción de las nuevas tecnologías en la empresa. Aunque en ciertos casos esas nuevas tecnologías se convierten en nuevos medios productivos, en la mayoría resultan un aliado indiscutible para los poderes empresariales. La necesaria respuesta legislativa se ha demorado hasta tal punto que, nuevamente, ha tenido que ser la jurisprudencia la que ha abierto paso aportando respuestas a tales cuestiones. No obstante, y a pesar de la existencia de un diálogo judicial, los frecuentes cambios de doctrina de los tribunales producen una clara incertidumbre e inseguridad jurídica.

Así, un repaso jurisprudencial de las sentencias de mayor relevancia del Tribunal Constitucional, del TEDH y los tribunales ordinarios ha permitido comparar las soluciones adoptadas por el ordenamiento jurídico español ante el impacto de las nuevas tecnologías en el seno de la empresa.

En materia de control de los trabajadores a través de la videovigilancia, el GPS y el tratamiento automatizado de datos, el deber de información acerca del empleo de esos medios empresariales se erige como factor clave para considerar legítima la supervisión empresarial. Mientras que el fichaje informático a través de la huella se ha reconocido como legítimo instrumento de control empresarial en tanto que medio de supervisión del cumplimiento de las obligaciones que dimanaban del contrato de trabajo.

Los ordenadores y el correo electrónico, en tanto que medios productivos aportados por el empresario, también son objeto de control empresarial. La expectativa de confidencialidad juega un papel relevante, pero la superación del test de proporcionalidad será la que brinde la legitimidad a la medida de supervisión de tales medios.

Las nuevas formas de relación a través de las redes sociales también han tenido impacto en las relaciones laborales y, en especial, a la hora de extraer información de los trabajadores que permita el control del cumplimiento de las obligaciones laborales, pudiendo ser empleadas si el empresario tiene acceso a las mismas sin vulnerar los derechos fundamentales a la intimidad ni al secreto de las comunicaciones. Por su parte, la libertad de expresión de los trabajadores a través de la red también queda limitada en la medida que pueda perjudicar la imagen de la empresa o su honor, no quedando amparados por tal derecho los insultos o los comentarios vejatorios.

En suma, se ha podido comprobar que es necesario buscar un equilibrio entre los derechos fundamentales garantizados a los trabajadores y los poderes empresariales, en especial de control y vigilancia, potenciados más aún por las nuevas tecnologías.

EL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL ENTRE ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA ⁽¹⁾

THE TRANSFER OF THE SOCIAL ADDRESS BETWEEN MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION

DIEGO RODRÍGUEZ CEMPELLÍN

Grado en Derecho

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - 1. **Aproximación conceptual.**
 - 2. **Panorama actual en el derecho europeo de sociedades: los cambios que vienen.**
- II. EL ACTIVISMO JUDICIAL DEL TJUE COMO CONFIGURADOR DEL DERECHO AL TRASLADO TRANSFRONTERIZO.
 - 1. **La posición favorable del TJUE sobre la teoría de la constitución: la regla del reconocimiento.**
 - 2. **El paso final: ¿existe un derecho al traslado transfronterizo del domicilio?.**
- III. LA EJECUCIÓN DEL TRASLADO TRANSFRONTERIZO DEL DOMICILIO SOCIAL: FASES DE LA OPERACIÓN Y DIFICULTADES PRÁCTICAS.
 - 1. **España como estado de origen del traslado.**
 - 1.1. La idoneidad de la sociedad.
 - 1.2. El proyecto y el informe de los administradores: un nuevo papel de los trabajadores, acreedores y socios.
 - 1.3. La junta de socios: un régimen impugnatorio confuso.
 - 1.4. Aspectos registrales: un control de fondo y la necesidad de coordinación.
 - 2. **España como estado de destino del traslado: ¿hacia el fin de la teoría de la sede real?.**
 - 2.1. La aplicación de la ley española a la sociedad trasladada.
 - 2.2. El traslado de sede real: una exigencia actual en riesgo de desaparición.
- IV. CONCLUSIONES.

(1) Este texto es una versión abreviada del Trabajo Final de Grado presentado en junio de 2018 en la Universidad de Oviedo.

RESUMEN: A través del presente artículo se realiza un estudio detallado de los problemas prácticos, sus posibles soluciones y las diferentes implicaciones jurídicas que plantea el traslado transfronterizo del domicilio social en la Unión Europea. Se describe pormenorizadamente los pasos a seguir para la correcta realización de la operación, señalando aquellos aspectos que deberían ser modificados o que podrían verse afectados ante la futura creación de un procedimiento armonizado europeo. La falta de regulación en algunos Estados Miembros hace que en determinadas ocasiones se haya de acudir a la jurisprudencia del TJUE, que sin duda ha configurado un auténtico derecho al traslado transfronterizo como parte de la libertad de establecimiento.

Palabras clave: Domicilio social, traslado transfronterizo de domicilio social, libertad de establecimiento, Unión Europea

ABSTRACT: A detailed study of the practical problems, their possible solutions and the different legal implications arising from the cross-border transfer of the registered office is carried out through the present essay. It is described extensively the steps to follow for the correct execution of the operation, pointing out those aspects that should be modified or that may be affected by the future implementation of an European harmonized process. The lack of regulation in some Member States means that in certain occasions we should invoke the jurisprudence of the ECJ, which has undoubtedly design the right to the cross-border transfer of the registered office as a part of the freedom of establishment.

Keywords: Registered office, cross-border transfer of registered office, freedom of establishment, European Union

I. INTRODUCCIÓN

La más que recientes novedades ofrecidas tanto por la Comisión Europea como por el TJUE lo han vuelto a convertir en un tema interesante de estudio.

Así pues, pretendemos en este Trabajo abordar el estudio teórico del traslado transfronterizo del domicilio social con el objetivo de proponer y facilitar soluciones aplicables a la práctica diaria. Buscamos por tanto favorecer y facilitar un derecho que ha sido catalogado como parte integrante de uno de los pilares fundamentales de la Unión Europea: la libertad de establecimiento. Para ello es necesario precisar qué entendemos por traslado transfronterizo del domicilio social, por lo que lo primero será determinar su alcance y concepto.

1. Aproximación conceptual

Desde un primer momento se debe hacer hincapié en la diferencia entre el traslado de domicilio social y el traslado de sede real, aunque, como señalaré más adelante, en ciertos casos pueden llegar a confundirse e incluso coincidir, en atención al punto de conexión que el país en cuestión haya determinado como criterio de vinculación con el mismo.

El traslado del domicilio social se definiría como el traslado de la sede estatutaria a otro Estado, con cambio de la ley rectora o *lex societatis* adoptando un tipo societario de ese Estado, sin perder la personalidad jurídica⁽²⁾. Por el contrario, el traslado transfronterizo de sede real implica un cambio de la administración central o centro de actividad principal de un país a otro, sin que en ningún caso se produzca una modificación de la ley rectora de la sociedad⁽³⁾. El traslado del domicilio social implica un conflicto móvil que genera una transformación del régimen societario, mientras que el cambio de sede real tan solo supone un cambio fáctico que no siempre se traducirá en una alteración del régimen jurídico de la sociedad.

En el cambio de sede social, la sociedad en cuestión traslada el elemento que ha determinado su sujeción a un determinado ordenamiento jurídico, el llamado punto de conexión, es decir, en términos de la legislación española: los criterios que determinan la nacionalidad de la sociedad⁽⁴⁾.

El primero de ellos propugna que las sociedades deben estar regidas por el derecho del Estado donde efectivamente radique la sede, es decir, en términos europeos, la ley del país donde se encuentre su administración central o centro de principal dirección que serán por tanto los puntos de conexión para la aplicación de la *lex societatis*. Por otro lado, el modelo de constitución o de incorporación⁽⁵⁾, de origen británico⁽⁶⁾, entiende que la ley rectora de la sociedad es aquella conforme a la cual se ha constituido la sociedad en cuestión, sin tener en consideración cuál es el lugar donde efectivamente la sociedad esté realizando su actividad⁽⁷⁾. Es una

(2) En el presente Trabajo Final de Grado se tratará exclusivamente el traslado del domicilio en la Unión Europea, por lo que para precisar aún más la definición habría que circunscribirla al traslado a un estado miembro de la UE.

(3) Vid. ARENAS GARCÍA R., «Sociedades», FERNÁNDEZ ROZAS J.C., ARENAS GARCÍA R., DE MIGUEL ASENSIO P.A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Iustel, Madrid, 2011, p. 223.

En esta obra se ciñe la definición de traslado de sede real al traslado de la administración central, no obstante, entiendo que la definición debe ser completada con el término centro de actividad principal debido a que es un punto de conexión recogido en el artículo 54 del TFUE y por tanto susceptible de aplicación por cualquier estado miembro para la determinación de la *lex societatis*. Incluso desde el punto de vista española, la ley de sociedades de capital en su artículo 9 llega a recoger el centro de su efectiva dirección o donde radique su principal establecimiento o explotación como criterios para determinar la vinculación española con su ley social, por lo que también se podrían incluir en la definición, aunque parte de la doctrina los entiende como elementos coincidentes con los señalados en el art 54 del TFUE.

(4) El artículo 8 de la LSC habla de «nacionalidad» (serán españolas...), sin embargo, la doctrina se ha llegado a cuestionar la adecuación del término nacionalidad, asociado a la persona física, para la persona jurídica. Cf. THIRON, N. *Droit International et Européen des sociétés*, Larcier, Bruselas, 2009, section 2, sous-section 3

(5) El pequeño matiz entre el modelo de constitución y el modelo de incorporación lo señala Garcimartín Alférez, en., *Derecho de sociedades y conflicto de leyes: una aproximación contractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, p. 49., entendiendo que el primero determina la *lex societatis* según el Derecho conforme al cual se haya constituido la sociedad, y el segundo hace referencia a la sede estatutaria, una sociedad está incorporada en el Estado donde tenga su sede estatutaria, o al lugar al que hace referencia la inscripción registral.

(6) Vid. BLANCO-MORALES LIMONES, P., *op. cit.* p. 49.

(7) Vid. JANÉ PRATS, S., *Obstáculos jurídicos a la internacionalización y movilidad transnacional de empresas en la Unión Europea: Análisis desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea y del Derecho Internacional Privado*, Bosch Editor, Barcelona, 2015, p. 108.

visión puramente contractualista⁽⁸⁾ de la sociedad. Al igual que las partes pueden someter un contrato a la legislación de un determinado Estado, los socios pueden decidir qué ley regirá el funcionamiento de la vida de la sociedad, por lo que es la seguridad jurídica resultante de esta libertad de elección su principal ventaja⁽⁹⁾. Ambas teorías son compatibles y aceptadas en la Unión Europea. La jurisprudencia del TJUE que ha proclamado en reiteradas ocasiones la validez de ambas, siendo la STJUE de 27 de febrero de 1988, *Daily Mail*⁽¹⁰⁾, el punto de partida de una construcción jurisprudencial que ha sido piedra angular en la configuración del derecho de sociedades de los Estados Miembros⁽¹¹⁾. En el famoso apartado 9 de la sentencia, el TJUE establece una de las afirmaciones probablemente más repetidas en la historia del Tribunal: «al contrario que las personas físicas, las sociedades son creaciones del derecho nacional⁽¹²⁾ de cada Estado, el cual es soberano para determinar el régimen de constitución y funcionamiento en su territorio». Reconoce, por tanto, la posibilidad de los Estados Miembros para configurar los criterios a través de los cuales otorgan la personalidad jurídica a una sociedad.

Esta libertad de criterio hace que países como Alemania o España⁽¹³⁾ opten por la teoría de la sede real mientras que el Reino Unido⁽¹⁴⁾, Irlanda⁽¹⁵⁾ u Holanda⁽¹⁶⁾ mantengan las tesis contractualistas⁽¹⁷⁾.

(8) Se ha llegado a defender la aplicación del Reglamento Roma I para la elección de la ley rectora de la sociedad. Incluso la posible sustitución del término *lex societatis* por el de *lex contractus*. Cf. BORG BARTHET, J. *The governing law of companies in EU Law*, Hart Publishing, Oregon (EE. UU.), 2012, p. 20.

(9) Vid. SANCHO VILA, D. «Transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo» Fundación Centro de Estudios Comerciales, Madrid, 2001, p. 115

(10) STJUE de 27 de febrero de 1988, *Daily Mail*, C-81/88, EU:C:1988:456

(11) El caso *Daily Mail*, trata de una Sociedad Británica, Daily Mail and General Trust PLC, constituida de acuerdo con el derecho inglés, y que quería trasladar su sede de administración a los Países Bajos, con la finalidad de quedar sujetos a una tributación menos gravosa. La Ley británica de 1970 de Impuestos sobre la Renta y sobre las Sociedades prohibía que una sociedad con residencia fiscal en Reino Unido cesara de residir en dicho país sin la autorización previa. Tras meses de negociación con la Hacienda Pública, y sin llegar a ningún acuerdo, Daily Mail decide interponer una acción ante la High Court of Justice, Queen's Bench Division, entendiéndose que tal autorización podría suponer una restricción a la libertad de establecimiento y dicho tribunal decide plantear una cuestión prejudicial.

(12) Matiza el Tribunal que dicho criterio se deriva del «estado actual del derecho comunitario» es decir, constata la existencia de una diversidad de criterios admisibles entre los diferentes Estados Miembros.

(13) De ahí se desprende de los artículos 8 y 9 de la Ley de Sociedades de Capital

(14) Art 9 del *Company Act 2006*. A efectos de este trabajo, Reino Unido es todavía miembro de la Unión Europea y así lo será a la fecha de su presentación.

(15) Art 25 del *Company Act 2014*

(16) Holanda ha sido uno de los más firmes defensores de la teoría de la incorporación. De hecho, en uno de los casos más importantes que será objeto de estudio de este Trabajo (*Überseering*) se ve cómo el conflicto surge a raíz del modelo de constitución de sociedades holandes.

(17) Un mapa completo sobre qué teoría ha adoptado cada Estado Miembro puede encontrarse en el informe del Parlamento Europeo: *European Added Value Assessment on a Directive on the cross-border transfer of company seats*. <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d2958a7c-f703-46b6-8ee5-fff5f4814ef7/language-en> Consultado por última vez el 11/06/2018

2. Panorama actual en el derecho europeo de sociedades: los cambios que vienen

El TJUE no solo ha establecido la compatibilidad de ambas teorías, si no que ha reconocido un derecho al traslado transfronterizo del domicilio social combinando tal compatibilidad, ya que ha exigido, como se detallará más adelante, como requisito para su ejercicio el cumplimiento de los criterios de constitución del Estado de destino. Sin embargo, se da la paradoja de que, aunque el Tribunal ha establecido ciertos requisitos, todavía nos encontramos en el panorama actual del derecho europeo de sociedades la falta de una regulación armonizada, lo que genera costes e incertidumbre en las operaciones de este tipo. Además, determinados Estados Miembros ni siquiera han adoptado regulación al respecto, o la han adoptado poco de forma deficiente, generándose una situación en la que un derecho reconocido como parte integrante de la libertad de establecimiento, y, por tanto, como derecho originario de los Tratados, carezca de regulación.

Sin embargo, el pasado 25 de abril de 2018, la Comisión Europea ha presentado al Consejo y al Parlamento una propuesta de reforma Directiva 2017/1132 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, con el objetivo de incluir por fin el traslado transfronterizo del domicilio social⁽¹⁸⁾ y modificar la fusión y la división transfronteriza. La Comisión estructura su propuesta en torno a tres pilares: la lucha contra el fraude⁽¹⁹⁾ y las *letter box companies*, la protección de socios, acreedores y trabajadores, y el establecimiento de un proceso de traslado o transformación común en toda la Unión Europea que facilite la movilidad de empresas, sobre todo de aquellas que quieren trasladarse a otro Estado y no disponen de una dimensión tal que les permita llevar a cabo una fusión. Parece que, con esta propuesta de la Comisión, que sigue de cerca las Recomendaciones del Parlamento⁽²⁰⁾, el traslado transfronterizo europeo va a ser dentro de poco una realidad en el Derecho de sociedades de la Unión.

(18) La propuesta de Directiva lo denomina Transformación Transfronteriza definiéndola en el artículo 2 como aquella operación en la que una sociedad, sin ser disuelta o liquidada, transforma su forma legal al cual está sometido en el estado de origen, en un tipo societario del Estado Miembro de destino, transfiriendo al menos el domicilio registral y manteniendo su personalidad jurídica. Para una consulta más exhaustiva de la Propuesta *Vid.* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A241%3AFIN>. Consultado por última vez el 08/06/2018

(19) En el considerando 7 de la Propuesta, la Comisión apunta del riesgo que genera el traslado del domicilio en relación con las obligaciones fiscales, con la seguridad social, los derechos de los trabajadores, accionistas minoritarios y acreedores.

(20) *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el traslado transfronterizo de la sede social de una empresa. *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo, 13 de junio de 2017, sobre fusiones y adquisiciones fronterizas

II. EL ACTIVISMO JUDICIAL DEL TJUE COMO CONFIGURADOR DEL DERECHO AL TRASLADO TRANSFRONTERIZO

El TJUE ha sido clave en la configuración de la libertad de establecimiento. En esta línea, ha sido capaz de elaborar una jurisprudencia que ha acabado por configurar un derecho al traslado transfronterizo del domicilio social.

Sin embargo, este camino no ha sido automático, y ha seguido una serie de pasos, empezando por el establecimiento de la regla de la compatibilidad, continuando con la regla del reconocimiento y acabando por el traslado transfronterizo.

1. La posición favorable del TJUE sobre la teoría de la constitución: la regla del reconocimiento

La diversidad de criterios ha sido problemática dentro de la Unión Europea, lo que ha obligado al TJUE a aclarar el alcance de los artículos 49 y 54 del TFUE. El primer paso para solventar tal problemática fue la ya citada sentencia *Daily Mail* en la que se reconoció la posibilidad de cada Estado de determinar los criterios de constitución para el otorgamiento de la personalidad jurídica.

El siguiente paso que dio el TJUE fue imponer a los Estados la obligación de reconocer los criterios de constitución fijados por otros Estados Miembros, lo que se traduce en el reconocimiento de las sociedades constituidas de acuerdo con la normativa de otro Estado Miembro. Este supuesto se planteó por primera vez en una de las Sentencias más importantes del TJUE en materia mercantil, la STJUE de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*⁽²¹⁾. La problemática generada venía dada por los diversos criterios de constitución, ya que Holanda, donde estaba constituida la sociedad, no exige la presencia de la sede real en su territorio (modelo de incorporación), como si lo hace Alemania (modelo de sede real) donde efectivamente se encontraba la misma. Por ello, Alemania entendía que, al cumplirse su punto de conexión, la sociedad se debería haber constituido bajo el derecho alemán, negando por tanto su reconocimiento en tanto no lo hiciera. Sin embargo, el TJUE aplicó la ya mencionada regla del reconocimiento sentando el criterio de que es contrario a los artículos 49 y 54 del TFUE (anteriormente 43 y 48): el no reconocimiento no solo de la capacidad jurídica, sino también de la procesal, a una sociedad que haya sido constituida de acuerdo con el derecho de un Estado Miembro, con independencia

(21) STJUE de 5 de noviembre de 2002, *Überseering* C-208/00, EU:C:2002:632: *Überseering* era una sociedad holandesa, que en 1992 celebró un contrato con una sociedad alemana afincada en Dusseldorf. En 1994 dos ciudadanos de esa misma ciudad deciden adquirir la totalidad de las participaciones sociales de *Überseering* por lo que la sede social efectiva se trasladó a Alemania, pero la sociedad seguía siendo holandesa. Tras un incumplimiento del contrato celebrado en 1992, la sociedad *Überseering* decide interponer una demanda ante los tribunales alemanes, que es desestimada en primera y segunda instancia, entendiéndose que *Überseering* carece de capacidad procesal, al no reconocerla como sociedad holandesa extranjera, dado que según el criterio del tribunal de primera y el de segunda instancia debería haberse constituido según la legislación alemana. La sentencia llega a la casación y el Alto Tribunal alemán plantea la cuestión prejudicial.

de que la sede real se encuentre en el Estado de constitución, en el Estado en el que se pretende el reconocimiento, o en cualquier otro lugar⁽²²⁾.

La doctrina sentada en el asunto *Überseering*, es desde mi punto de vista consecuencia lógica de la sentencia *Daily Mail*. Si reconocemos (*Daily Mail*) la posibilidad de los Estados de establecer sus propios criterios para otorgar la personalidad jurídica, lo lógico es que dichos criterios sean reconocidos por el resto de Estados Miembros (*Überseering*), más aún cuando el no reconocimiento, como bien indicó el TJUE supondría una restricción de la libertad de establecimiento⁽²³⁾.

Así pues, *Daily Mail*, y *Überseering* constituyen el punto de partida de cualquier trabajo que trate la problemática del traslado del domicilio social, dado que, y recogiendo una expresión del profesor Garcimartín Alférez, se infiere una «equivalencia de ordenamientos»⁽²⁴⁾, y más concretamente, a pesar de que el mismo no estaría de acuerdo con tal reflexión, a una «equivalencia de teorías»⁽²⁵⁾. Tan válida es la teoría de la sede como la de la constitución, y será la sociedad la que decida bajo qué ordenamiento jurídico se constituye.

2. El paso final: ¿existe un derecho al traslado transfronterizo del domicilio?

Una vez que nuestra sociedad se ha constituido válidamente en un ordenamiento jurídico de un Estado Miembro, la misma puede plantearse la necesidad de, por diversos motivos, buscar un cambio de ley societaria, sin la necesidad de disolverse, es decir, manteniendo su personalidad jurídica. Para ello debería acometer lo que hasta el momento hemos venido llamando como traslado transfronterizo.

Desde la introducción de este Trabajo se ha insistido en el papel que ha tenido el TJUE en la configuración del traslado transfronterizo del domicilio social, reconociendo y configurando el contenido mínimo de tal derecho. Esto se inicia con la

(22) Vid. ARENAS GARCÍA R. «*Lex societatis* y derecho de establecimiento» ARENAS GARCÍA R., GÓRRIZ LÓPEZ, C., MIQUEL RODRÍGUEZ J. (coords.), «*Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el derecho internacional de sociedades y otras personas jurídicas*», Atelier, Barcelona, 2014. p.133

(23) Tal argumento parece adoptarse por la sociedad *Überseering*, el Gobierno del Reino Unido, la Comisión y el órgano de vigilancia de la AELC, así pues, alegan que *la sentencia Daily Mail and General Trust, consagra el derecho del estado miembro de constitución de una sociedad a fijar las normas en materia de constitución y existencia jurídica de las sociedades de conformidad con las normas de su Derecho interno privado. Por el contrario, la citada sentencia no resuelve la cuestión de si una sociedad constituida en virtud del Derecho de un Estado miembro debe ser reconocida por otro Estado miembro.*

(24) Cf. *Ibidem*, p.11

(25) Este trabajo no es un análisis en profundidad de la sentencia *Centros*, que tantas disputas doctrinales ha suscitado. El propio Garcimartín Alférez la ha llegado a denominar el Epifanio de la teoría de la sede real (Vid. *Ibidem* p. 11), y otros como Rafael Arenas García la consideran como un «error», y proponen una aproximación diferente, para más detalle Vid. ARENAS GARCÍA, R. «Libertad de establecimiento de personas físicas y jurídicas en la UE: razones para una diferencia», GÓRRIZ LÓPEZ, C. ARENAS GARCÍA, R., *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades: cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 43.

STJUE de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*⁽²⁶⁾, en particular a través de su *obiter dictum*. Establece por tanto que si una sociedad quiera transformarse en una sociedad de otro Estado Miembro con mantenimiento de la ley societaria, puede denegarse la inscripción del cambio de domicilio.

Cuestión distinta es si, dicha sociedad húngara solicita personalidad jurídica, y siempre que el Estado de destino lo permita, no puede el Estado de origen impedir dicho traslado exigiendo la disolución y posterior liquidación de la sociedad⁽²⁷⁾, criterio que es repetido en la reciente STJUE del 27 de octubre de 2017, *Polbud*⁽²⁸⁾.

Tanto en el *Cartesio* como en *Polbud*, nos hemos planteado la validez del derecho del Estado de origen en relación con los artículos 49 y 54 del TFUE, por lo que no es hasta la STJUE del 12 de julio de 2012, *Vale*⁽²⁹⁾, cuando el TJUE tiene que lidiar con los problemas que plantea para el traslado o la transformación, no el Estado de origen, sino el Estado de destino. En la misma acaba reconocido que el Estado receptor de la sociedad estaría autorizado a establecer los requisitos a cumplir para convertirse en una persona jurídica sujeta a su ordenamiento, entre los cuales dichos requisitos podrían incluirse que la sede real de la sociedad se estableciera en su territorio⁽³⁰⁾.

(26) STJUE de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, C-210/06, EU:C:2008:723. *Cartesio* es una sociedad domiciliada en Hungría, país que sigue la teoría de la sede real, dado que exige que el domicilio social tiene que establecerse en el centro de administración de la sociedad. En 2004 *Cartesio* decide trasladar su domicilio social a Italia sin cambio de ley societaria, por lo que cuando acude al registro húngaro se le es denegada la inscripción del cambio de domicilio. *Cartesio* recurre, y se acaba planteando una cuestión prejudicial para dilucidar si es compatible con el derecho de la unión la decisión adoptada por el registro húngaro. El TJUE resuelve en favor de Hungría, entendiendo que un Estado Miembro está facultado a negar el mantenimiento de la personalidad jurídica (y por tanto el sometimiento a su ley societaria) cuando no se cumplen con sus criterios de constitución. Cuestión distinta sería si *Cartesio* hubiera solicitado el cambio de *lex societatis*. Vid. Sentencia *Cartesio*, apartado 110, antes citada.

(27) Sentencia *Cartesio*, apartado 112, antes citada.

(28) STJUE del 27 de octubre de 2017, *Polbud*, C-106/16 EU:C:2017: 804. *Polbud* es una sociedad polaca que en junta de accionistas decide trasladar, sin cambio de la sede efectiva, su domicilio social a Luxemburgo con cambio de ley societaria y mantenimiento de personalidad jurídica. No obstante, la legislación polaca exige en caso de traslado al extranjero una disolución y posterior liquidación de la sociedad, para la posterior cancelación registral de los asientos. *Polbud* presentó una solicitud de cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil Polaco ante el Tribunal Registral, motivado por el traslado internacional de la sede social, que es denegado por no acreditar la disolución y posterior liquidación de la sociedad, que, en efecto, no se había llevado a cabo. *Polbud* recurre hasta llegar al tribunal de casación polaco, que plantea la cuestión prejudicial.

(29) STJUE del 12 de julio de 2012, *Vale*, C-378/10 EU:C:2012:440. *Vale Construzioni* era una sociedad italiana que solicitó la cancelación registral en dicho país ya que pretendía trasladar su domicilio social y sede real a Hungría. Allí procedió a la constitución de la sociedad *Vale Építési*, solicitando que constara en el Registro Mercantil húngaro que la sociedad *Vale Construzioni* era la predecesora legal de *Vale Építési*. Tal solicitud fue denegada ya que la legislación húngara tan solo permitía las «transformaciones» nacionales y no las fronterizas, por lo que se plantea cuestión prejudicial sobre la validez de dicha normativa. El TJUE aclara que nada impide que Hungría aplique, a falta de legislación específica, la normativa relativa a transformaciones nacionales, respetando el principio de efectividad y equivalencia y asegurando el mantenimiento de la personalidad jurídica. Sin embargo, constituye una discriminación no justificada la no aplicación de tales disposiciones a sociedades no húngaras.

(30) Vid. GARDENES SANTIAGO, M. «Observaciones acerca del establecimiento transfronterizo de sociedades en la Unión Europea», GÓRRIZ LÓPEZ, C. ARENAS GARCÍA, R., *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades: cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*, op.cit. p. 63.

Hasta el momento, la línea doctrinal del TJUE era lo suficientemente coherente para garantizar tanto el derecho al traslado transfronterizo como el cumplimiento de las legislaciones mercantiles de los diferentes Estados Miembros. Sin embargo, tal coherencia se resquebrajó, desde mi punto de vista, tras la ya citada, Sentencia *Polbud*. El TJUE autorizó el traslado de una sociedad polaca a Luxemburgo, que no se acompañaba del traslado de la sede real, y por tanto no cumplía el criterio de constitución luxemburgués⁽³¹⁾. El argumento del TJUE, excesivamente formalista, se basó en que en tanto que el Estado de destino (Luxemburgo) es el competente para establecer sus criterios de constitución⁽³²⁾, también lo es para acreditar su cumplimiento. En consecuencia, en tanto, no entra el Tribunal, y para mí esto es un error, en considerar que, en el presente caso, la sociedad *Polbud*, no cumplía el criterio de vinculación con la ley luxemburguesa⁽³³⁾. La configuración del derecho al traslado transfronterizo del domicilio social se ha configurado siempre a partir del cumplimiento del punto de conexión del Estado de recepción, que es la que tiene la competencia para determinarlo. Ahora bien, si este punto de conexión no se cumple, parece razonable entender que dicho traslado no está amparado por los artículos 49 y 54 del TFUE.

Planteada la cuestión en términos generales, es importante señalar que la jurisprudencia del TJUE es clave para entender cuál es el punto de partida para cualquier legislación europea que pretenda regular el traslado transfronterizo del domicilio social, pero en ningún caso nos indican cómo debe realizarse el mismo.

III. LA EJECUCIÓN DEL TRASLADO TRANSFRONTERIZO DEL DOMICILIO SOCIAL: FASES DE LA OPERACIÓN Y DIFICULTADES PRÁCTICAS

La ejecución del traslado transfronterizo del domicilio social ha sido el principal causante de toda la problemática que el TJUE ha tenido que resolver estableciendo una serie de principios que deben regir la operación. Es paradigmático que pese a ser reconocido como parte del ejercicio de la libertad de establecimiento, carezca a día de hoy en algunos Estados miembros de regulación legal. España ha sido pionera tras la entrada en vigor de la Ley 3/ 2009 de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles, y las instituciones de la Unión Europea han intentado a lo largo de estos años elaborar un proyecto normativo que sea capaz de facilitar el traslado a otro Estado Miembro. La nueva Propuesta de Directiva de la Comisión presentada el pasado 25 de abril de 2018 vuelve a abrir la puerta a la creación de un procedimiento común para el traslado transfronterizo, puerta que, a día de hoy,

(31) Cf. ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA, «El traslado internacional del domicilio: novedades de la sentencia del TJUE *Polbud*», *Revista Lex Mercatoria*, nº 7, 2017, p. 7.

(32) Sentencia *Polbud*, apartado 41, antes citada.

(33) El artículo 2, párrafo tercero de la «*Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*» de Luxemburgo establece que el domicilio de toda sociedad mercantil está situado en la sede de la administración central de la sociedad.

y tras la reciente Sentencia *Polbud*⁽³⁴⁾, parece difícil de cerrar. La Propuesta detalla uno a uno los pasos a seguir en la ejecución del traslado, desde el comienzo hasta el final de la operación, al igual que lo hace nuestra Ley 3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles regulando de forma detallada dicha operación en el Título V de la Ley 3/2009, en los artículos 93 a 103⁽³⁵⁾, entre los que tenemos que diferenciar aquellos que se refieren a España como país de origen de la operación, de aquellos que lo hacen como España país receptor, y dentro de los mismos encontraremos disposiciones exclusivamente aplicables a los traslados «europeos» en aras a respetar la jurisprudencia del TJUE⁽³⁶⁾.

Si bien la regulación del traslado del domicilio social al extranjero fue una novedad en el año 2009, la posible reforma de la Directiva 2017/1132 con la subsiguiente inclusión de un procedimiento de traslado del domicilio social⁽³⁷⁾ obligará a España a introducir ciertas reformas en su normativa. Veamos a continuación, los pasos a seguir para realizar en el traslado, los problemas que se pueden plantear a lo largo de la operación, las soluciones ofrecidas por la Comisión y nuestro análisis y valoración de las mismas.

1. España como estado de origen del traslado

El traslado del domicilio social se estructura principalmente en tres fases que se podrían resumir de manera sencilla en: el informe y el proyecto de los administradores, el acuerdo de la junta de socios y finalmente la cancelación registral en el Estado de origen y el alta en el Estado receptor. Sin que sea una fase específica en sí misma, la sociedad deberá cumplir los requisitos de idoneidad que marca la ley, sin los cuales no podrá iniciar el proceso.

1.1. La idoneidad de la sociedad

En primer lugar, la norma nos señala los requisitos subjetivos que debe cumplir una sociedad para poder efectuar la operación, que son tres: ser una sociedad española

(34) Sentencia *Polbud*, ya citada.

(35) El artículo 92 de la LME el art 92 tan solo nos cita las fuentes a las que puede someterse la operación, aludiendo a la posible aplicación de Tratados o Convenios internacionales, inexistentes a fecha de hoy, y sin perjuicio de lo establecido para el traslado del domicilio de la sociedad anónima europea, que será objeto de estudio en el siguiente capítulo.

(36) La ley de Modificaciones Estructurales regula en sus artículos 92 a 103 el «traslado internacional del domicilio social». En este trabajo se ha preferido utilizar el término transfronterizo ya que se circunscribe al ámbito europeo, por lo que el término «internacional» se referiría a aquellas operaciones de traslado a terceros estados.

(37) Los términos que utiliza la Comisión en su Propuesta denominan el traslado de domicilio como una «*cross-border conversion*». Desde el momento en que entendemos el traslado del domicilio como transformación en un tipo societario del Estado de destino transformación transfronteriza y traslado del domicilio social internacional son equivalentes.

inscrita en el registro, el mantenimiento de la personalidad jurídica, y no encontrarse en liquidación o concurso de acreedores (art 93).

Ni el primero ni el segundo de los requisitos parece plantear problema alguno. El mantenimiento de la personalidad jurídica y, por tanto, la continuidad de las relaciones jurídicas de la sociedad ya ha sido reconocido por la jurisprudencia del TJUE en especial la del asunto *Cartesio* y *Vale*⁽³⁸⁾, siempre y cuando cumpla con las exigencias de constitución en aquel Estado Miembro⁽³⁹⁾, y en esta línea se ha situado la Propuesta de la Comisión.

Finalmente, el no estar incurso en un proceso de liquidación o en un proceso concursal sigue perfectamente las recomendaciones del Parlamento Europeo⁽⁴⁰⁾, así como la Propuesta de la Comisión, aunque obedecen a razones distintas. Es normal que una sociedad que esté inmersa en un proceso de liquidación no pueda realizar una transferencia del domicilio social, dado que una vez disuelta, la voluntad extintiva de la misma es clara, por lo que la prohibición es correcta y acertada. Más dudas plantea el supuesto del proceso concursal. Como indica la doctrina, la voluntad, a pesar de fallida en muchas ocasiones, de la Ley Concursal es la continuidad de la actividad de la sociedad, por lo que un posible traslado de la sociedad se podría articular como forma de salvación⁽⁴¹⁾. Hay que recordar que cualquier medida que restrinja u obstaculice la libertad de establecimiento tiene que cumplir con los requisitos del *Test Gebhard*⁽⁴²⁾ o «*test de proporcionalidad*»⁽⁴³⁾.

Si bien el objetivo del legislador español, la protección de los acreedores afectados por el concurso, es de interés general, no parece que sea la menos restrictiva posible, dado que el concurso ya está declarado por lo que no se alterará ni la ley aplicable al concurso ni la competencia judicial, así que no es posible la huida del derecho español. En este sentido, la Comisión va en otra dirección ya que no solo recoge la prohibición del traslado para las sociedades en concurso, sino que la amplía

(38) Antes citado.

(39) Apartado 112 de la Sentencia *Cartesio*, antes citada.

(40) *Vid.* Recomendación número 2 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el traslado transfronterizo de la sede social de una empresa y la Recomendación número 2 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas.

(41) *Cf.* ESPIGARES HUETE, J.C., *loc. cit.*, p. 117.

(42) El Test «Gebhard», también llamado test de proporcionalidad, es un parámetro de enjuiciamiento que utiliza constantemente el TJUE para determinar la validez de aquellas medidas que restrinjan, obstaculicen o hagan menos atractivo el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE; para ello, la medida en cuestión deberá aplicarse de manera no discriminatoria, estar justificada por razones imperiosas de interés general, ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. El Test «Gebhard» trae su nombre de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, C-55/94, EU:C:1995:411 donde se asienta de manera conjunta los principios anteriormente citados.

(43) Sentencia *Centros*, apartado 27, antes citada.

a otras situaciones de naturaleza «pre-concursal» en las que se puede encontrar la sociedad. Plantea dudas esta ampliación de supuestos, sobre todo a raíz de los fuertes controles registrales y de la necesidad de un informe de un experto independiente que introduce la Propuesta. En caso de ser un acuerdo artificial este debería ser detectado por el Registrador y por el experto independiente⁽⁴⁴⁾ que precisamente solicitaría información a los acreedores y a los socios, por lo que parece que la prohibición podría no cumplir con el ya citado *test de proporcionalidad*. Si bien la intención es totalmente loable, no parece que los métodos escogidos hayan sido lo menos restrictivo posible. Una vía más acorde con la libertad de establecimiento sería transformar esas prohibiciones en presunciones, trasladando a los administradores, ya sean los de la sociedad o los concursales, el deber de «desmontarlas» si creen que el traslado es la vía adecuada para recuperar la solvencia de la entidad.

1.2. El proyecto y el informe de los administradores: un nuevo papel de los trabajadores, acreedores y socios

Una vez que la sociedad en cuestión cumpla con los requisitos legalmente exigidos para efectuar el traslado, los administradores sociales deberán redactar el proyecto y el informe del traslado con el fin de informar de cuál va a ser el nuevo régimen de la sociedad, los motivos del traslado y las repercusiones del mismo tanto para los *insiders* de la sociedad como para los *outsiders*.

En cuanto al proyecto, el mismo se encuentra detallado en el artículo 95 de la LME donde viene recogido el contenido mínimo: identificación de la sociedad, el nuevo domicilio social propuesto, así como los estatutos que han de regir la sociedad después del traslado y la nueva denominación social, el calendario previsto para el traslado y por último los derechos previstos para la protección de los socios, acreedores y trabajadores.

El art 95 LME coincide con la nueva Propuesta de la Comisión, sin embargo, las previsiones de esta última describen con mayor precisión la información requerida en relación con la protección de los socios y los acreedores, además de contemplar supuestos no recogidos en la normativa española: la fecha a partir de la cual, desde el punto de vista contable, las operaciones de la empresa que tenga previsto trasladar su sede social se considerarán realizadas en el estado miembro de acogida y los «instrumentos» de constitución de la sociedad en el Estado de destino. Respecto a este último, el término «instrumentos» es un tanto ambiguo. No se sabe muy bien si se refiere a aquellos elementos necesarios para la válida constitución en un Estado Miembro. En esta línea se situó la Recomendación del Parlamento Europeo del 2012 cuando exigía que se señalara un posible traslado de la administración central o del

(44) La figura del experto independiente es introducida en la Propuesta de la Comisión con el objetivo de otorgar al Registrador la información suficiente para elaborar un control de fondo sobre el traslado y evitar así situaciones fraudulentas.

principal lugar de actividad en caso de que el Estado de destino así lo exija. Para Estados como España, la existencia de dicho requisito podría evitar problemas como el contemplado en el asunto *Polbud* anteriormente descrito.

Elaborado y firmado el proyecto por los administradores sociales, se debe depositar en el Registro Mercantil una copia del mismo. Posteriormente se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil el hecho del depósito y la fecha en la que hubiera tenido lugar, sin que se pueda convocar la junta antes del depósito.

El artículo 96 hace referencia al segundo de los documentos que tendrán que elaborar los administradores y será puesto a disposición de socios y acreedores una vez convocada la junta. Se trata de un informe en el expliquen y justifiquen detalladamente los aspectos jurídicos y económicos, así como sus consecuencias para los socios, trabajadores y acreedores. La redacción del informe es muy importante porque ayudará a garantizar la viabilidad de la operación, y en lo que a nosotros nos atañe, la legalidad de la misma, dado que en lo referente a las cuestiones jurídicas debería constar los requisitos de constitución del Estado de destino y la forma jurídica adoptada⁽⁴⁵⁾. En cuanto al resto del contenido, serán las circunstancias particulares de cada sociedad la que determinarán el alcance del precepto por lo que acierta el legislador español en flexibilizar el contenido del informe al no poder prever *a priori* los motivos del traslado⁽⁴⁶⁾.

En el caso de que se llegue a adoptar definitivamente la Directiva, la legislación española podría ser reformada en este punto ya que, en su esfuerzo de garantizar la protección a los trabajadores y la prevención del fraude, la Comisión ha decidido incorporar dos informes preceptivos nuevos y una consulta directa a socios, trabajadores y acreedores. Ello hace que el informe recogido en nuestro artículo 96 que tenía un contenido general, se divida en dos con contenido específico: uno para los socios y otro para los trabajadores, excluyendo a los acreedores.

La exclusión de los acreedores se explica en que las menciones a la protección y a las garantías ofrecidas a estos deberán ir recogidas en el proyecto de traslado. Sin embargo, es preferible o diseñar un informe particular para los acreedores o incluir un apartado específico dentro del elaborado para los socios ya que los intereses en cuanto a la rentabilidad de la empresa serían similares, aunque parece más adecuada la primera opción debido a que el informe a los socios está enfocado como acto preparatorio de la junta⁽⁴⁷⁾. Sea como fuere, si la Comisión quiere garantizar la protección de los acreedores, un informe en el que se detalle simplemente las consecuencias del traslado sobre sus derechos de crédito sería un elemento de gran utilidad para reforzar sus intereses.

(45) ESPIGARES HUETE, J.C., *loc. cit.*, p. 121.

(46) SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., *op.cit.* p. 80

(47) De hecho, el artículo 98 de la LME establece el derecho de consulta del informe a socios y acreedores una vez convocada la junta, por lo que de ahí su naturaleza de acto preparatorio a la misma.

En cuanto al informe a los trabajadores, este deberá detallar cómo va a afectar el traslado a las condiciones sustanciales del trabajo, a la localización del centro de trabajo y al mantenimiento del empleo, introduciendo además un periodo de consulta previo a los representantes, o en su caso, a los trabajadores directamente. Introducir un informe específico es positivo, ya que LME no otorga a día de hoy un derecho de consulta a los representantes de los trabajadores del informe y del proyecto similar al que tienen los socios y acreedores. Habría que acudir al artículo 64.1 del Estatuto de los Trabajadores⁽⁴⁸⁾ para cubrir las deficiencias de la LME ya que reconoce un derecho de información y consulta en caso de «cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo de la empresa», pero por cuestiones de seguridad jurídica sería más conveniente una reforma.

Otra de las novedades de la nueva Propuesta de Directiva que no estaba ni siquiera en las Recomendaciones del Parlamento Europeo es el informe de un experto independiente nombrado por el Registro. El objetivo de la disposición es que el experto evalúe la veracidad y certeza del proyecto y los informes del traslado elaborados por los administradores, y asegurar que la operación no constituye un acuerdo artificial. Para ello la sociedad en cuestión deberá facilitarle toda la información que el experto independiente considere relevante, y podrá recibir, si lo estima necesario, la opinión de los representantes de los trabajadores, así como de los socios y acreedores. Todo ello será recogido en un informe que será depositado y publicado en el Registro.

Este es el elemento clave de la Propuesta: por un lado, se configura como instrumento esencial en la lucha contra los acuerdos artificiales ya que deberá recoger entre otras cuestiones⁽⁴⁹⁾ la residencia fiscal de la sociedad; y, por el otro, altera la naturaleza del control del Registro Mercantil como se expondrá a continuación. La única matización que añadiría al respecto sería la posibilidad de sanción en caso de falta de colaboración, o falta de entrega a tiempo de la información requerida por parte del experto independiente. Si bien la Propuesta señala que los Estados deberán hacer posible la facilitación de la información, no establece el cómo, y muchas veces la vía sancionadora es la única garante del cumplimiento de la normativa.

Finalmente, la última novedad en lo relativo a la documentación previa vuelve a reforzar la posición de socios, acreedores y trabajadores, permitiendo que envíen al Registro y a la sociedad sus valoraciones sobre el proyecto del traslado y el informe del experto independiente. La idea en origen es sin duda positiva, pero hay que precisar determinados aspectos. En primer lugar, es demasiado amplio el precepto; sería

(48) La DA1ª de la Ley de Modificaciones Estructurales señala explícitamente que lo recogido en esta ley se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta contenidos en la legislación laboral.

(49) El informe del experto independiente tendrá que contener al menos las siguientes menciones: las características del establecimiento en el Estado de destino, el sector de inversión, el volumen de negocios neto y los ingresos o pérdidas, el número de trabajadores, la composición del balance, la residencia fiscal, los activos y su localización, el centro habitual de trabajo de los trabajadores, el lugar donde se prestan las contribuciones sociales y donde se asumen los riesgos comerciales en el Estado destino y en el Estado de origen. Con ello se trata de elaborar un análisis pormenorizado para evitar situaciones de fraude, evasión fiscal, o incluso en términos de la Comisión «blanqueo de capitales».

más conveniente exigir un determinado porcentaje de participación en la sociedad, con la posibilidad de agruparse en caso de socios minoritarios. En segundo lugar, nada dice del uso que tienen tales apreciaciones⁽⁵⁰⁾; se intuye que sería un elemento que valorar por el Registro a la hora de expedir el certificado y analizar el informe del experto independiente, y una herramienta para la sociedad de saber cuál es la postura de estos grupos de cara al traslado. Sin embargo, no hay una obligación de contestar ni tampoco de tener en cuenta las valoraciones efectuadas.

1.3. La junta de socios: un régimen impugnatorio confuso

El traslado transfronterizo del domicilio social deberá, como es lógico, ser aprobado por la junta de socios con los requisitos y formalidades que se establezcan y así lo exige el artículo 97 LME. En concreto habrá que tener presentes los requisitos para la válida adopción del acuerdo en junta en lo referente al quorum de constitución y el régimen de mayorías para la adopción de acuerdos. En este caso la LSC establece un sistema de quórum (solo para el caso de la sociedad anónima y comanditaria por acciones) y mayorías reforzadas para todo tipo de modificaciones estructurales entre las que se encuentra el traslado transfronterizo del domicilio social, diferenciando, no obstante, entre las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas⁽⁵¹⁾.

Junto a los requisitos de constitución y adopción de la junta general de socios habrá que tener presente la normativa relativa a la preparación de la junta. Así pues, la sociedad deberá publicar el acuerdo de convocatoria en los términos señalados por el art 98 LME (en el BOE y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, con posibilidad de sustituirse por la página web) así como el posible nuevo domicilio de la sociedad y la forma de ejercer los socios y acreedores sus derechos, tanto el de consulta de la documentación previa del traslado, como el de separación u oposición en su caso.

Se echa en falta un régimen especial de impugnación de los acuerdos sociales que limite el plazo del ejercicio de la acción, así como el alcance de sus efectos. El plazo de caducidad general que señala el artículo 205 LSC es de un año desde la adopción de la junta (salvo en caso de que sea contrario al orden público), por lo que es perfectamente posible que se impugne cuando la sociedad ya se encuentre

(50) Para el caso de los socios podría articularse junto con el derecho de información que les reconoce la LSC en los artículos 196 y 197 en relación con la celebración de la junta.

(51) El artículo 194 LSC exige un quorum para las sociedades anónimas en primera convocatoria la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean al menos la mitad del capital suscrito con derecho a voto exigiéndose en este caso la mayoría absoluta de los votos para la adopción de la decisión (art 201 LSC), en segunda convocatoria dicho requisito se reduce al veinticinco por ciento, en cuyo caso se exigirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado, siempre y cuando los estatutos no prevean requisitos más amplios para el quorum o la votación. Para la sociedad de responsabilidad limitada no se exige un quorum mínimo, pero se requiere una mayoría legal reforzada (art 199 LSC), exigiendo el voto favorable de al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital.

constituida en el Estado de destino. El Registrador hará un control formal de que se ha celebrado la junta, pero no de las vicisitudes materiales de la misma como por ejemplo la votación de personas que no tenían derecho a ello⁽⁵²⁾, por lo que no pondrá trabas a la inscripción del mismo y a la posterior cancelación registral. El competente sería el tribunal español en virtud del artículo 24 del Reglamento 1215/2012(Bruselas I Bis) que podría estimar las pretensiones y declarar la nulidad del acuerdo social. La extensión de esa nulidad podría derivar en que las partes soliciten el reconocimiento de la sentencia en el Estado de destino de forma incidental a la solicitud de la nulidad de la inscripción y así evitar la validez de la transformación social. Tal extensión no es deseable dado que se generaría una situación de no nacionalidad de la sociedad ya que la misma no ha sido válidamente constituida en el Estado de destino, pero tampoco se encuentra registrada en España por lo que no se sabría muy bien cuál es su régimen jurídico. Así pues, solo cabe limitar el plazo de impugnación y sus efectos.

Tanto con la Propuesta de la Comisión como con la LME se recogen tres situaciones diferentes en las que se podría acudir a los tribunales: en caso de que el acreedor considere que las garantías de protección de sus derechos no son suficientes, la posibilidad de impugnar la certificación previa del traslado, a lo que habría que sumar la posibilidad general de impugnar un acuerdo social. Tres momentos distintos, con una característica común: los legitimados para impugnar son aquellos que muestren un interés legítimo al respecto, que se reducirá a los socios, trabajadores y acreedores.

Como se expondrá en el siguiente apartado, la calificación registral se hará sobre la base del informe del experto independiente donde ya irán recogidas las manifestaciones que los acreedores, trabajadores y socios le hayan presentado. Por lo tanto, sería más conveniente que los acreedores solicitaran en ese momento al Registro la adopción por parte de la sociedad de nuevas garantías, con la posibilidad de impugnar la decisión del Registro. Incluso se podría ir un paso más allá y configurar un único recurso, con un plazo de interposición inferior, ejercitable a partir del día siguiente del otorgamiento del certificado, en el que cupieran todo tipo de causas impugnatorias, desde la nulidad de la junta a la consideración del acuerdo como artificial.

1.4. Aspectos registrales: un control de fondo y la necesidad de coordinación

Aprobado por la junta de socios el traslado del domicilio social tan solo quedaría una última fase de naturaleza registral que consta de tres operaciones diferentes: la obtención de la certificación previa del traslado, la inscripción en el registro extranjero y finalmente la solicitud de cancelación registral. Previamente deberá otorgarse ya

(52) ECHEBARRÍA SÁENZ J.A., «Capítulo 23: Fase decisoria. Tutela de los intereses de socios y acreedores» RODRÍGUEZ ARTIGUAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.F., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (tomo II)*, op.cit., p. 101, vid. Nota a pie 13.

sea por un notario español, o incluso por un notario de un tercer Estado si cumple el requisito de equivalencia institucional⁽⁵³⁾, la escritura pública del traslado⁽⁵⁴⁾, que es requisito indispensable para la obtención de la «certificación previa al traslado» tal y como se desprende del tenor literal del art 101 LME. Presentada la escritura pública en el Registro y a la vista de los datos obrantes en la misma, el Registrador acreditará el cumplimiento de los requisitos que exige la ley española, expedirá la mencionada certificación, lo que conlleva el «cierre registral».

Una vez obtenido la certificación previa al traslado, la sociedad deberá inscribir su nuevo domicilio social en el Registro del Estado de destino. Será a partir de ese momento cuando el traslado y las modificaciones estatutarias surtirán efectos (art 102). El último paso será la cancelación de la inscripción en el Registro español como indica el artículo 103 LME para lo que será necesario acreditar la inscripción en el Registro extranjero del nuevo domicilio. Una vez cancelada la inscripción y constituida la sociedad en el Estado de destino el traslado se habrá completado.

El principal problema que se puede plantear sobre las cuestiones registrales es la falta de coordinación entre los distintos Estados Miembros generando unos costes añadidos y una inseguridad jurídica que no es deseable en este tipo de operaciones tan complejas⁽⁵⁵⁾. Sobre ello ha incidido la Comisión, que además de establecer un sistema uniforme ha introducido un nuevo control de fondo registral.

Como se ha señalado anteriormente, el Registrador español tan solo certifica el cumplimiento de la legislación española, es decir, un control meramente formal. La Propuesta articula un control de fondo para evitar cualquier traslado artificial donde jugará un importante papel el informe del experto independiente. Así pues, en base a tal informe, al de los administradores, al proyecto de traslado y a los comentarios enviados por todas las partes interesadas en el proceso el Registrador podrá iniciar un proceso de «valoración de fondo» de naturaleza contradictoria. Así pues, se le otorga un instrumento al Registrador para determinar si la sociedad en cuestión está intentando realizar una operación fraudulenta y engañosa. La introducción del informe del experto independiente no se entendería sin un posible examen de fondo del Registrador, siendo la combinación de ambos el mejor instrumento para el

(53) *Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L. «Capítulo 24: La ejecución del traslado internacional del domicilio social» RODRÍGUEZ ARTIGUAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.F., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs), RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (tomo II)*, *op.cit.* p. 135

(54) El contenido detallado de la escritura pública del traslado podrá consultarse en *Ibidem* p. 135

(55) A modo de ejemplo, es interesante la problemática que puede surgir en el periodo de tiempo comprendido entre la inscripción en el registro extranjero y la cancelación registral en el que la sociedad se encuentra inscrita en dos Estados, sobre todo a efectos de determinar el domicilio del demandado para atribuir la competencia judicial internacional, pero baste con apuntar que la doctrina entiende que en estos casos de discordancia, el tercero de buena fe que desconozca el cambio podría demandar en el domicilio del Estado de origen, correspondiendo la carga de la prueba a quien alegue dicho conocimiento. Así lo entiende la jurisprudencia menor para traslados internos *vid.* SAP de Málaga, 381/2006 de 30 de junio de 2006, ECLI: ES: APMA:2006:1563

cumplimiento de la legalidad, y la lucha contra operaciones fraudulentas de ahí que se defienda una acumulación de recursos justo en esta fase en la que el Registrador recaba opiniones de todas las partes interesadas que podrán solicitar por ejemplo mayores garantías, o un cumplimiento de los periodos de consulta a fin de que se otorgue el certificado.

Expedida dicha certificación, debe ser comunicada inmediatamente al Estado de destino a través del sistema de interconexión de registros para que se inicie el procedimiento de inscripción en dicho Estado. No regula la Propuesta de la Comisión los documentos necesarios para que se produzca la inscripción. Desde mi punto de vista, sería más eficaz establecer una documentación común que podría ser la copia de los estatutos sociales, la certificación previa del traslado y el acuerdo de traslado social respetando la forma que exija la ley del Estado de recepción, tal y como lo hacía las Recomendaciones del Parlamento Europeo.

Una vez inscrita la sociedad en el nuevo Estado, debe ser inmediatamente dada de baja en el Registro en el Estado de origen evitando así los problemas transitorios que antes se plantearon.

2. España como estado de destino del traslado: ¿hacia el fin de la teoría de la sede real?

Hasta este punto tan solo se ha tratado el traslado tomando a España como Estado de origen. Si bien es cierto que el mayor peso de la operación recae como es lógico en el Estado desde el cual «emigra» la sociedad, también contiene la ley española alguna previsión para aquellas sociedades que pretenden trasladarse a nuestro país.

2.1. La aplicación de la ley española a la sociedad trasladada

El Título V de la Ley de Modificaciones Estructurales tan solo contiene un artículo, el 94, que regule el supuesto de traslado a territorio español del domicilio social garantizando para aquellas sociedades que se trasladan desde un Estado Miembro el mantenimiento de la personalidad jurídica siempre que se cumpla la legislación española en lo relativo a la constitución de sociedades. El precepto es demasiado amplio. En primer lugar, no impide que una sociedad en concurso o en liquidación pueda trasladarse a España, como si lo hace a la inversa⁽⁵⁶⁾ por lo que habrá que estar a lo dispuesto en la regulación del Estado de origen. En segundo lugar, se deberá acudir a las reglas que del Título II de la LSC donde se establece el procedimiento de constitución de las sociedades de capital. Ahora bien, no hay que olvidar que en el traslado del domicilio social partimos de una sociedad preexistente que mantiene

(56) Cf. *Ibidem* p. 114

su personalidad jurídica, por lo que no se le podrán aplicar aquellas disposiciones que ignoren este hecho fundamental⁽⁵⁷⁾.

Tampoco regula la LME el régimen registral de las sociedades que se trasladan a España. Evidentemente será el encargado del Registro del Estado de origen el que certifique la legalidad del traslado en lo referente a la cancelación registral a través de una certificación similar a la prevista en el art 101 LME, pero tendrá que ser el Registrador español el que, con la documentación presentada, principalmente a través de la presentación de una copia de los estatutos sociales y del acuerdo de traslado, certifique que se cumple la legislación de nuestro país relativa a la constitución de sociedades⁽⁵⁸⁾.

2.2. *El traslado de sede real: una exigencia actual en riesgo de desaparición*

En cuanto al traslado de la sede real, se ha llegado a plantear que el traslado del domicilio social a España no tiene por qué verse acompañado del traslado de la sede efectiva, ya sea el centro de administración o el principal establecimiento o explotación. Tal regla no puede ser compartida, el traslado a España exige que la sede real se encuentre en nuestro país. La ley española requiere que las sociedades españolas tengan el centro de efectiva administración o el principal establecimiento o explotación en España, y la LME, así como la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Cartesio*, *Vale* y *Polbud* exigen el cumplimiento de la legislación del Estado de destino. Es cierto que una sociedad de capital es española si el domicilio social se encuentra en España, por lo que el mero hecho de que la sede real no se encuentre en España no supone «la pérdida de la nacionalidad». Esa sociedad sería considerada como «irregular», es decir, no estaría válidamente constituida de acuerdo con el ordenamiento español, que es precisamente el requisito que exige el TJUE para el ejercicio del derecho al traslado del domicilio. La sede real debe de coincidir con la sede social, así lo exige nuestra LSC y así se deberá exigir a las sociedades que pretendan trasladarse a nuestro territorio.

Si finalmente se estableciera un proceso de traslado transfronterizo comunitario en la que se garantizase la posibilidad de evitar cualquier tipo de «traslado fraudulento» se podría plantear una «flexibilización» de los criterios de constitución. Para ello podría reformarse el artículo 9 de la LSC en el sentido de que tan solo se exija una «presencia relevante» o el ejercicio de una «actividad económica relevante»

(57) *Vid.* SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., *op. cit.*, p. 68. Un ejemplo sería la no aplicación del régimen de responsabilidad de las sociedades «en formación» (arts. 36 a 38 LSC) ya que la sociedad ya está «formada en otro Estado Miembro», por cuya legislación se registrará hasta constituirse en España.

(58) *Vid.* ESPIGARES HUETE, J.C., *loc. cit.*, p. 115. Entre ellas se encuentra el certificado del país de origen, y la copia de los estatutos y el acuerdo, el artículo 309 del Reglamento del Registro Mercantil exige el traslado de la hoja o expediente del Registro extranjero, apostillada y traducida, de los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la normativa española y el depósito de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio.

en España, sin necesidad de que tenga que fijarse en España el centro de efectiva administración y dirección o su establecimiento o explotación principal.

IV. CONCLUSIONES

1. La problemática que plantea el traslado transfronterizo del domicilio social no es algo nuevo en nuestro Derecho. Sin embargo, las recientes soluciones que se han planteado desde las Instituciones Europeas sí que lo son. La Sentencia Polbud puso de relieve la necesidad de un procedimiento armonizado en el seno de la Unión Europea, que evitara un traslado «fraudulento» del domicilio social. Por ello, debe ser bienvenida la Propuesta presentada por la Comisión el pasado 25 de abril de reforma de la Directiva 2017/1132 sobre determinados aspectos del derecho de sociedades, incorporando dicho procedimiento.

2. Ya el TJUE había reconocido a través de la Sentencia Cartesio, la existencia de un derecho al traslado transfronterizo del domicilio social como parte integrante de la libertad de establecimiento recogida en el artículo 54 del TFUE. Tres fueron las reglas que enunció el Tribunal y que constituyen su contenido esencial: la continuidad de la personalidad jurídica, la no disolución de la sociedad que se traslada, y la imposibilidad de impedir un traslado siempre y cuando se cumplan los requisitos de constitución del Estado de destino.

3. Sobre esas bases impuestas por el TJUE, España adoptó la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en la que se detalla un procedimiento de traslado «internacional» del domicilio social. La falta de un control de fondo, la ausencia de instrumentos que permitan evitar un traslado fraudulento, la débil configuración del derecho de participación de los colectivos afectados son algunas de las debilidades que presenta nuestra ley, que podrían verse subsanadas con la nueva Propuesta.

4. La Comisión se ha centrado en la prevención de «traslados fraudulentos», probablemente como consecuencia de los hechos acaecidos en Polbud. Por ello, la Comisión propone un nuevo control registral, creando una especie de «control o examen de fondo», en la que se podría denegar el certificado de traslado si se prueba la «artificialidad» del mismo. Para ello introduce un nuevo informe preceptivo a cargo de un «experto independiente», cuyo principal cometido será alertar al Registro de las posibles irregularidades de la operación.

5. Si de verdad se consigue erradicar dicha «artificialidad», quizás sea el momento de plantearnos la progresiva desaparición del modelo de sede real que adopta la LSC. No se defiende un modelo «contractual» al estilo británico, pero sí la flexibilización de los requisitos para la válida constitución de sociedades en nuestro país.

**LA DETERMINACIÓN DEL NEXO CAUSAL EN
LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN DENTRO DEL ÁMBITO SANITARIO:
EL ALGORITMO DE KARCH Y LASAGNA**

**THE DETERMINATION OF CAUSAL NEXUS IN
PATRIMONIAL RESPONSIBILITY OF THE PUBLIC
ADMINISTRATION WITHIN THE HEALTH FIELD:
THE ALGORITHM OF KARCH AND LASAGNA**

MARTA VERGARA FORÉS
Máster en Acceso a la Abogacía

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LAS REACCIONES ADVERSAS A UN MEDICAMENTO EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.
 - 1. **Obligaciones y responsabilidades de los profesionales sanitarios y pacientes en caso de sospechas de reacciones adversas.**
 - 2. **Metodología en la detección y prevención de las reacciones adversas.**
- III. USO DE ALGORITMOS PARA DETERMINAR EL GRADO DE IMPUTABILIDAD: EL ALGORITMO DE «KARCH Y LASAGNA».
 - 1. **Funciones principales y desarrollo.**
 - 2. **Incorporación y aplicación en la jurisprudencia española.**
 - 2.1. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), núm. 2/2012, de 2 de enero 2012.
 - 2.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 20 de febrero de 2017.
- IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El objeto de este trabajo está dirigido al estudio de la responsabilidad patrimonial dentro del ámbito sanitario, cuando un paciente o grupo de pacientes sufre una reacción adversa como consecuencia de la dispensa de un medicamento en su tratamiento médico. También se ha tratado de profundizar y reflexionar con mayor agudeza, en la valoración y determinación de la aparente relación causa-efecto que existe entre dichas reacciones adversas y el suministro de un fármaco, medicamento o vacuna. Y todo ello, mediante el estudio de los algoritmos de causalidad utilizados en el ámbito de la medicina para este tipo de casos, pero más concretamente, el algoritmo de causalidad de Karch y Lasagna.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial, sanidad, reacción adversa, algoritmo, relación de causalidad.

ABSTRACT: The purpose of this dissertation is aimed to the study of patrimonial responsibility within the health field, when a patient or group of patients suffers an adverse reaction as a consequence of the dispensation of a medication in their medical treatment. We have also tried to deepen and reflect more acutely, in the assessment and determination of the apparent cause-effect relationship that exists between those adverse reactions and the supply of medicines, drugs and vaccines. And all of it, through the study of the causality algorithms used in the field of medicine for this kind of cases, but more specifically, the causality algorithm of Karch and Lasagna.

Keywords: patrimonial responsibility, health service, adverse reaction, algorithm, causal relationship.

I. INTRODUCCIÓN

El Sistema Español de Farmacovigilancia (SEFV) se encarga de proporcionar toda la información necesaria a los facultativos y especialistas, para que estos puedan evaluar de manera correcta la seguridad y efectividad de los medicamentos comercializados en todo el territorio español. Cuando la Administración sanitaria se encuentra ante una situación de riesgo para la salud de los pacientes, que se produce como consecuencia de una actuación administrativa dentro de este ámbito y que ha derivado en la aparición de una reacción adversa tras el suministro de un medicamento a un paciente sometido a tratamiento, debe emprender con la mayor brevedad posible todas aquellas medidas y acciones reguladoras necesarias para salvaguardar la salud pública, pero sobre todo, en estos casos, la salud del paciente afectado.

Una vez que el medicamento está comercializado en el mercado español, el inconveniente surge cuando estamos ante problemas más específicos que engloban cuestiones jurídicas de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, como las que se estudian en el presente trabajo. Por lo tanto, desde el mismo momento en que se detecte una reacción adversa tras suministrar un medicamento a un paciente, se han de poner en marcha todos aquellos mecanismos necesarios para detectar el origen del problema. A estos efectos, se han creado lo que se conoce como algoritmos de causalidad, es decir, unos instrumentos que permiten clasificar

los diferentes tipos de reacciones adversas y así determinar la relación causa-efecto que existe entre éstas y el fármaco o vacuna que se ha dispensado. Actualmente, el algoritmo de causalidad o probabilidad utilizado por todos los centros sanitarios del SEFV, es el algoritmo de Karch y Lasagna, un sistema eficaz que permite definir de manera objetiva, el grado de imputabilidad de la Administración sanitaria en la mencionada relación de causalidad.

No cabe duda de que se trata de un método muy novedoso, ya que se ha empezado a utilizar en sede judicial para fundamentar y justificar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en la resolución de estos supuestos, por lo que debido a su reciente incorporación e implementación en nuestro sistema, nos parece por consiguiente adecuado delimitar en qué consiste, cuáles son sus características, para qué se utiliza y qué consecuencias se pueden derivar de su aplicación en el ámbito jurídico.

II. LAS REACCIONES ADVERSAS A UN MEDICAMENTO EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. Obligaciones y responsabilidades de los profesionales sanitarios y pacientes en caso de sospechas de reacciones adversas

En primer lugar, las obligaciones que atañen a los profesionales sanitarios que trabajan y cooperan dentro del ámbito de la Farmacovigilancia, vienen reguladas en el art. 6 del Real Decreto 577/2013, de 26 de julio, por el que se regula la Farmacovigilancia de medicamentos de uso humano y se clasifican, a nivel general, de la siguiente manera:

1. Notificar las sospechas de reacciones adversas de los medicamentos autorizados y comercializados, dentro y fuera de España⁽¹⁾. La notificación de las reacciones adversas graves o inesperadas⁽²⁾ tienen prioridad respecto a las demás.
2. Señalar y especificar de forma detallada que la reacción adversa se ha producido como consecuencia de un error de la medicación.
3. Conservar por un período mínimo de 5 años la documentación clínica de las sospechas de reacciones adversas a medicamentos.

(1) Las obligaciones del médico responsable del tratamiento en caso de medicamentos no comercializados en España con un seguimiento especial, se encuentra regulado en el Art. 11 del Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales.

(2) Una reacción adversa grave es aquella situación que puede provocar la muerte, amenaza la vida del paciente, provoca o prolonga su hospitalización, ocasiona su incapacidad laboral o escolar, o induce defectos congénitos o clínicamente relevantes (*vid.*, CENTRO AUTONÓMICO DE FARMACOVIGILANCIA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, *Notifiquen las sospechas de RAM* [En línea], Consejería de Sanidad (Gobierno del Principado de Asturias), Oviedo, 2016, p. 2, <http://bit.ly/2jamCRy> (Acceso el 7 de noviembre de 2017).

4. Cooperar con el SEFV proporcionando los datos necesarios, para ampliar o completar la información de otras sospechas de reacciones adversas notificadas.
5. Colaborar con los titulares de la autorización de comercialización de los medicamentos y aportar información para su adecuada evaluación científica.
6. Mantenerse informados sobre la seguridad de los medicamentos que se prescriban habitualmente, llevar a cabo medidas de prevención de riesgos y cuantos procedimientos se acuerden para facilitar su cumplimiento.
7. Colaborar con la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) y los Centros Autonómicos de Farmacovigilancia (CAFV) de las CCAA, en la evaluación de riesgos de los medicamentos o el impacto de las medidas administrativas puestas en marcha para minimizarlos.

Por otro lado, en cuanto a las obligaciones de los profesionales sanitarios dentro del ámbito del Principado de Asturias, la notificación de las reacciones adversas se puede realizar de forma física mediante correo postal, utilizando el sistema de la tarjeta amarilla del CAFV del Principado de Asturias o de forma *online*. Esta segunda vía es la preferente y se realiza a través de formularios incluidos en los sistemas informáticos OMI-AP, SELENE y MILLENIUM o mediante el uso del formulario electrónico habilitado por la AEMPS en su página web: www.notificaRAM.es. Por tanto, los profesionales sanitarios se ven en la obligación de notificar todo tipo de reacciones adversas a un medicamento, ya sea una reacción adversa conocida de cualquier clase de medicamento o una sospecha de reacción adversa de, incluso, medicamentos nuevos de los que apenas se tiene información por su reciente comercialización. Cabe destacar al respecto que estos medicamentos nuevos o de seguimiento adicional⁽³⁾ vienen diferenciados de los primeros porque están marcados en su ficha técnica con un triángulo invertido de color negro⁽⁴⁾.

(3) Los medicamentos sujetos a un seguimiento adicional deben incluir en su prospecto de información, un triángulo negro invertido conforme a las nuevas directrices y el procedimiento establecido por la UE, para poder identificar aquellos medicamentos que se encuentran sometidos a un seguimiento particularmente riguroso por parte de las autoridades sanitarias. Esta señal distintiva significa, en suma, que el medicamento está sujeto a un control más exhaustivo que los demás medicamentos conocidos del mercado. Esta circunstancia se debe a que se dispone de menos información sobre estos medicamentos que sobre otros, ya sea porque se ha comercializado recientemente o porque la información de la que se dispone sobre su uso es de carácter limitado, pero no significa que el medicamento no sea seguro. En abril de 2013, la AEMPS publicó por primera vez la lista europea de medicamentos sujetos a seguimiento adicional y desde entonces es revisada mensualmente por el Comité para la Evaluación de Riesgos en Farmacovigilancia (PRAC) de la AEMPS. Además, un medicamento permanecerá sujeto a seguimiento adicional por un período máximo de cinco años o hasta que el PRAC decida retirarlo de la lista (*vid.*, AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, *Medicamentos sujetos a seguimiento adicional* [En línea], Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2013, pp. 3 y 4, <http://bit.ly/2zGAU3j> (Acceso el 7 de noviembre de 2017).

(4) CENTRO AUTONÓMICO DE FARMACOVIGILANCIA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, *op.cit.*, p. 2.

En segundo lugar, una novedad muy importante que introduce este Real Decreto 577/2013, de 26 de julio, por el que se regula la Farmacovigilancia de medicamentos de uso humano, es que se regula por primera vez en España la posibilidad de que los pacientes puedan notificar las sospechas de reacciones adversas a un medicamento al SEFV. Esta nueva circunstancia se encuentra recogida en su art. 7 donde se establece que «*Los ciudadanos podrán notificar las sospechas de reacciones adversas a los medicamentos, bien poniéndolas en conocimiento de los profesionales sanitarios quienes, una vez realizada su valoración clínica, las pondrán en conocimiento del Sistema Español de Farmacovigilancia, o bien directamente al Sistema Español de Farmacovigilancia*». Para el caso en el que contacten con los profesionales sanitarios responsables en ese momento, éstos tienen el deber y obligación de ponerlo inmediatamente en conocimiento del SEFV; sin embargo, cuando los pacientes optan por la comunicación directa a este organismo, la misma se realiza a través de un formulario electrónico en una página web y cuyo acceso se encuentra indicado en el prospecto de cada medicamento. Gracias a esta reforma legislativa en la seguridad de los medicamentos, se incrementa la participación de los pacientes al igual que los profesionales sanitarios, para mejorar la transparencia y la comunicación en la notificación de sospechas de reacciones adversas.

2. Metodología en la detección y prevención de las reacciones adversas

Los problemas relacionados con los medicamentos son cuestiones dentro del sector sanitario, que aún no están bien estudiadas en los servicios de urgencias. A estos efectos, los servicios de urgencias son los departamentos que tienen que actuar como primer sitio de reconocimiento para las reacciones adversas a medicamentos en la población ambulatoria. La única forma efectiva de poder valorar la relación de causalidad o causa-efecto es a través del uso de «algoritmos de causalidad», por lo que su aplicación en los diferentes países se selecciona en función de unos criterios de fácil aplicación u homogeneidad. Sin embargo, no está muy claro todavía cómo seleccionar un algoritmo de casualidad sobre otro, ni siquiera la utilidad real de aplicar un algoritmo, por lo que encontrar un algoritmo que utilice un método con una relación de «*causalidad definitiva*» y con carácter definido, podría ser una herramienta muy valiosa de cara a determinar dicha relación causa-efecto entre la aplicación del medicamento y sus posibles reacciones adversas ante su dispensa⁽⁵⁾.

La OMS define la reacción adversa o efecto adverso como aquella respuesta que es nociva y no buscada y que ocurre a dosis usadas normalmente en humanos para la profilaxis, diagnóstico, tratamiento de una enfermedad o para la modificación

(5) Así lo afirman, GÜEMES ARTELES, M., SANZ ÁLVAREZ, E., y GARCÍA SÁNCHEZ-COLOMER, M., «Reacciones adversas y problemas relacionados con medicamentos en un servicio de urgencia» [En línea], *Revista Española de Salud Pública*, vol. 73, núm. 4, 1999, pp. 511 y 515-516, <http://bit.ly/2znrdm> (Acceso el 7 de noviembre de 2017).

de una función fisiológica⁽⁶⁾. Las reacciones adversas de un medicamento pueden deberse a multitud de factores, por ejemplo: un error en la prescripción, el abandono del tratamiento médico antes de lo previsto, la falta de efectividad, intoxicaciones, etc. En torno a esta cuestión, es importante resaltar que en muchas ocasiones las reacciones adversas pueden ser evitables si éstas se estudian de manera adecuada, por lo que recordamos que su prevención es uno de los objetivos más importantes de la Farmacovigilancia. Siguiendo las líneas del epígrafe anterior, aunque aquí ya de forma más específica, en cuanto a las estrategias de prevención de las reacciones adversas podríamos destacar⁽⁷⁾:

- La utilización de un tratamiento adecuado para un determinado paciente.
- El papel de las instituciones sanitarias como entes formadores en la instrucción y aprendizaje, tanto de profesionales como pacientes.
- El establecimiento de programas específicos sobre fármacos determinados.
- La determinación concreta de los grupos de riesgo.

Hoy en día los problemas con los medicamentos reciben mayor atención que hace décadas, pues la Farmacovigilancia ha presentado un gran desarrollo y evolución desde entonces, que ha permitido que los problemas de seguridad con los fármacos estén más controlados. En definitiva, todas estas circunstancias giran en torno a la cuestión única y principal de poder determinar con la mayor exactitud posible, la relación causa-efecto que se derive de la aplicación de un medicamento y la identificación de todos aquellos factores que puedan aumentar el riesgo de aparición de reacciones adversas.

El procedimiento habitual que se utiliza es el sistema que se conoce como «*tarjeta amarilla*», en la cual se registran a grandes rasgos: todos los datos del paciente, los medicamentos que se le están dispensando, aquellos posiblemente relacionados con la reacción adversa, la reacción que se le ha detectado, otros fármacos que recibe, los datos del sanitario o profesional responsable encargado de reportar la información y toda aquella información que se considere relevante. La tarjeta amarilla es un formulario que se utiliza para la notificación de sospechas de reacciones adversas y su formato puede ser o bien en papel o bien

(6) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Safety of Medicines –A Guide to Detecting and Reporting Adverse Drug Reactions– Why health professionals need to take action* [En línea], OMS (World Health Organization), Geneva, 2002, p. 5, <http://bit.ly/2iDBGn5> (Acceso el 7 de noviembre de 2017). A estos efectos, el texto original redactado en inglés recoge expresamente lo siguiente: «*An adverse drug reaction (ADR) is a “response to a medicine which is noxious and unintended, and which occurs at doses normally used in man”. In this description it is of importance that it concerns the response of a patient, in which individual factors may play an important role, and that the phenomenon is noxious (an unexpected therapeutic response, for example, may be a side effect but not an adverse reaction)*».

(7) Sobre esta cuestión, ARAMENDI, I., ARDAO, L., OYARZUN, M., PÉREZ, M. R., OLMOS, I., ALCIRA FRONTINI, M. y ROMANO, S., «Problemas relacionados con medicamentos en pacientes hospitalizados en el Hospital Vilardebó» [En línea], *Revista de Psiquiatría del Uruguay*, vol. 75, núm. 2, 2011, p. 125, <http://bit.ly/2m4KNSE> (Acceso el 7 de noviembre de 2017).

de manera electrónica⁽⁸⁾. En el momento en que se detecta una reacción adversa o una sospecha de la misma, automáticamente la Unidad de Farmacovigilancia encargada realizaría una evaluación sobre la relación causa-efecto y luego se enviarían los datos a la Unidad General de Farmacovigilancia de la OMS para reportar el problema. Por otro lado, la categorización de los diferentes tipos de reacciones adversas se distribuye desde la calificación de «probable» hasta «dudosa» y se basa en los criterios generales que recoge el conocido algoritmo de Karch y Lasagna modificado, que explicaremos en el siguiente epígrafe⁽⁹⁾.

III. USO DE ALGORITMOS PARA DETERMINAR EL GRADO DE IMPUTABILIDAD: EL ALGORITMO DE «KARCH Y LASAGNA»

El método por excelencia dentro del SEFV para poder evaluar la relación de causalidad, es el conocido «algoritmo de Karch y Lasagna modificado»⁽¹⁰⁾. Otro de los métodos utilizados en España es el «algoritmo de la OMS», pero tras diversos estudios se ha demostrado que el primero obtiene datos con mayor exactitud, precisión y puntaje de causalidad. Esta última circunstancia se apoya sobre la base de que en Karch y Lasagna se utilizan las historias clínicas de los pacientes para determinar la relación causa-efecto, por lo que cuenta con mayores ventajas y mucha más información que el algoritmo de la OMS. Sin embargo, uno de los puntos más débiles de estos dos métodos y que con el paso del tiempo debería mejorar, pues limita a grandes niveles la evaluación efectiva de la relación de causalidad, es la obtención de información con carácter incompleto y limitado en los formularios, ya que el análisis y determinación exacta de la causalidad depende en todo momento de la calidad e información obtenida. Los algoritmos son procesos muy complejos en los que existen bastantes posibilidades de falta de concordancia entre datos y diferencias en los resultados de evaluación, pero que, aun así, y a pesar de esta pequeña desventaja, son métodos muy exactos que han ido mejorando con el paso del tiempo, cuya aplicación cada vez es más frecuente en el ámbito sanitario porque han servido y sirven a día de hoy, de gran ayuda para todos los profesionales de este sector⁽¹¹⁾.

(8) Art. 2.10 del Real Decreto 577/2013, de 26 de julio, por el que se regula la Farmacovigilancia de medicamentos de uso humano.

(9) ARAMENDI, I., ARDAO, L., OYARZUN, M., PÉREZ, M. R., OLMOS, I., ALCIRA FRONTINI, M. y ROMANO, S., *op. cit.*, p. 126.

(10) En la actualidad, muchos autores lo denominan así porque algunas características de su contenido y desarrollo fueron modificadas por el ya conocido «algoritmo de Naranjo y colaboradores», que fue creado en el año 1981. Este antiguo algoritmo es el menos extenso de todos los que se pueden llegar a aplicar en este sector porque, por ejemplo, en comparación con el algoritmo de Karch y Lasagna, éste último recoge más preguntas y los profesionales se sirven de programas informáticos para procesar todas las respuestas; sin embargo, en el algoritmo de Naranjo y colaboradores esto no ocurre, por lo que la información es bastante más incompleta (*vid.*, ERKOREKA, N., FORTES, B. y SÁENZ DE BURUAGA, S., «Reacciones adversas muy poco frecuentes: Síndrome de Stevens-Johnson» [En línea], *Revista Argibideak*, vol. 18, núm. 5, 2008, p. 20, <http://bit.ly/2mxfW1p> (Acceso el 7 de noviembre de 2017).

(11) En cuanto a la aplicabilidad de este algoritmo a nivel internacional, destacamos en este sentido su utilización desde el año 1999 en Chile, lo que ha permitido proporcionar la información adecuada para

En el ámbito de la medicina convencional, para poder valorar de la forma más objetiva posible tanto los casos individuales de reacciones adversas frente a medicamentos, fármacos o vacunas, así como los efectos secundarios de los mismos, necesitamos aplicar un «*instrumento neutral que nos permita una valoración cuantitativa y cualitativa lo menos sesgada posible frente a nuestros prejuicios, sean a favor o en contra*»⁽¹²⁾ y por esta razón, entre otras, es por la que se han creado y desarrollado extensamente los algoritmos. El término «*algoritmo*» (del griego y latín *dixit algorithmus*) tiene su origen en el famoso matemático persa Al-Jwarizmi, al que se le conoce generalmente como «Al-Juarismi» y quien además es considerado el padre del álgebra e introductor de la numeración arábiga en nuestro sistema. Dentro del ámbito de la lógica, matemáticas, ciencias de la computación y todas aquellas disciplinas relacionadas con éstas, se define algoritmo como aquel «*conjunto prescrito de instrucciones o reglas bien definidas, ordenadas y finitas que permite realizar una actividad mediante pasos sucesivos que no generen dudas a quien deba realizar dicha actividad. Dados un estado inicial y una entrada, siguiendo los pasos sucesivos se llega a un estado final y se obtiene una solución*»⁽¹³⁾.

Por lo tanto, se trata de utilizar un conjunto de preguntas preestablecidas a las que se puede responder con un «*sí*» o un «*no*» y que se emplean para categorizar y poder determinar, con la mayor exactitud posible, la relación de causalidad. La respuesta a estas preguntas se valora de forma numérica (desde 0 hasta 8) y la puntuación final es lo que se correspondería con los distintos grados de causalidad de la relación. El beneficio principal que se deriva de la utilización de estos instrumentos no es otro que la estandarización del método aplicable, es decir, que su aplicación nos conduzca a determinar el grado de imputabilidad en la relación de causalidad entre el suministro del medicamento y la aparición de efectos secundarios, de la forma más objetiva posible.

la determinación de las reacciones adversas, aunque con cierta falta de concordancia entre los resultados de ambos métodos de evaluación, el algoritmo de la OMS y algoritmo de Karch y Lasagna. Este error podría atribuirse a la baja calidad de la información obtenida, por lo que desde entonces y hasta la actualidad ha sido necesario aumentar la frecuencia de notificaciones de sospechas de reacciones adversas mediante la difusión a los usuarios y la educación y formación de los equipos de salud (*vid.*, KYONEN, M., FOLATRE, I., LAGOS, X. y VARGAS, S., «Comparación de dos métodos de evaluación de causalidad de sospechas de reacciones adversas a medicamentos (RAM) 2003-2009», *Revista Médica de Chile*, vol. 143, núm. 7, 2015, pp. 880-884, <http://bit.ly/2iEe2GO> (Acceso el 7 de noviembre de 2017). Por otro lado, cabe decir que a día de hoy existen más de 20 métodos o sistemas diferentes dentro del mundo sanitario y de la Farmacología, para valorar y determinar la relación causa-efecto de un medicamento, fármaco o vacuna (*vid.*, RÍO SANTOS, F., «La utilización del algoritmo de Karch y Lasagna modificado en la responsabilidad patrimonial de la administración por asistencia sanitaria y su conexión con la Farmacovigilancia» [En línea], *Diario La Ley*, núm. 8968, 2017, p. 1, <http://bit.ly/2iF20gB> (Acceso el 7 de noviembre de 2017).

(12) MORA, J. y URIARTE, X., «Criterios de Valoración de los efectos secundarios y los Algoritmos de Karch-Lasagna modificados, Uriarte-Mora 2015» [En línea], *Vacunación libre*, núm. 21, 2015, p. 16, <http://bit.ly/2yFBiPD> (Acceso el 7 de noviembre de 2017).

(13) *Ibid.*

1. Funciones principales y desarrollo

Ante una notificación de sospecha o directamente de una reacción adversa, el algoritmo de Karch y Lasagna modificado utiliza cinco criterios de valoración que se clasifican de la siguiente forma⁽¹⁴⁾:

1. Secuencia temporal: Aquí se evalúa la relación temporal que existe entre la dispensa del medicamento y la aparición de la reacción adversa.
2. Conocimiento previo: Se debería tener información previa sobre las reacciones adversas posibles que pueden aparecer tras la administración del medicamento.
3. Efecto de la retirada: Este criterio hace referencia a todos aquellos efectos que se han observado tras la retirada al paciente. Dentro de él existe un criterio aún más específico, que se denomina «*reacciones mortales e irreversibles*».
4. Efecto de la reexposición: Aquí se analizarían los efectos que se deriven de aplicar el medicamento, fármaco o vacuna nuevamente al paciente.
5. Causas alternativas: En este criterio de valoración se recoge, si las hubiera, todas aquellas causas que puedan justificar la aparición del cuadro clínico del paciente y que sean diferentes de las resultantes de aplicar la medicación o vacunas.

Una vez se recogen todos los datos en el formulario con la tarjeta amarilla, se obtiene una puntuación expresada en términos numéricos y que, en función del resultado, ésta respondería a la siguiente clasificación⁽¹⁵⁾:

- Improbable o no relacionada: Hay una ausencia absoluta de relación entre la administración del medicamento y la reacción adversa observada. La puntuación es menor o igual que 0.
- Condicional: Puede haber una explicación alternativa más probable que explique la reacción adversa, que la que se obtiene desde un primer momento. La puntuación va de 1 a 3.
- Posible: No se puede excluir la relación de causalidad porque no hay una explicación alternativa concluyente como en el caso anterior. La puntuación va de 4 a 5.
- Probable: La reacción adversa puede ser debido al medicamento, fármaco o vacuna que se ha suministrado y existen más probabilidades de que así sea que respecto al caso anterior. La puntuación va de 6 a 7.

(14) RÍO SANTOS, F., *op. cit.*, pp. 10 y 11.

(15) A estos efectos, RÍO SANTOS, F., *op. cit.*, pp. 10 y ss. Con un análisis más detallado de esta cuestión sobre la que, además, se ha llegado a proponer la creación de nuevos algoritmos como el algoritmo Uriarte-Mora, y siguiendo el mismo patrón que el algoritmo de Karch y Lasagna modificado, destacamos la obra de MORA, J. y URIARTE, X., *op. cit.*, p. 16.

- Cierta o definida: Se refiere a la existencia de una relación de causalidad verdadera e incuestionable, entre el medicamento administrado y la reacción adversa observada en el paciente. La puntuación es mayor o igual que 8.

En definitiva, «*los algoritmos no son pues más que una ayuda en la valoración de las reacciones adversas a las vacunas y nos ayudan a mantenernos ecuanimes ante nuestros propios prejuicios*»⁽¹⁶⁾.

2. Incorporación y aplicación en la jurisprudencia española

Desde el año 2012, sólo en dos sentencias del ámbito contencioso-administrativo, la jurisprudencia española ha tenido en cuenta la utilización del algoritmo de Karch y Lasagna modificado para determinar el grado de imputabilidad en la relación de causalidad para los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. A este respecto, cabe decir también que el segundo caso referenciado en este apartado ha sido una sentencia pionera para el Principado de Asturias, pues es la más reciente (febrero de 2017) y la única de la CCAA en la que se ha aplicado este algoritmo para resolver los problemas de responsabilidad sanitaria, relacionados con la dispensa y suministro de una vacuna a un paciente. A continuación, y por orden cronológico, se analizan y explican de manera más detallada cada uno de los casos anteriormente citados.

2.1. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), núm. 2/2012, de 2 de enero 2012

En este supuesto nos encontramos ante un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en el que se le suministra a un menor de 15 meses la vacuna de la triple vírica (sarampión, rubeola y parotiditis) y, como consecuencia de ello, sufre una tetraparesia por parálisis cerebral de forma cuadripléjica que desembocó en un grado de minusvalía del 92%. Los padres del menor alegan que no fueron informados en ningún momento de los posibles efectos adversos y que el incumplimiento del deber de informar por la Administración, por sí solo, supone la conculcación de la *lex artis* y un daño que no tienen el deber jurídico de soportar. Además, la vacuna estaba contraindicada para su hijo porque días antes había tenido varios procesos catarrales, amígdalitis y fiebre, unos síntomas de los que no se encontraba totalmente recuperado en la fecha en la que se decidió la inoculación de la vacuna, por lo que su administración era incompatible con su estado o, al menos, se aconsejaba postergarla.

Conforme a lo recogido en la sentencia: «*Según los algoritmos de Karch y Lasagna, la reacción es a corto plazo y la relación causa-efecto es definida, se dice*

(16) MORA, J. y URIARTE, X., *op. cit.*, p. 17.

que la “vacunación triple vírica ha actuado como causa en el proceso desencadenado (...); la relación entre la encefalitis y la vacuna es del tipo definida, es decir, el más alto grado de imputabilidad, sin que conociesen circunstancia alguna (...) que contraindicase su suministro a los quince meses, según calendario vacunal; y que siendo la encefalitis un riesgo conocido y minoritario postvacunal, aún en el año 2001 no se hace referencia a los efectos secundarios tan severos, ni en el medicamento, ni a los padres”» (FJ3). En cuanto a la relación de causalidad entre la vacunación del menor y las reacciones adversas que se produjeron, la Sala confirma que esta circunstancia «nos lleva a admitir la alta probabilidad –suficiente a los efectos que aquí nos ocupan– de la imputación causal de la encefalitis a la inoculación de la vacuna (...), correspondiendo en este caso a la Administración demandada –dado lo desproporcionado del resultado en relación con la inoculación practicada– la carga de probar la total inexistencia de relación entre ambos episodios, lo que no ha conseguido (...); la relación entre la encefalitis y la vacuna es del tipo definida, es decir, el más alto grado de imputabilidad, no habiendo proporcionado la Administración sanitaria otra explicación o causa acerca del posible origen de tan grave enfermedad» (FJ4).

En cuanto a la falta de información a los demandantes y el incumplimiento de este deber por parte de la Administración, concluye la Sala que la demanda debe ser igualmente estimatoria porque sí existió verdaderamente una falta de información a los padres: «En las inmunizaciones, al ser medida preventiva por excelencia, se debe llegar a la participación voluntaria y consciente de la población beneficiaria de tales actuaciones. Para ello, es preciso que dicha población conozca suficientemente las ventajas que para la salud tienen las vacunaciones y la protección que contra ciertas enfermedades confieren. Asimismo, parece indispensable también que tengan adecuado conocimiento del calendario vacunal (...)» (FJ4). En este sentido, se afirma que la expresión «deberán recibir» es concebida como una conducta de carácter cuasiobligatorio, algo que conforme a la concepción general de la población es entendido como una obligación y es que, en este caso concreto, «lo que interesa ahora significar es que la finalidad de la información a proporcionar –conocimiento suficiente– se proyecta sólo sobre las ventajas de la vacunación y no sobre la información a los actores sobre el riesgo de encefalitis, excepcional pero conocido, vinculado a la inoculación del virus del sarampión. Sin perjuicio de reconocer que probablemente no exista en el campo de la prevención, ninguna medida con mejor relación beneficio/coste y beneficio/riesgo que la de las vacunaciones (...)» (FJ4).

2.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 20 de febrero de 2017

En esta sentencia se estudia rigurosamente la cuestión de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los daños derivados del suministro de la Vacuna del Papiloma Humano (VPH) en los Hospitales de Jove y Cabueñes de Gijón, que provocaron el fallecimiento de una menor de 13 años en el Hospital Universitario Central de Asturias (HUCA).

Se analiza de manera pormenorizada una responsabilidad que implica a varios hospitales públicos que participaron en el caso y en especial, también, la responsabilidad y deber de vigilancia que tiene la red hospitalaria cuando nos encontramos ante campañas de vacunación por enfermedades. El reproche que se hace a la Administración sanitaria no es por la efectividad de la vacunación en sí sino por su falta de diligencia, ya que no se tomaron en consideración las reacciones adversas que se habían puesto de manifiesto en la menor cuando se le suministró la primera dosis de VPH, lo que desembocó en una deficiente atención sanitaria ante la sintomatología presentada por la menor y derivada de sus complicaciones. En definitiva, el Tribunal opta por acudir a este nuevo y novedoso mecanismo en sede judicial, el algoritmo de Karch y Lasagna modificado, para valorar y determinar la existencia del nexo causal entre la actividad que desarrolló la Administración sanitaria y el efecto mortal consecuencia de suministrar la segunda dosis de la vacuna⁽¹⁷⁾.

Estamos ante un caso de una menor de 13 años con antecedentes de asma bronquial desde los 18 meses y con medicación prescrita desde el año 2001 que, con ocasión de una revisión rutinaria se le administra la primera dosis de VPH. Tras suministrársele la primera dosis, la menor acude con sus padres al Hospital de Jove tras sufrir cefalea y dificultades respiratorias, posteriormente, es derivada al Hospital de Cabueñes donde se le diagnostica una agudización asmática grave y, dos días después, acude al Centro de salud para hacer una revisión del tratamiento. A mediados del mes de agosto de 2012 se le administra la segunda dosis de VPH, produciéndose un inesperado desenlace ya que la menor comenzó a presentar un empeoramiento súbito y cefaleas tras su dispensa. La menor es trasladada al HUCA y después de sufrir una parada con imposibilidad respiratoria y parada cardiovascular en contexto de una crisis asmática grave, entra en coma y después de una semana fallece.

Los padres de la menor interponen la consiguiente reclamación de indemnización por la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación sanitaria prestada a su hija, y ésta es desestimada por Resolución de 4 de diciembre de 2014 del Consejero de Sanidad del Principado de Asturias. La demanda interpuesta se fundamentaba en una deficiente prestación del servicio sanitario y, principalmente, por dos motivos:

1. La falta de información a los padres del grave riesgo de la vacunación, entendiéndolos que constituye en este caso una infracción de la *lex artis*.
2. La deficiente gestión sanitaria en el mal diagnóstico y tratamiento después del suministro de la primera dosis de VPH, pues conforme a la ficha técnica de la vacuna y los efectos adversos no se debería haber administrado la segunda dosis.

Falta de información de los riesgos de la vacuna

(17) Sobre el estudio de este caso novedoso en el Principado de Asturias, RÍO SANTOS, F., *op. cit.*, p. 11 y ROSSI IZQUIERDO, R., *Responsabilidad patrimonial sanitaria. Vacunas. STJ Asturias 20 febrero 2017* [En línea], Blog Rafael Rossi Izquierdo, Lugo, 2017, <http://bit.ly/2Augmwr> (Acceso el 7 de noviembre de 2017).

En lo que se refiere al marco jurisprudencial de los deberes y responsabilidades sanitarias en materia de fármacos, explica la Sala en su FJ5 que las obligaciones y cargas que tiene la Administración sanitaria giran en torno a los siguientes aspectos básicos:

- La utilización de un medicamento impone el cumplimiento de unos deberes de Farmacovigilancia, destinados a garantizar los niveles de seguridad mínimos y exigibles en la sociedad actual. Por tanto, la Administración tiene la obligación de notificar cualquier circunstancia que se derive de la aplicación del medicamento a la AEMPS cuando existan sospechas de reacciones adversas.
- La medicina no es una ciencia exacta en el sentido de que los pacientes no siempre responden de la misma manera ante una misma enfermedad y tratamiento. Esto quiere decir que «*estamos entonces ante una “obligación de medios” y no de “resultado”*», pues una curación efectiva y total depende de muchas circunstancias. Estas cuestiones siempre van a funcionar con arreglo al estado de la ciencia en el momento en que se realizan los actos médicos, los cuales van a ser objeto de enjuiciamiento conforme a las reglas técnicas o «*lex artis*» y las circunstancias concretas de cada caso o «*lex artis ad hoc*»⁽¹⁸⁾.
- Cuando exista una concurrencia de informes periciales de distinto origen, ha de hacerse un análisis crítico y preponderar aquellos que describan de la mejor manera posible, la *praxis* médica y todos los hechos, datos y fuentes de información. Esto es así porque se entiende que estos informes van a estar revestidos de mayor imparcialidad, objetividad e independencia.

Por último, en relación con esa falta de información del riesgo de la vacunación, la Sala termina diciendo que en cuanto a las vacunas no estamos ante un «*tratamiento médico o quirúrgico singular sino ante una actuación masiva que está previamente testada en cuanto a seguridad y sujeta a informes técnicos previos que lo avalan, sin perjuicio de las consecuencias de las reacciones adversas que pueden producirse (...). La información no puede ser ilimitada o excesiva so pena de producir el efecto contrario, atemorizante o inhibitorio y que ha de ofrecerse en términos comprensibles, claros y adaptados al usuario de la asistencia. Por tanto, es un derecho que ha de ponerse en relación con los datos que en concreto se han de transmitir y la finalidad de la información misma en cuanto al conocimiento de los riesgos y alternativas existentes según el estado de la técnica*» (FJ5). Todo medicamento y actuación en el ámbito de la salud conlleva un riesgo, por lo que una información demasiado exhaustiva de todos los riesgos podría condicionar la elección o rechazo del paciente a un determinado tratamiento. De esta manera, la Sala desestima este primer motivo de la demanda entendiendo que los padres sí asumían los riesgos

(18) En este punto, la Sala nos recuerda también en su fundamentación, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 349/1994, de 25 de abril de 1994 (Ar. RJ 1994, 3073), FJ3 y núm. 89/1995, de 16 de febrero de 1995 (Ar. RJ 1995, 844), FJ1.

inherentes a la inoculación de la vacuna, aunque si bien es cierto, no renunciaban a un tratamiento idóneo para el caso de que se diese la posible materialización de contraindicaciones prescritas para la vacuna del VPH.

Deficiente gestión sanitaria después del suministro y sus efectos adversos

Sin embargo, debemos hacer especial hincapié en el segundo de los motivos de la Sala, el relativo al deficiente diagnóstico y tratamiento de la menor, pues es la piedra angular para la resolución de este caso y por el que se determina, en definitiva, la efectiva responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Nos encontramos ante un «*caso singular*» tal y como afirma la Sala, donde el problema principal radica en que, al no tratarse del común de los pacientes, la situación merecía una especial atención en tanto que esta singularidad en el diagnóstico de la menor imponía a los centros sanitarios que la atendieron una diligencia adicional en su examen, pesquisa, análisis y medidas a aplicar. Una de las cuestiones cruciales dentro de este segundo motivo es aquella relativa a si se podía prever que, tras la segunda dosis de la vacuna, se produjese la crisis asmática tan severa que derivó en tal fatal desenlace.

En este sentido, la Sala entiende que esta posibilidad se convierte en una probabilidad de carácter «*cualificado*» afirmando que «*si bien con carácter general y a efectos didácticos puede afirmarse que lo normal es que las reacciones alérgicas a los medicamentos o vacunas broten en las horas o días inmediatos, ello no es una regla universal y depende lógicamente del paciente y del medicamento, de manera que es posible que algún componente de la vacuna Gardasil provocase en la menor una reacción alérgica (...). En otras palabras, abrigamos la convicción de que en este caso particular sí existía una relación de causalidad entre la primera dosis y la disnea progresiva y crisis asmática que brotó con virulencia cinco días después, ya que el sistema inmunológico no se ajusta a horarios o ritmos universalmente establecidos por la literatura médica*» (FJ7). Por consiguiente, en la asistencia sanitaria que se prestó tras la primera dosis de la vacuna VPH, con fecha 29 de julio de 2012, ya se podía y debería al menos barajar esa posibilidad de conexión entre la dosis y la reacción adversa presentada con la crisis asmática de la menor; sin embargo, las notas y fichas médicas guardan un «*clamoroso silencio*» tal y como dice la Sala ante esta circunstancia tan significativa.

«*Una simple decisión médica cautelar de recomendar o indicar la deseable suspensión de la segunda dosis hubiese evitado el daño irreparable*» (FJ8). Se constata entonces la defectuosa actuación de los servicios sanitarios que no diagnosticaron correctamente la patología de la menor antes de administrarle la segunda dosis, y queda probada la relación causa-efecto ya que es esta segunda dosis la que provoca la respuesta alérgica grave, la crisis asmática aguda, la posterior parada cardiorrespiratoria y su fallecimiento. A la hora de determinar el grado de imputabilidad en la relación de causalidad dentro de este contexto, la Sala es firme y fundamenta su postura conforme a la aplicación del algoritmo de Karch y Lasagna modificado: «*Si tenemos en cuenta que dicho algoritmo se asocia a cinco grados de imputabilidad (no relacionada, condicional, posible, probable y cierta) resulta patente que el calificativo de “probable” deja poco margen de duda del impacto real de la vacuna en la*

reacción adversa aquí analizada, y ello por su plena congruencia con los restantes datos del caso» (FJ9).

A pesar de que nos encontremos ante una intervención de carácter preventivo que tiene una doble finalidad protectora –individual y colectiva– y que genera una situación de riesgo individual difícilmente previsible e incierta, no por ello esta ha de ser ajena en cualquier caso al funcionamiento del servicio público. En otras palabras, un riesgo que en el plano colectivo puede ser estadísticamente improbable, puede ser probable en el curso de un tratamiento individual concreto y quienes lo sufran no tienen el deber de soportar sus consecuencias, por lo tanto, no se les puede exigir a los perjudicados la obligación de soportar un daño que, aunque se materialice en un número muy escaso de ocasiones, es la consecuencia de un riesgo que ha sido asumido por el servicio público para alcanzar unos fines de interés general para la colectividad. Aunque el acaecimiento de este riesgo sea incierto e incluso difícilmente previsible, no significa que éste sea ajeno al funcionamiento del servicio público.

IV. CONCLUSIONES

Primera. La asistencia sanitaria es una prestación comprendida dentro de la acción protectora del Estado, esto es, una prestación que tiene una finalidad reparadora basada en la asistencia de los servicios médicos y farmacéuticos, y que tiene el único y principal objetivo de conservar y restablecer la salud de la sociedad. Por lo tanto, cuando esta acción no se cumpla y la Administración Pública interfiera en ella de manera directa, será ésta quien se encargue de responder frente a las lesiones o daños sufridos por los propios pacientes o particulares.

Segunda. El sector de la Farmacovigilancia ha evolucionado mucho en los últimos años, por lo que la seguridad en el uso de los medicamentos está más controlada que en épocas anteriores. Llevar a cabo un análisis y gestión del riesgo de forma eficiente, es una cuestión trascendental dentro del marco de las obligaciones y responsabilidades de los profesionales sanitarios, sobre todo, en el caso de sospechas de reacciones adversas. Por esta razón, será muy importante que el SEFV esté bien gestionado y proporcione información actualizada respecto de todo problema de seguridad relacionado con el uso de medicamentos.

Tercera. El algoritmo de Karch y Lasagna permite valorar con mayor exactitud y objetividad, la relación causa-efecto que existe entre la administración de un fármaco o vacuna y la aparición de una reacción adversa como consecuencia en el tratamiento médico de un paciente, por lo que va a facilitar en todo caso la determinación del grado de imputabilidad de la Administración sanitaria en los supuestos de responsabilidad patrimonial con los particulares. No cabe duda de que es de vital importancia que toda aquella información que se anote en el historial clínico del paciente sea recogida de la manera más específica posible para poder clasificar adecuadamente las distintas reacciones adversas que se hayan manifestado en él, especialmente, si son de carácter desconocido. Por tanto, a estos efectos, se considera

que es del todo necesario tanto concienciar a los usuarios de esta situación, como educar y formar a los profesionales médicos para reportar este tipo de casos con la mayor precisión posible.

Cuarta. Finalmente, desde el año 2012 y a pesar de que es un método relativamente nuevo, sólo se han dado dos casos dentro del ámbito contencioso-administrativo en los que la jurisprudencia española ha tenido en cuenta la utilización del algoritmo; sin embargo, en mérito a lo expuesto, cabe recordar que el segundo supuesto data de febrero de 2017 por lo que, quizá, nuestros Tribunales se están empezando a concienciar de su relevancia como factor a tener en cuenta en sus decisiones dentro de este ámbito jurídico.

Diálogos jurídicos

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A FRANCISCO SOSA WAGNER

LEOPOLDO TOLIVAR ALAS

FRANCISCO SOSA WAGNER es un reputado jurista, recientemente jubilado en la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de León, cuyo paso por las aulas de la Universidad de Oviedo (1976-1982) ha dejado profunda huella, no sólo entre sus discípulos, entre los que se encuentra el autor de esta entrevista (Leopoldo Tolivar Alas), sino en toda la sociedad asturiana, incluyendo los rastros de su pluma en el Estatuto de autonomía de la comunidad. Ambos han realizado en el número 201 (septiembre/diciembre de 2016) de la *Revista de Administración Pública* una contribución del máximo interés a modo y formato de entrevista. En este número de la Revista de la Facultad de Derecho de Oviedo, nuevamente se interroga al profesor Sosa Wagner sobre cuestiones cruciales y próximas al ámbito jurídico y universitario

PREGUNTA: ¿Es importante el papel de los juristas en esta época convulsa donde, como has tenido ocasión de pronunciarte, se ha puesto en cuestión hasta el mismo Estado de Derecho? ¿Qué percepción tienes después de haber sido gestor público en la Universidad o en la Administración General del Estado –en momento y lugar decisivos en la conformación del Estado compuesto– y posteriormente como Eurodiputado?

RESPUESTA: Sobre el papel de los juristas, si tenemos en cuenta que el mundo que nos rodea se halla en una convulsión revolucionaria, es importante que los juristas desplieguen ante él una actitud crítica rigurosa, que vean la realidad con ojos curiosos y talante innovador, el talante de quien se verá obligado a lo largo de su vida a enfrentarse a realidades nuevas. Para ordenar los cambios sustanciales que se avecinan, para evitar que nos avasallen y para conjurar el peligro de que nos vendan como novedades jirones desteñidos del tiempo pasado, nada mejor que el discurso jurídico, es decir, el que practicamos quienes tenemos por hogar una Facultad de Derecho. Porque a los cambios, como a las revoluciones, hay que cogerles el pulso desbocado y restaurarlo en su ritmo adecuado con el fármaco del razonamiento jurídico que serena, enfría y templea.

P: No sólo eres un autor de referencia en la Administración Local y autonómica, entre otros muchos temas, sino que has abordado con éxito y valentía el mito de la autonomía universitaria. ¿Cómo ves el modelo universitario actual?

R: La situación universitaria española es bastante lamentable. Ahora bien, yo no confío en que se rectifique a base de aprobar leyes universitarias. Por tanto, cualquier reforma universitaria que se acometa, si tenemos en cuenta las características en que se devuelve la vida política nacional, o será una chapuza o se parecerá mucho a esta forma degradada de afrontar la realidad. Seguiremos por lo tanto con un sistema de selección del profesorado trufado de intereses gremiales que milagrosamente selecciona algunos buenos profesionales y con un gobierno universitario confiado a aficionados y por tanto inadecuado para regir instituciones tan intrincadas como son hoy las Universidades y seguiremos con los complejos que engendra la «democratitis» y la participación de estamentos variopintos que crea ineficaces (y grotescos) sistemas polisindiales.

¿En qué confiar? ¿se impone la desesperanza? No, creo que desde fuera se irán imponiendo los cambios que han de mudar el paño universitario y, en tal sentido, el Espacio europeo de la enseñanza y el de la Investigación –de alcance mundial– serán determinantes para concebir nuevos modos, nuevos comportamientos. ¿Cómo no va a cambiar su trabajo el profesor cuando advierta que los alumnos pueden elegir, sin especiales complicaciones, entre acudir a su clase o a la de otro que se encuentra a miles de kilómetros? ¿Cómo no va a cambiar la mentalidad del alumno cuando se percate de la dificultad que entraña conocer bien un oficio en un mundo competitivo y sin fronteras? ¿No se darán cuenta de que es inútil pedir aprobados «por compensación» y de que es mejor apretar los codos en las bibliotecas y laboratorios que entregarse a la rutina perezosa o a la zafiedad de los botellones?

Solo de esta forma paulatina que se ha de imponer, transformando el trabajo de los profesores y de los estudiantes, transmutando los materiales caducos y convirtiéndolos en cenizas del tiempo pasado, habremos conseguido cambiar la organización que los engloba, o sea, la Universidad. O, al menos, la parte de ella que de veras importa.

P: Nunca has dejado de tener conexión profunda con Asturias. Pero tendrás recuerdos de aquellos primeros años de aterrizaje en nuestra tierra. Sin forzarte a un recuerdo exhaustivo, ¿puedes citar alguno?

R: En efecto, tengo recuerdos de la Facultad de Oviedo; muchos y entrañables. Por evocar algunos, las excursiones al campo todos los domingos a comer sobre la hierba (o refugiados en algún sitio improvisado cuando llovía) con los matrimonios González Campos, Turiel y de Otto. O los pinchos de tortilla en Los Tres Reyes y la comida al mediodía en el Manolo. Y el recuerdo de tantos buenos alumnos que hoy día ejercen la abogacía, o administran justicia o ejercen cualquiera de las profesiones jurídicas. O enseñan en la Facultad como es el caso de Leopoldo Tolivar Alas...

ENTREVISTA A LUIS MARTÍN REBOLLO

EVA M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

PREGUNTA: Para empezar y situarnos cronológicamente, ¿cómo conectaste con el Derecho Administrativo? Quiero decir, ¿cómo llegaste a él y cuál fue la razón que te impulsó a dedicarte a la Universidad y, específicamente, al Derecho Administrativo?, ¿quién o qué influyó en ello?

RESPUESTA: Seguramente no hay una única razón que me impulsara a dedicarme a la Universidad y al Derecho Administrativo. Hubo influencias a las que luego me referiré, desde luego. Pero, sobre todo, lo que hubo fue un juego de circunstancias que tienen que ver con el azar de la propia biografía. La mía está marcada por las experiencias de un bachillerato interno en los Salesianos de Mérida (Badajoz) y por la suerte de haber conocido en la infancia y la adolescencia varios sitios en los que mis padres vivieron y que me abrieron la posibilidad de conocer gentes nuevas, costumbres diferentes, distintas realidades. He vivido, en efecto, de muy niño, en Sequeros (Salamanca), donde mi padre tuvo su primer destino como juez comarcal; luego viví un tiempo en Coruña; más tarde en Salas de los Infantes (Burgos), de donde son mis primeros recuerdos, y desde los 10 o 12 años en Medina de Rioseco (Valladolid), aunque en esa época ya estaba interno en el colegio. Allí murió mi padre prematuramente cuando yo tenía 19 años y empezaba segundo de Derecho. Un hecho que, desde luego, me marcó profundamente para siempre.

En el bachillerato influyeron mucho en mí y en la conformación de mi carácter, primero el hecho de no tener hermanos y, después, algunas lecturas. El Valle Inclán de “La Corte de los Milagros”, por ejemplo; el “Juan de Mairena” de Machado en aquellas ediciones argentinas de la Editorial Losada y luego sus poesías “casi” completas que editó Espasa en la irrepetible Colección Austral... Y también un libro de texto que teníamos en el último año del bachillerato sobre cuestiones sociales. De hecho, creo recordar que se llamaba «Lo social y yo» y estaba dedicado a la doctrina social de la Iglesia, pero abordaba cuestiones de actualidad que podrían más o menos relacionarse con la sociología y la justicia; también con la justicia social.

En la cerrada sociedad de la época tuve luego la suerte de tener unos padres con una cierta visión de futuro que me enviaban los veranos a Francia, a las allí muy tradicionales colonias de vacaciones. Ese “erasmus” anticipado tuvo el mismo o parecido efecto que el “Erasmus” de verdad de la actualidad. Me permitió conocer a otras personas y, entre ellas, algunos jóvenes algo mayores que yo que ya estudia-

ban Derecho. De esa época y de esas experiencias viene también mi admiración por Jacques Brel, a quien tuve la suerte de ver una vez en directo y me impactó tanto que, desde entonces, profeso devoción y entusiasmo por su obra, que, por cierto, tengo completa. Brel murió joven, en 1978, sin haber cumplido aún 50 años, pero mi admiración continúa y por eso aprovecho para recomendar una visita a su Fundación, en el centro de Bruselas. Su música llega y sus letras dicen aún muchas cosas...

Bueno, el hecho es que, a los diecisiete años, en el momento de elegir carrera, los confusos ingredientes del cóctel de la vida empezaban a fundirse. Y todas esas influencias y esa inicial inclinación me impulsaron, primero, a hacer Ciencias Políticas, una carrera que apenas estaba empezando como tal y que sólo se podía cursar en Madrid. Era, por eso, una opción difícil, de manera que, sin mucha convicción y sin que en ello pesara el antecedente familiar de mi padre, elegí Derecho. Y aunque, al finalizar el bachillerato, me había examinado del curso preuniversitario en el distrito al que correspondía Mérida –el de la Universidad de Sevilla– empecé la carrera ya cerca del domicilio familiar, en la Universidad de Valladolid, lo que supuso una nueva vida y una ruptura –nunca del todo restaurada luego– con los amigos y compañeros del bachillerato.

La Universidad, para un joven con ciertas inquietudes, era el inicio de una aventura apasionante. Cierto que la idealización sin fundamento que tenía se vio pronto truncada por una realidad más prosaica. Pero, aun así, como he tenido oportunidad de decir en otra ocasión, había muchas actividades culturales que me marcaron como a tantos otros de mi generación. Los primeros cines llamados «de arte y ensayo», conciertos, conferencias, contactos, amistades y el inicio de ciertas preocupaciones y curiosidades políticas. Las primeras inquietudes que un tanto pomposamente podríamos llamar intelectuales junto a las de tipo social que ya habían prendido antes, como he dicho. En ese contexto el primer impacto para los un poco ingenuos y despistados estudiantes que éramos fue el Catedrático del llamado Derecho Político: Don Teodoro González, un personaje que infundía respeto, pero no cercanía y sobre el que hace unos años Leopoldo Tolivar escribió un interesante apunte biográfico en el marco de un trabajo suyo sobre la Facultad de Derecho de Oviedo, puesto que Don Teodoro había sido profesor de esa Universidad antes de recalcar en la de Valladolid⁽¹⁾.

(1) Cfr. L. Tolivar, «Datos sobre la evolución del Derecho Administrativo en la Facultad ovetense: enseñanzas y enseñantes», en el vol. coordinado por Santos Coronas, *Historia de la Facultad de Derecho (1608-2008)*, Universidad de Oviedo, 2010, págs. 436-441. El propio Tolivar es autor de un texto más específico sobre este profesor publicado bajo el título «Don Teodoro González, treinta años de pavor y cuatro testimonios de privilegio», en el volumen *Pasión por Asturias. Estudios en homenaje a José Luis Pérez de Castro*, Oviedo, Real Instituto de Estudios Asturianos, 2013, pp. 955 ss. En ese trabajo Leopoldo Tolivar inserta un pequeño texto mío («Recuerdos de Don Teodoro») que redacté a instancia suya con los recuerdos y desde la perspectiva del estudiante que entonces yo era. Los otros testimonios fueron los de mi compañero de estudios de esa época, el fiscal Federico Bello, y los de Eduardo García de Enterría y Alejandro Nieto que lo habían conocido unos años antes como colegas en la misma Universidad donde García de Enterría ejerció desde 1958 a 1962 y donde Alejandro Nieto se había doctorado e iniciado su carrera académica una vez abandonada su condición de funcionario técnico ministerial.

Como dije en ese breve texto, Don Teodoro, sin proponérselo, ejerció una cierta influencia en mi generación, más que nada porque incitó nuestra curiosidad. Se trataba, según dije, de un profesor «hacia el que

En todo caso, la Facultad de Valladolid, pero seguramente también las de otras Universidades, era una Facultad con menos profesores que ahora, había mucho absentismo, se exigía más bien poco y no se estudiaba mucho. Pero, a cambio, era una Universidad mucho más abierta, inquieta, propicia al encuentro interfacultativo y a los intercambios múltiples que forjan un carácter. Y, sobre todo, era una Universidad en la que éramos menos, muchos menos. Y eso permitía compartir inquietudes y articular saberes no formales que, poco a poco, fueron ahormando la personalidad de toda una generación.

En ese contexto, el primer incentivo para dedicarme a la vida académica me lo dio, desde luego sin él quererlo, ni saberlo, Sebastián Martín-Retortillo. Él fue mi primer Profesor de Derecho Administrativo. Su personalidad arrolladora y la forma de dar sus clases, en las que dosificaba las normas y los conceptos, pero también la historia, la cultura y el porqué de las cosas, me cautivó de inmediato. Recuerdo y creo que tengo aun notas de unas clases sobre el sistema fuentes y otras sobre funcionarios realmente apasionantes. Me sedujo y me fascinó en seguida. Pero no sólo a mí. También a otros amigos y compañeros de aquel curso, que se dedicaron luego a otras disciplinas o a otras actividades ajenas al mundo académico. Y es que mi curso fue un gran curso. Me doy cuenta ahora. No éramos muchos y con independencia de la buena relación de compañeros con todos, pertenezco a un grupo de amigos, que conservo, entre los cuales hay otros tres Catedráticos de Universidad, todos ellos también jubilados: Eliseo Aja y Juanjo Solozábal, de Derecho Constitucional, y Marcos Sacristán, de Derecho Mercantil, que llegó a ser doblemente Rector en Burgos (cuando se creó desgajándose de Valladolid) y de la propia Universidad matriz vallisoletana no hace mucho. Fue, como digo, un curso excelente al que pertenecieron compañeros que han ocupado luego cargos importantes: un embajador, un diputado y eurodiputado, una concejal y luego senadora, un fiscal jefe, varios jueces, notarios o registradores y otros altos cargos tanto del sector público como del privado. Se puede hablar, pues, en cierto modo, de una generación que, un poco sin saberlo, estaba conformando un estilo, unas preocupaciones más o menos comunes que irían saliendo luego en los diferentes ámbitos profesionales a los que los avatares de la vida nos fueron conduciendo.

En ese contexto, como digo, el primer incentivo para dedicarme a la vida académica –cuyas pautas entonces no conocía muy bien o, mejor dicho, no conocía en absoluto– se lo debo a Sebastián, Chano, Retortillo, en una Facultad en la que aun resonaba el eco de la no tan lejana presencia de Eduardo García de Enterría⁽²⁾.

teníamos una extraña mezcla de admiración y recelo porque nos resultaba lejano, misterioso y, al mismo tiempo, atractivo, precisamente por los muy poco precisos pero insistentes rumores que circulaban sobre él. Parecía un personaje de novela de otro siglo que se escondía bajo un ropaje de palabras lejanas para ocultar la persona que había debajo de ese abrigo ficticio. Para ocultar también el miedo, desde luego. Un vago sentimiento que comprendimos más tarde, porque en esos años nunca le preguntamos por lo que de él se decía, esto es, por su participación en la vida jurídica de la II República, de su trabajo que luego supimos fue el de secretario del Tribunal de Garantías Constitucionales. Nunca le preguntamos lo que muchos queríamos saber y no nos atrevimos. Pero su impronta y misteriosa figura nos influyó a muchos sin él proponérselo y, de alguna manera, contribuyó a que empezáramos a hacernos las primeras preguntas importantes».

(2) Estoy hablando de la segunda mitad de los años sesenta del pasado siglo, entre 1966 y 1969, en Valladolid, de cuya Universidad el Profesor García de Enterría fue Catedrático, como ya he dicho, desde 1958 hasta 1962.

Pero el cuadro de influencias lo completan otras dos personas que nos llegaron mucho, a mí, a los amigos que acabo de citar y a algunos más: Don José Girón Tena, Catedrático de Derecho Mercantil y Federico Sainz de Robles, Magistrado entonces en la Sala de lo contencioso de la Audiencia Territorial.

Girón era un personaje entrañable. Un andaluz, gaditano de Sanlúcar, cuyo gracejo edulcoraba un gran nivel de exigencia y una enorme solidez intelectual. Él nos inculcó la idea de la Universidad y de él aprendí algo que he venido practicando a lo largo de los años. Aprendí a examinar. Sus exámenes finales –como luego los míos influidos por él– eran todos orales, empezaban con una pregunta o tema elegido por el propio alumno para reducir los inevitables nervios y evitar las sorpresas y, sobre todo, nos dejaba consultar las fichas personales que habíamos elaborado a lo largo del curso para no dejar el resultado último a la sola memoria. Y partir de ahí una conversación que te llevaba por diferentes temas y te enseñaba a pensar, a argumentar, a exponer con coherencia lo aprendido. Unos exámenes de los que incluso podían salir promesas y exigencias. Como cuando decía, por ejemplo: «Le voy a dar a usted notable, pero usted puede más, de manera que quedamos emplazados para el curso que viene en el que quiero que tenga sobresaliente o nada; sobresaliente o, si no, la alternativa del suspenso». Y el reto funcionaba. De Girón fue discípulo el luego también Rector vallisoletano Justino Duque, que acababa de marchar a La Laguna cuando yo era estudiante. Y lo fueron, asimismo, además del ya citado Marcos Sacristán, otros amigos como Gaudencio Esteban, de un curso anterior al mío, Catedrático luego en Toledo y más tarde en la Complutense. Y algunos otros algo mayores que nosotros, que ya habían acabado la carrera, pero que el tiempo nos hizo también luego grandes amigos por diversas razones: el asturiano Rafael García Villaverde, prematuramente fallecido siendo Catedrático en Madrid, y el vallisoletano Luis Fernández de la Gándara, quien, después de muchos años en Alemania, recaló en Zaragoza cuando yo estaba allí y fue luego, como yo, a Cáceres hasta acabar finalmente en Alicante. Los tres siguieron al maestro hasta Madrid cuando él se marchó unos años más tarde de los que estoy relatando. Y todos ellos, como digo, acabaron siendo Catedráticos de Derecho Mercantil.

Por esos bucles azarosos de la vida hace poco he tenido como alumno en Santander a un nieto de Girón a quien él no pudo conocer porque su abuelo murió en 1991, poco después de ser nombrado, con Eduardo García de Enterría, Doctor *honoris causa* por la Universidad de Valladolid y a cuyo acto de investidura, por eso, ya no pudo asistir.

La otra persona que tuvo una gran influencia en mí, pero también, reitero, en todo el grupo de amigos a los que me he referido, fue Federico Sainz de Robles. Federico era Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo en la Audiencia Territorial de Valladolid. Había colaborado con Chano Retortillo en la Cátedra de Derecho Administrativo. Fruto de esa colaboración fue uno de los primeros libros, si no el primero, de casos prácticos⁽³⁾. Pero a nosotros no nos dio ninguna clase de Derecho Administrativo sino de Procesal, siguiendo el libro de Gómez Orbaneja, que era el Catedrático.

(3) Cfr. *Casos prácticos de Derecho Administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 1966.

Federico, quien, como se sabe, fue el primer presidente del Consejo General del Poder Judicial (1980-1985), era una persona excepcional. Además de un excelente jurista, era un gran humanista y un demócrata convencido. Sus clases eran atípicas. Partiendo de la base de la lectura previa del manual de Orbaneja las clases trataban de explicar, aclarar, comentar, ejemplificar y, después, ver lo aprendido en la propia Audiencia adonde íbamos algunas tardes por grupos pequeños a ver los autos de pleitos reales y comprobar así lo aprendido en la Ley bajo la atenta mirada del profesor que paseaba entre nosotros para aclarar las dudas. Después, con frecuencia, algunos nos quedábamos con él a tomar un café en uno de los bares cercanos a la Audiencia, en la calle Felipe II, para hablar de literatura o de la actualidad. Fue una experiencia única a partir de la cual y a pesar de la diferencia de edad se enhebró con el tiempo una relación de amistad personal.

La bonhomía de Federico y sus profundas convicciones se ejemplifican bien, creo, en dos anécdotas que he relatado ya en otra oportunidad pero que no es impertinente repetir al tratarse ahora de públicos distintos⁽⁴⁾. La primera es del día 10 de diciembre de 1968. Me acuerdo de la fecha por lo que inmediatamente digo. Y es que ese día era el vigésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de la ONU en 1948. Y ese día había clase de Procesal. La clase consistió en comentar algunos de los preceptos de esa Declaración, algo absolutamente insólito en la España de entonces y que, cuando lo recuerdo, como ahora, todavía me produce una cierta emoción. Faltaban aun diez años para la Constitución y no era cosa menor hablar de los derechos en aquel momento. La segunda anécdota va mucho allá y tuvo lugar cuando yo ya había acabado la carrera. Es un caso no muy conocido de la lucha por el Derecho, que está en la base de su primera excedencia y el abandono temporal de la carrera judicial. Los hechos fueron asépticamente narrados por Luis Cosculluela en un comentario jurisprudencial publicado en 1974⁽⁵⁾. Dos alumnos de la Universidad de Valladolid habían sido sancionados negándoseles, como consecuencia de ello, el derecho a matricularse y consecuentemente a examinarse perdiendo así un año de su vida. Recurrida la sanción y solicitada la suspensión del acto sancionador por causar perjuicios de imposible o difícil reparación, como decía ya entonces la Ley de la Jurisdicción contenciosa de 1956, la Audiencia otorgó la suspensión en varios autos que son el objeto del comentario de Cosculluela. La autoridad académica, el Rectorado, hizo caso omiso del primer auto y aun de un segundo en el que la Sala recordaba que la suspensión no prejuzgaba el fondo y que ésta procedía porque se daban las circunstancias contempladas en la Ley y, además, no estaba en juego de contrario interés público alguno. Hay que recordar, aunque sea de pasada, que el citado «interés público» alegado por las autoridades era que la presencia del interesado en los centros universitarios «es fuente continua de agitación y disturbio», a lo que un nuevo auto de la Audiencia replicó

(4) Cfr: «Federico Carlos Sainz de Robles, ex-presidente del Tribunal Supremo (un hombre bueno, un jurista excepcional, un demócrata de siempre)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 694 (2005) y luego, también, en el volumen, *En recuerdo de Federico Carlos Sainz de Robles*, Eds. Civitas y Aranzadi, Madrid, 2006.

(5) Véase su trabajo, «Suspensión de la ejecución de los actos administrativos en sede jurisdiccional», en el primer número, de 1974, de la *Revista Española de Derecho Administrativo* (pp. 141 a 147).

diciendo que tal apreciación no se compadecía con la simple pretensión de matricularse como alumno libre con derecho a examen. Finalmente, la insinuación de dar entrada a la responsabilidad penal por la inejecución o desobediencia de decisiones judiciales condujeron al cumplimiento de la medida suspensiva; medida que se mantuvo a pesar de las presiones y sugerencias sutiles y no tan sutiles que el ponente recibió y que hay que ubicar en el contexto de una época donde estas sencillas cosas eran más bien ajenas a las disquisiciones académicas. Federico se mantuvo firme en su decisión cuando le hubiera sido muy fácil evitarse problemas. Problemas que vinieron luego, de manera también sutil. Porque no mucho después hubo una plaza vacante en el Supremo que correspondía cubrir con un magistrado especialista. Federico concurrió, pero no fue propuesto a pesar de sus méritos y de su posición en el escalafón de los especialistas. Su reacción fue pedir la excedencia de la carrera judicial, lo que suponía no pocos inconvenientes e inseguridades, pues no podía ejercer como abogado en la misma ciudad en la que había sido magistrado. Tras ese acto casi heroico, sobrevivió y mantuvo a su numerosa familia gracias a la generosa actitud de Antonio Martín Descalzo, seguramente el más conocido abogado administrativista en Valladolid y colaborador también en la Cátedra de Derecho Administrativo. En tal inestable situación permaneció algún tiempo hasta que, con los primeros pasos de la transición a la democracia, Federico pidió el reingreso en la carrera judicial y tras un breve paso por la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife y la recién creada Audiencia Nacional, accedió al Tribunal Supremo en 1979 y, casi en seguida, fue elegido presidente del Tribunal y, con él, también del recién creado Consejo del Poder Judicial.

Me gusta recordar estas anécdotas y también el hecho de que el Consejo que él presidía fue la primera institución que el 23 de febrero de 1981 se pronunció inequívocamente contra el intento de golpe de Estado publicando un documento en defensa de la Constitución aquella misma tarde, cuando no se sabía todavía, ni estaba nada claro, de qué lado iban a rodar finalmente las cosas. No fue nada extraño conociendo como yo conocía el talante de Federico. Podrás concluir, pues, por qué influyó tanto en los jóvenes universitarios que nos formábamos en Valladolid en la segunda mitad de los años sesenta del pasado siglo.

Así, pues, cuando terminé la carrera yo no tenía nada claro qué hacer. Las influencias que acabo de mencionar estaban ahí, rondando por la cabeza de un joven inseguro cuya salida más probable hubieran sido algunas oposiciones como me sugerían también algunos miembros de mi propia familia vistas las circunstancias personales a las que me he referido, esto es, la muerte de mi padre y la necesidad de «buscarme la vida» cuanto antes. En esos momentos otra persona tuvo una intervención decisiva que me decantó definitivamente por la vida universitaria. Esa persona fue Javier Salas, un personaje excepcional a quien los más jóvenes y seguramente algunos menos jóvenes, no conocieron y ni siquiera habrán oído hablar de él. Si hubiera seguido viviendo tendría hoy (2018) setenta y cinco años, pues había nacido en 1943. Pero murió antes de los cincuenta después de haber sido Catedrático en Barcelona y en Madrid y de haber contribuido a echar a andar al Tribunal Constitucional del que fue Secretario General y letrado durante casi diez años. Yo había conocido a Javier en Valladolid. Aunque mayor que yo, habíamos coincidido en círculos literarios y

teníamos algunos amigos comunes. Becario en Bolonia, se marchó allí a hacer su tesis y a la vuelta se quedó en Barcelona al amparo de Sebastián Martín-Retortillo, su maestro, que estaba ya allí, tras una segunda oposición, desde hacía un tiempo. Allí, en la Facultad de Económicas y también en la de Derecho, dio clase y empezó a organizar a sus propios discípulos –Joaquín Tornos, Tomás Font, Elisenda Malaret...– hasta su marcha a Madrid en 1981.

Pues bien, a su regreso de Bolonia Javier me habló de la Universidad, me animó a la aventura, pero me dijo también que mi inicial pretensión de trasladarme, como él, a Barcelona con quien había sido mi primer profesor de Derecho Administrativo, no era realista porque Chano tenía ya su equipo más o menos organizado e iba a ser difícil encontrar hueco allí. Pero me sugirió una alternativa que resultó decisiva. Me conectó con un joven Catedrático que acaba de aterrizar hacía poco en Salamanca y no tenía aún un grupo conformado a su alrededor. Así, pues, siguiendo sus consejos, una mañana de julio de 1969 me entrevisté con quien en adelante sería ya mi maestro, Lorenzo Martín-Retortillo, en su despacho salmantino. El resto es más conocido y lo he contado yo mismo en mi reciente libro *40 años de Derecho Administrativo y otros ensayos rescatados*⁽⁶⁾. O sea, la incorporación a la Universidad de Salamanca, el traslado a Zaragoza cuando Lorenzo se marchó a esa ciudad, la conexión con la Escuela de García de Enterría que estaría ya en mi tesis doctoral (junto con, entre otros, Fernando Garrido Falla que había obtenido su primera Cátedra precisamente en Zaragoza), la integración en el Cuerpo de Profesor Adjuntos, la obtención de la Agregación de Extremadura y mi traslado a esa ciudad, donde pasé tres años. Y, finalmente, la instalación en Santander a partir de 1985.

O sea, como ves, no hay una respuesta unívoca a la pregunta de por qué me dediqué al Derecho Administrativo. Un conjunto de circunstancias y, sobre todo, azares de la vida. El haber conocido a ciertas personas, el haber asistido a las clases de Chano Retortillo, el tener una cierta predisposición a algunos temas a partir de la formación de base del bachillerato... Hay, con todo, una conclusión que sí me gustaría recalcar para los jóvenes profesores. Hay que aprender de las experiencias ajenas. Yo, como ya dije, aprendí de Girón a examinar. Y de los hermanos Martín-Retortillo intenté aprender, aunque seguramente sin conseguirlo, una manera de dar clase. Una clase en la que no se reiteran cosas que se pueden aprender mejor y más rápidamente en los buenos libros. Una clase en la que se parte de una lectura previa de algún «petit précis», como gustaba decir Chano, para, a partir de ello, aclarar, ejemplificar, contextualizar, sugerir, proponer, incorporar la duda y también la crítica. Una clase no improvisada, como suelen ser tantas, sino bien preparada, incluso cuando se trata de cosas bien sabidas sobre las que, sin embargo, importa añadir algo: una cita, una sentencia, una novedad, un olvido. En definitiva, unas clases asumidas con seriedad. Hay que mandar a los jóvenes ese mensaje de preparar, revisar y ensayar la clase... Como el actor que prepara cada noche su presencia en el escenario con un punto de

(6) Aranzadi, 2018. En particular, en el texto introductorio titulado «Explicación y advertencia sobre el contenido de este libro y las circunstancias de su autor», págs. 63 ss.

nervios e inquietud. Porque ese actor-profesor no controla a su público, no conoce ni sabe que en él puede haber alumnos a los que esa clase de ese concreto día le sirva para decantar su futuro. Es, una vez más, el viejo símil del sembrador que no controla qué grano de los que siembra acabará germinando convertido con el tiempo en trigo. Y eso es importante. De ahí que haya que valorar la tarea del profesor; que no se pueda ni se deba poner la responsabilidad de la clase central a cualquiera; que importen los libros como base, sí, pero también un tipo de profesor que ayuda a los alumnos a no perder el tiempo, a hacerse las preguntas pertinentes, a entender y, en su caso, criticar con fundamento lo que aprende. Un profesor no es, no debe ser, el asociado que recita los temas de su oposición. El profesor asociado colabora, participa, ayuda, sirve de contraste, pero el profesor universitario es, debe ser, otra cosa. Debe ser como el Chano Retortillo al que me refería antes; como Lorenzo; como tantos otros que sí merecen el nombre de auténticos profesores.

PREGUNTA: ¿En qué medida consideras que las circunstancias –especialmente políticas y sociales de la transición– han marcado a la generación de juristas a la que perteneces? Sin duda, eran tiempos difíciles, pero ¿no crees que también pudo ser o fue un momento único, lleno de oportunidades para hacer un estudio y desarrollo del propio papel de la Administración y del Derecho Administrativo en la sociedad?

RESPUESTA: Sin duda fue un momento único que ha marcado a más de una generación. En lo que a parte de mi generación y a mí mismo se refiere vinimos seguramente influenciados por lo que sucedió algo antes del inicio de la llamada Transición, es decir, la última etapa del franquismo, que nos cogió a muchos de nosotros siendo aún estudiantes. Es la época del llamado movimiento estudiantil, las noticias o ecos del mayo del 68 francés, la guerra del Vietnam y su vaga presencia en los medios españoles que se plasmaban en algunas publicaciones como «Cuadernos para el diálogo», cuyo primer número sale en 1963, cuando aún no había empezado yo Derecho. «Cuadernos» fue un descubrimiento, una ventana de aire fresco, en el que empezamos a conocer nombres que luego serían determinantes en eso que hemos llamado Transición; muchos de ellos profesores y algunos de Derecho Administrativo. Recuerdo un número extraordinario sobre la Universidad –debía ser de 1967– en el que escribían, entre otros, Eduardo García de Enterría, Sebastián Martín-Retortillo y Alejandro Nieto. Pero también otras personas que veinte o treinta años después acabaron siendo muy importantes y ocuparon espacios públicos relevantes, como Enrique Tierno Galván, Manuel Jiménez de Parga, Joaquín Ruiz-Jiménez, José Luis Sampedro, Raúl Morodo, Julián Marías, Antonio Badía Margarit, Elías Díaz, Pedro Laín Entralgo, José Luis Aranguren, Jordi Solé Tura, Mariano Aguilar Navarro, Oscar Alzaga y algún otro. Y estaba también «Triunfo» que fue el espejo de nuestra educación sentimental, donde aprendimos cosas de política internacional con los artículos Eduardo Haro Tecglen; de economía con Arturo López Muñoz (un pseudónimo tras el que se ocultaba la pluma de tres economistas destacados: Juan Muñoz, Santiago Roldán y un jovencísimo José Luis García Delgado). Y, como digo, la educación sentimental de la mano de Manuel Vázquez Montalbán que publicó allí, en 1969, una colección de artículos recopilados luego en forma de libro que fueron fundamentales: «*Crónica sentimental de España*». Recuerdo y recomiendo

la lectura de ese libro también ahora porque muestra muy bien el de dónde venimos, las raíces de un tiempo que no hay que olvidar. Nada nace de la nada y es inútil el adanismo de que aquellos que, soberbios, creen que antes de ellos no había nada. Es un libro que explica algunas cosas y toca algunas fibras sentimentales que también son importantes desde el punto de vista colectivo.

Por supuesto que ese tiempo nos marcó en mayor o menor medida. El tiempo luego se desenvuelve y proyecta a las personas por diferentes derroteros. Eso está muy bien expuesto en una película italiana que es emblemática y que me gustó mucho cuando la vi en DVD, porque, aunque estrenada en España en 2004, pasó desapercibida y no se pasó en todas las ciudades. Me refiero a *La mejor juventud*, de Marco Tullio Giordana. En el contexto español, aunque referida a la generación inmediatamente anterior a la mía, también *Nueve cartas a Berta* (1966), del recientemente fallecido Basilio Martín Patino, quien, por cierto, era de un pueblo salmantino (Lumbrales) muy cercano al de mis padres (Barruecopardo), donde tengo ahora una casa que me sirve de refugio y descanso y desde donde firmo con frecuencia algunos textos.

Pertenezco, pues, a una generación que halló en la renovación de la Universidad, a principios de los años setenta del pasado siglo, una oportunidad de encauzar las ansias juveniles de mejora y progreso. Una generación marcada por una serie de acontecimientos y personas de diferente signo, a algunas de las cuales ya me he referido. Pero una generación que, desde el punto de vista intelectual, halló el amparo y la complicidad de los entonces jóvenes maestros que, como los míos, conformaban un deseo de contribuir a la normalización de la vida colectiva y a la mejora de las condiciones de vida de las gentes. El Derecho era una condición necesaria, aunque no suficiente. Pero aportaba técnicas experimentadas fuera, que eran un objetivo a conseguir. Y que, en lo fundamental, se consiguió, como explica el reciente libro de Santos Juliá sobre la transición⁽⁷⁾. Aunque hoy algunos pretendan olvidarlo o, peor, desconocerlo.

De manera que, sí, las circunstancias sociales y políticas de la transición y aun de antes de lo que convencionalmente se entiende por tal, han marcado a mi generación. La biografía personal y las circunstancias azarosas de cada cual se entremezclan con la biografía intelectual, con el tipo de intereses, con la elección de temas. Tengo sin terminar, abandonado, y no sé si lo terminaré, un estudio sobre estos temas a partir del análisis sistemático de la *Revista de Administración Pública*. Mi idea era llamarlo con una pregunta retórica: *¿qué preocupa a la Academia?* Y en él, tras analizar todos los números, se explica quién escribe y, sobre todo, qué y sobre qué se escribe. Y se ve la evolución de la temática. Por ejemplo, el paso del protagonismo de trabajos sobre las nacionalizaciones a los de las liberalizaciones, de las instituciones centrales a la descentralización, de Iberoamérica a Europa... Cada época y cada generación es esclava de su tiempo. Y en nuestro caso, sí, los años de nuestra juventud, en sentido amplio, hasta los primeros noventa del siglo pasado, fueron años en los que hubo muchas aportaciones sobre el papel de la Administración prestacional y sobre el

(7) Cfr. *Transición. Historia de una política española (1937-2017)*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2017.

Derecho Administrativo en general. Y no pocas de esas aportaciones acabaron plasmándose en normas, en interpretaciones consolidadas por los tribunales. Algunas personas de mi generación tuvieron la oportunidad de plasmar esas ideas desde el plano intelectual y especulativo al mundo de la realidad por cuanto ocuparon cargos públicos en el Ejecutivo, en los tribunales, en el propio Tribunal Constitucional, desde los que hicieron realidad muchas de esas aportaciones. Me interesa insistir en esta idea y concretarla, aunque no sea el momento. Baste decir, por ejemplo, que la mayoría de las leyes institucionales o de derechos fundamentales previstas en la Constitución estaban ya aprobadas al final de la década de los ochenta; que la mayoría de esas leyes mantienen su vigencia; que hubo un acuerdo básico en materia de derechos si exceptuamos las tan importantes normas de educación y extranjería, que es donde se han manifestado los mayores desacuerdos... Algo parecido cabe decir de la jurisprudencia y, en particular, de la del Tribunal Constitucional que, en apenas una década, había consolidado, en vía de amparo, una interpretación de los principales derechos fundamentales y, sobre todo, había construido el edificio de las Comunidades Autónomas a partir de los escasos mimbres del Título VIII de la Constitución. Y lo había hecho, además, por cierto, en la mayoría de los casos y dígame ahora lo que se diga, con una exquisita sensibilidad hacia el modelo descentralizador. Detrás de muchas de estas realizaciones hubo siempre personas, intelectuales, profesores que habían pensado y reflexionado antes. Y, como digo, algunos tuvieron la suerte de poder estar en las instituciones desde donde se pasaba de las palabras a los hechos...

De modo que ¡vaya si las circunstancias han condicionado y marcado a mi generación! También a la anterior y a la siguiente, sin duda. Unas circunstancias que abrieron nuevas oportunidades de estudio, nuevos temas, nuevas propuestas. Para muchos, probablemente para la mayoría, con la idea de fondo de proponer reformas y mejoras que redundaran en la mejora social que, a la postre, es también para lo que sirve el Derecho. De nuevo hay que traer a colación el símil que he citado antes del sembrador. Los estudios y aportaciones teóricas plasmados en monografías y publicados en Revistas académicas son también como los granos de trigo que lanza el sembrador. Muchos pasan desapercibidos, no tienen recorrido. Pero otros, por razones no siempre coherentes, llegan a su destino, germinan, son tenidos en cuenta y sus ideas acaban incidiendo en la legislación o la jurisprudencia en un inasible recorrido de interacciones mutuas que es, en parte, en lo que consiste también la faceta investigadora o generadora de ideas de la Universidad.

Esa tarea o, mejor, esa capacidad de influencia estuvo muy presente en los primeros años de la transición. Los administrativistas, sobre todo los de la generación anterior a la mía, pero también algunos de mi generación, tuvieron un gran eco, una gran influencia. No hay más que citar, como ejemplo, aunque no es el único, el *Informe de las Autonomías*⁽⁸⁾ que está en la base de los Pactos autonómicos de julio de 1981, origen

(8) Es el llamado *Informe García de Enterría* elaborado a instancias de la Presidencia del Gobierno por una Comisión de expertos presidida por el propio García de Enterría y de la que formaron parte otros seis profesores de Derecho Administrativo (Tomás Ramón Fernández, Luís Cosculluela, Santiago Muñoz Machado, Tomás de la Quadra, Miguel Sánchez Morón y Francisco Sosa Wagner), todos ellos discípulos

de la interpretación consolidada del sistema autonómico. A finales de esa década, sin embargo, esa influencia se redujo notablemente y, poco a poco, el protagonismo de los administrativistas fue menguando en beneficio del de los constitucionalistas. Es un fenómeno no bien explicado todavía y cuyas causas o razones tampoco son unívocas. Pero es una realidad sobre la que incide la ausencia de un Derecho Público que englobe a los cultivadores de ambas disciplinas, el Derecho Constitucional y el Administrativo, donde no han faltado algunos desencuentros significativos, fruto del desconocimiento mutuo e incluso de algunos avatares o rivalidades más o menos personales. Es necesario el conocimiento y reconocimiento mutuo que, poco a poco, se ha ido construyendo o *re* construyendo. Pero la pérdida de influencia de los administrativistas, más allá de algunos casos individuales, fue clara a partir de la etapa final del primer Gobierno socialista. No hay más que analizar los Magistrados del Tribunal Constitucional. En casi cuarenta años solamente ha habido cuatro Magistrados Catedráticos de Derecho Administrativo (Rafael Gómez Ferrer, Jesús Leguina, Fernando Garrido y Luis Ortega) frente a diez de Constitucional o incluso cinco laboristas. Sucede algo parecido incluso en el Tribunal Supremo donde, como juristas del quinto turno, no ha habido hasta ahora más que dos administrativistas y en diferentes momentos no coincidentes (Francisco González Navarro y José Suay Rincón). Frente a ese dato ahora mismo hay tres Catedráticos de Constitucional y, tras la dimisión de Suay, ninguno de Administrativo, lo que es, cuando menos, un poco chocante.

Algunos aspectos de esta cuestión están de algún modo apuntados en dos trabajos interesantes de Luis López Guerra⁽⁹⁾ y Javier García Fernández⁽¹⁰⁾. En el primero, no muy conocido, se pasa revista al inicial papel de los administrativistas ante la práctica inexistencia de constitucionalistas en los primeros años de la transición, puesto que, antes, claro es, no había Constitución y la mayoría de los profesores del llamado Derecho Político se dedicaban más a la historia, la sociología, la filosofía política o a lo que luego se denominó Ciencia Política ignorando, es decir, obviando deliberadamente el Derecho positivo. En el segundo, en la misma línea pero con más amplitud, el autor recuerda, entre otras cosas, la conocida polémica entre García de Enterría y Lucas Verdú a raíz del texto publicado por éste a propósito de un artículo anterior de García de Enterría y la respuesta de este último⁽¹¹⁾; una

del prof. García de Enterría, aunque con diferentes sensibilidades. Dos de ellos acabarían siendo Ministros de Administración Territorial, uno por la UCD (L. Cosculluela) y otros por el PSOE (T. de la Quadra). El *Informe* lo publicó el entonces Centro de Estudios Constitucionales, Colección Informes, 32, 1981.

(9) *Vid.*, «Algunas notas sobre el desarrollo de la doctrina constitucional española», en *Revista catalana de Dret public*, 41 (2010), págs. 85 ss.

(10) *Vid.* «Pablo Lucas Verdú, un jurista entre dos generaciones del Derecho Político español», en *Revista de Estudios Políticos*, 174 (2016) págs. 225 ss.

(11) El origen de la polémica está en el libro de García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, en el que se recogen dos trabajos previamente publicados sobre la Constitución como norma jurídica y sobre el Tribunal Constitucional, y que puede consultarse ahora en su 4.ª edición, en Ed. Civitas, 2006, en la que se incluyen los Prólogos de todas las ediciones anteriores y, en particular, el más extenso, el de la primera edición (1981), donde se alude a la perspectiva jurídica al abordar los temas constitucionales y cuyas explicaciones, en buena medida, están en la base de la citada polémica con Lucas

polémica que supone un desencuentro a partir de un cierto desenfoco acerca de la perspectiva jurídica –innegable, imprescindible– de la Constitución y la no menos importante cuestión de su incidencia política y social. Una polémica que, desprovista de algunas derivaciones personales, merecería ser releída y revisada por los jóvenes profesores, tanto de Derecho Administrativo como de Constitucional. Una polémica que, como dice García Fernández, hoy «no es fácil de entender porque el actual Derecho Constitucional es una disciplina cuya juridicidad nadie pone en cuestión». Esa polémica, como tantas otras cosas ínsitas en la misma, merecería ser de nuevo releída, como digo. Pero lo dudo, porque muchos lo considerarán una «pérdida de tiempo» habida cuenta que es tiempo que se «roba» para escribir y publicar lo que sea. Y, a la postre, eso será lo único que valorará la Aneca. Y hay que sobrevivir, claro, aunque esa es otra historia que nos aleja de la cuestión...

En definitiva, sí, creo que los años ochenta tuvieron cierto aire fundacional y fueron momentos en los que se llevaron a cabo estudios importantes en muchos campos sobre el papel de la Administración y del Derecho Administrativo en particular. Ahí están las bases de datos y las bibliotecas para revisar la obra académica de los iuspublicistas en esos años. Quizá lo que se eche en falta es una carencia que, en el fondo, subsiste. Obsesionados por esa obra personal, que, por lo demás, es inevitable para la proyección académica y la consolidación como profesores, no ha habido, o no lo ha habido de manera suficiente y notoria, una «obra» colectiva, de manera que los estudios, importantes, sí, han tenido, todos o casi todos, carácter individual. Eso era y es inevitable, como digo, pero ha impedido la formación de digamos un pensamiento colectivo, más o menos compartido. Es un asunto interesante que no se da en otras ramas del saber cuando, por ejemplo, en el ámbito biosanitario las aportaciones derivadas de los ensayos de laboratorio son necesariamente colectivas, por más que haya un líder o un investigador principal. Esa realidad no es trasladable, sin más, al ámbito de las ciencias sociales, desde luego, pero algo más se podía haber hecho en ese sen-

Verdú quien, en 1982, publicó un artículo crítico titulado gráficamente «El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo» (*Revista de Derecho Político*, UNED, 13, 1982). Dicho artículo dio lugar a una réplica de García de Enterría en la misma *Revista* (15, 1982) y que tituló con un rótulo bien expresivo: «El Derecho Constitucional como Derecho». El libro de García de Enterría fue también objeto de otra muy dura crítica por algún constitucionalista (Javier Pérez Royo, en la *Revista de Estudios Políticos*, 25, 1982, págs. 221-27) al que, sin citarlo, hace referencia Enterría en el Prólogo a la 3.^a edición (1984) de su obra y que también puede consultarse para el debido contraste.

No sé si, como afirmó Alzaga, el libro es el «gozne entre dos etapas del Derecho Constitucional», según cita García de Enterría en el Prólogo al que me acabo de referir, pero lo que sí creo que es una verdad concluyente es que el libro de García de Enterría (en particular, el texto sobre la Constitución) fue la obra de referencia sobre el significado de la Constitución que más influencia tuvo en los ámbitos académicos y, lo que es más importante, en los jurisdiccionales.

Dicho eso, importa retener, en cierta medida como contrapunto, el trabajo de Alejandro Nieto, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», en *Revista de Administración Pública*, 100-103 (2003) donde, sin negar el valor normativo de la Constitución, precisa y matiza sus efectos a partir de la consideración del texto fundamental como una norma de reenvíos. Es otro texto de obligada lectura, no necesariamente contradictorio con el primero, como he dicho en otra ocasión, pero que sirve para completar la perspectiva normativa de la Constitución y, desde ella, estudiar el papel de la Administración y del Derecho Administrativo en la sociedad.

tido. Seminarios, debates, actas de conclusiones de Congresos, no sé. Algo. Una de las consecuencias de esa realidad es que la traslación de eso que has llamado «estudios» sobre el papel de la Administración y del Derecho Administrativo al plano normativo y al de su operatividad práctica ha dependido de las relaciones personales y aun de las afinidades ideológicas.

En ese sentido, cuando se creó el sistema de los «sexenios», yo estuve, como seguramente sabes, en la primera Comisión que evaluó a todo el ámbito del Derecho. Unas 900 solicitudes que miramos una a una la media docena de miembros de un Comité que presidía Don Ángel Latorre, que acaba de cesar, no hacía mucho, como Magistrado del Tribunal Constitucional. Y un día le comenté al entonces Director General de Investigación, al que veíamos de vez en cuando, que en los sótanos del Ministerio tenían la mejor base de datos de la producción científica de *toda* la Universidad española porque los solicitantes ya se habrían ocupado de reseñar en sus currículos todo lo que habían publicado. Esa realidad permitía identificar objetivamente a los verdaderos expertos en cada tema, a los autores de tesis o de libros concienzudos, sí, pero sin proyección mediática y poco conocidos. Muchos de esos estudios se habían llevado a cabo en alguna de las llamadas, de forma a veces un poco despectiva, «Universidades de provincia». Y tener a mano toda esa información podía ser de interés para contar con los autores de cara a proyectos, informes o propuestas... Para superar en alguna medida que todo dependiera de las relaciones personales, casi siempre madrileñas. Qué interesante, dijo. Y nada, no sé si está informatizada toda esa información.

Termino esta larga y deslavazada disquisición en la línea de lo que acabo de decir, reivindicando el papel de la academia frente a la improvisación y la ocurrencia. Creo que, a veces, la proyección social de una tesis o de una larga monografía puede que tarde años en producirse. Es más, puede que lo que trascienda sea un texto menor derivado de aquella tesis. Sí, pero... Pero era necesario haber hecho aquella tesis, haber trabajado todos los datos, haber pasado horas y horas redactando el primer texto, para sintetizar, tiempo después, las ideas centrales en un breve artículo, en un congreso, un seminario o incluso un artículo de prensa. Pero al autor hay que haberle identificado y hay que haberle estrujado, consultado. Así se sentirá útil y, con frecuencia, suficientemente considerado y reconocido. Pero, claro, hay que saber que existe...

PREGUNTA: A veces uno piensa de qué modo puede contribuir a una mejor y más eficaz Administración –sin perder de vista su control, como tantas veces has dicho– ¿no piensas que tu generación tuvo la oportunidad de contribuir de forma muy activa a ello? Y, en su caso, ¿cómo lo valoras? ¿Crees que asistimos en esta etapa, con los cambios importantes que se están produciendo, incluso en la relación del Estado con la sociedad, a la apertura a nuevas oportunidades desde esa perspectiva del estudio de nuestra disciplina? ¿Y en qué medida debemos o podemos quienes nos dedicamos al Derecho Administrativo contribuir a hacer una sociedad o, cuanto menos, una Administración al servicio de la misma, mejor?

RESPUESTA: Tu pregunta no tiene, creo yo, una respuesta simple. Pero creo que, en lo esencial, la he contestado al final de mi respuesta anterior. Hay que insistir en que los buenos estudios, las buenas aportaciones, las buenas tesis, tienen siempre

proyección de futuro y, de una u otra manera, tarde o temprano, de forma directa o indirecta, se transmiten a la vida social. La mejor contribución que podemos hacer, pienso yo, es seguir haciendo lo que siempre se ha hecho en la Universidad o, al menos, en las mejores Universidades. Generar ideas, propuestas, análisis críticos, exposiciones sistemáticas. Derivar todo ello también a la docencia, a los alumnos, proyectarlo a la llamada comunidad científica, hacer de sembrador, como antes dije, sabiendo que con frecuencia no hay «retribución» directa o, si la hay, la mejor es el reconocimiento de los colegas, el respeto intelectual, se coincida o no en las conclusiones.

La Universidad es el reino de la libertad. Cada grupo o autor individual puede acercarse a los temas que le parezcan más atractivos, tiene libertad científica, desde luego. En nuestra disciplina, casi todos los temas que se aborden en sede académica tienen o pueden tener proyección social. En el fondo, como idea genérica, sigue siendo necesario recordar que el Derecho Administrativo es, de alguna manera, el Derecho de los servicios públicos, como quería Duguit. Ya de, ya sé que el concepto no se puede utilizar hoy igual que antes, que la Unión Europea ha incidido en ello de forma determinante. Por eso, cuando para simplificar digo lo que acabo de decir no es para configurar conceptualmente así nuestra disciplina sino para recordar lo que la expresión genéricamente significaba, la idea que latía en ella. Y desde esa idea, desde luego, hoy hay nuevos e inseguros horizontes en algunos de los ámbitos que dices. La nueva relación entre el Estado y la sociedad supone nuevos retos, ruptura de algunos dogmas consolidados, la construcción de otros nuevos. Sí, un mundo apasionante del que los jóvenes profesores tienen que sentirse partícipes y se les debe hacer sentir así. Eso implica la idea de pertenencia, en este caso a un grupo informe de colegas, incluso de desconocidos colegas que están haciendo lo mismo o cosas parecidas. Reconocerse en ellos y que ellos te reconozcan. Nada menos.

PREGUNTA: Dentro de tu trayectoria impecable, se encuentra un hito importante como fue la puesta en marcha a principios de los años ochenta del pasado siglo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria ¿cómo afrontaste un reto tan destacado para alguien tan joven, aunque ya con una importante experiencia en otras Universidades, como la de Salamanca, Cáceres o Zaragoza?

RESPUESTA: Es una historia que, en parte, cuento en un librito que editamos en Santander con motivo de los diez primeros años de la Facultad⁽¹²⁾. Yo llegué a Santander un poco por casualidad. Como sabes, saqué la plaza de Profesor Agregado de la Universidad de Extremadura en junio de 1981. Allí estuve varios años que recuerdo con cariño y nostalgia y en los que me encontré con muchas personas excelentes. Lo he contado también en otro sitio⁽¹³⁾. Un par de años después mi intención era regresar a Zaragoza, adonde me había ido con mi maestro, como creo que ya dije, desde Salamanca y donde me había instalado familiarmente. Allí vivía mi familia, allí había

(12) «Diez años de la Facultad de Derecho», en el volumen conmemorativo, *Décimo aniversario de la Facultad de Derecho (1982-1992)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, págs. 21 a 74.

(13) V. mi «1981-1984: una breve memoria» en el volumen *15 años de la Universidad de Extremadura (1973-1987)*, Universidad de Extremadura, 1990, págs. 301-312.

tenido la plaza de Profesor Adjunto y, como digo, allí pensaba regresar cuando hubiera una oportunidad. Sin prisas, cuando fuera posible. Y, en efecto, se creó y se dotó una plaza a la que pensaba trasladarme. En esa época los profesores universitarios todavía teníamos, como todos los funcionarios, el derecho de traslado, de manera que antes de una oposición la plaza vacante salía a concurso. Como sigue sucediendo en la mayoría de los cuerpos, excepto en los nuestros, algo, por cierto, incomprensible y que dejamos pasar sin excesiva oposición. Pues bien, cuando la plaza creada y dotada presupuestariamente iba a salir a concurso de traslado se aprobó y publicó la Ley de Reforma Universitaria. El traslado se complicó y las posibilidades de regresar pronto a Zaragoza se esfumaron. Así que seguí en Cáceres un año más. Y entonces surgió la posibilidad de Santander, que se acababa de crear hacia un par de años, en 1982. Me llamó el Rector y allá me fui con idea de instalarme de una manera estable.

Yo había estado a punto de ir a Santander un par de años antes, cuando se creó la Facultad. Quien entonces era Rector, hoy buen amigo mío, me lo propuso a instancias del profesor García de Enterría, que estaba implicado en la creación de una Facultad en su tierra de origen. Tuvimos incluso una reunión en el Ministerio donde el Secretario de Estado, Cobo del Rosal, me explicó lo único que podía prometer, la dotación de cuatro Cátedras y nada más. Nadie sabía qué iba a suceder después puesto que él era consciente que tenía los días contados y no podía programar nada a largo plazo habida cuenta que las elecciones de octubre de 1982 estaban a la vuelta de la esquina y se sabía que la UCD gobernante iba a perderlas. En tales precarias condiciones y con la comprensión del profesor García de Enterría, que entendió mi postura, no acepté el encargo y seguí en Cáceres. ¡Quién me iba a decir que dos años después iría a Santander cuando la primera promoción comenzaba tercero!

Me fui, pues, a Cantabria y se vino conmigo, como Ayudante, Juan Manuel Alegre, que había sido alumno de mi primera promoción extremeña. Seguía así la misma trayectoria que yo había llevado a cabo con Lorenzo cuando éste se marchó de Salamanca a Zaragoza. Empezaba otra etapa⁽¹⁴⁾. Una serie de circunstancias que no hacen ahora al caso llevaron al entonces Rector a nombrarme Decano provisional. Después fui reelegido varias veces, de manera que fui Decano la friolera de doce años. Dimití el mismo día que se inauguraba el nuevo edificio de la Facultad. Esos años fundacionales de consolidación del Centro dotó a ese tiempo de una relativa dosis de excepcionalidad y me dio un margen de libertad que me permitió llevar a cabo una cierta idea de la Universidad en cuanto a dotaciones, búsqueda de medios, regalos de libros por parte de editoriales públicas, concursos de profesores a partir de la idea, al principio no siempre comprendida, de que había que empezar trayendo catedráticos que se comprometieran a estar algunos años y crearan equipos que garantizaran el futuro. No al revés, que era una fórmula más fácil y frecuente, pero que tenía el riesgo de que los jóvenes se consolidaran como autodidactas y sin maestros, como había sucedido en otros Centros. He contado por encima esa época en

(14) Me remito de nuevo a mi «Explicación y advertencia sobre el contenido de este libro y las circunstancias de su autor», en *40 años de Derecho Administrativo...* cit. págs. 73 ss.

el texto que acabo de citar, recordando nombres bien conocidos que pasaron por la joven Facultad santanderina y algunos permanecieron en ella varios años. Sin ánimo exhaustivo, cabe citar a Eusebio Fernández (Catedrático de Filosofía del Derecho, ahora en la Carlos III), Fernando Pantaleón (civilista que marchó también a la Carlos III y después a la Autónoma de Madrid, desde donde fue designado Magistrado de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo), Cándido Paz-Ares (que se fue como Director General de los Registros y del Notariado y permanece en la Autónoma), Javier Orduña (ahora Magistrado del Tribunal Supremo), José Manuel Gómez Benítez (que estuvo un par de años y desde aquí se fue a la Carlos III siendo luego vocal del CGPJ), Emilio Beltrán (Catedrático de Mercantil, que estuvo bastantes años antes de recalcar en el CEU, falleciendo joven hace poco más de un año), Gabriel García Becedas, Ignacio García Perrote y Jesús Mercader (que se fueron pasando el testigo del Derecho del Trabajo sin solución de continuidad), Antonio Bar (Constitucional), Rafael Domingo (Derecho Romano), José Luis Iriarte (que fue muchos años Vicedecano conmigo hasta recalcar en la Universidad pública de Navarra). También Ana Muñoz (tributarista, que fue años después Directora General de Deportes) y Concha Escobar (Catedrática de Derecho Internacional, que estuvo muchos años y consiguió, entre otras cosas, que la biblioteca personal de su maestro, Don Manuel Diez de Velasco, santanderino además, esté en nuestra Facultad. Concha fue luego jefa de la Asesoría jurídica del Ministerio de Exteriores varios años). Y algunos más.

El simple enunciado de estos nombres evoca sin más, para quienes los conozcan, qué significaron aquellos años. El fruto de un trabajo continuado en un tiempo en el que aún era posible convencer a venir a «fundar» a los jóvenes catedráticos que llegaban con empuje e ilusión. Conté para ello con varias ayudas, pero, sobre todo, con el inestimable apoyo de Luis Mateo, Catedrático de Financiero, fallecido a los 43 años, en 1992. Luis, aunque de origen santanderino, había llegado al tiempo que yo desde León, adonde a su vez había ido desde Oviedo, y fue durante mucho tiempo mi único Vicedecano. Y en cuanto a medios debo reiterar, una vez más, el agradecimiento al profesor García de Enterría por el inestimable regalo que, sin publicidad alguna, nos hizo: el montante económico del Premio Príncipe de Asturias 1984, equivalente en poder adquisitivo actual a unos 36.000 euros, para comprar libros, como queda constancia en una placa que mandé hacer y cuelga en las paredes del Seminario de Derecho Administrativo.

Por lo demás, montar la Facultad no fue tarea muy difícil, aunque sí continuada. Los asuntos burocráticos los llevaba muy bien la jefa de Negociado, la Administradora del Centro. Yo me dedicaba, sobre todo, a otras cosas menos visibles. A tratar de crear un cierto clima, a hablar con los profesores, descubrir sus necesidades y subvenir las carencias para que se sintieran a gusto. Y en lo material pues tratando de plasmar, poco a poco, cosas que había aprendido o visto en las Facultades en las que antes había estado: Valladolid como alumno, Salamanca, Zaragoza y Cáceres. Prever, por ejemplo, algunas normas elementales, como que los profesores guardaran siempre una copia de las actas, que entonces eran todavía manuales para que constaran las calificaciones y se evitaran algunas manipulaciones que había visto en Extremadura cuando me tocó ser secretario de un expediente en el que se demostró

la manipulación, justamente porque el profesor afectado había guardado copia de sus actas. O la directriz, también elemental, de que no se guardaran notas para septiembre a partir de otra negativa experiencia que había vivido antes. Un profesor le dijo a un alumno que estaba aprobado pero que como ya había entregado las actas le pondría el aprobado en la convocatoria del septiembre. El alumno no fue, por eso, al examen, confiado en que efectivamente estaba aprobado. Y cuando un año después fue a pedir el título se encontró que le faltaba esa asignatura. ¿Qué había pasado? Pues que en el verano aquel había muerto el profesor. El problema lo resolvieron de aquellas maneras, pero esa experiencia que había visto de cerca me llevó a esa norma elemental que, sin embargo, a algunos les pareció una exageración. Otro consejo más: el de que las notas hay que revisarlas varias veces porque el profesor no tiene «derecho» a equivocarse; porque si se equivoca en un caso muchos alumnos pueden pensar, con razón, que quizá en su caso también hubo un error y querrán «revisarlas». Otra «norma» más: hay que tener cuidado cuando se recibe a los alumnos, y en particular a las alumnas, en el despacho, a solas. Hay que procurar no cerrar la puerta o tener alguien cerca, porque vi también una experiencia negativa en un caso así...

Y luego crear símbolos en una ciudad con poca o ninguna tradición universitaria. Inauguramos los actos de fin de curso en los que la Facultad regalaba un librito (varios años, *La lucha por el Derecho*, de Ihering o algún otro Cuaderno Civitas) e invitaba a algún conferenciante de renombre. Recuerdo el acto de despedida de la primera promoción, en los jardines de la antigua ubicación provisional, cuando dio una conferencia, que no olvidaré nunca, el entonces presidente del Tribunal Constitucional, Tomás y Valiente, buen amigo, a quien había tratado diariamente durante dos años en la Facultad de Salamanca. O cuando vino el entonces presidente de las Cortes, Gregorio Peces Barba, y tuvimos que reorganizar el horario porque había un partido de fútbol de no sé qué importante campeonato que quería ver. En fin, ejemplos como estos, algunos otros especialmente significativos, como la relación con el Colegio de Abogados poniendo las bases de lo que luego fue la Escuela de Práctica Jurídica o la política de contratar sólo profesores Asociados de verdad (notarios, jueces, registradores...) a los que no se les entregaba nunca la responsabilidad de un curso, sino que colaboraban, parcialmente, como preveía la ley, sobre todo en las prácticas... Un trabajo continuado y sin muchas alharacas pero que, poco a poco, algunos frutos dió...

PREGUNTA: La temática que has abordado en tus estudios es de una gran amplitud, comprendiendo los más diversos temas de esta disciplina, tan compleja y extensa, como es el Derecho Administrativo. Sin duda, entre las cuestiones cruciales en que has dejado tu impronta, se encuentran la responsabilidad patrimonial, los servicios públicos o la jurisdicción contencioso-administrativa, por poner solo tres ejemplos, a mi juicio, esenciales, ya que son tres instituciones cruciales de esta rama del Derecho ¿qué papel o qué importancia crees que tienen las instituciones en general en el Derecho y, en particular, en nuestra disciplina? ¿Son, a tu juicio, las instituciones –más que las normas– las verdaderas unidades elementales de la vida jurídica, como entendiera SAVIGNY? Y, de ser así, ¿hasta qué punto crees que ello puede o debe determinar los primeros estudios de un buen administrativista? Es decir, ¿consideras importante tomar en consideración estas cuestiones para elegir

un buen tema de tesis? O, por el contrario, ¿entiendes que del estudio de cualquier materia pueden extraerse conocimientos básicos para ir adquiriendo los mimbres adecuados para ser un buen jurista?

RESPUESTA: Claro, claro. Sí, son las instituciones más que las normas concretas las unidades elementales del Derecho. El Derecho son normas, pero esas normas se inscriben en un contexto más amplio que, para simplificar, llamamos instituciones y que, a mi modo de ver, se nutren, por supuesto, de las normas, pero también de la jurisprudencia, de la práctica, de los valores sociales prevalentes en cada tiempo. O sea, de la cultura entendida al estilo orteguiano como el conjunto de valores desde los que cada tiempo vive. Y eso afecta, sobre todo, a la interpretación. El Derecho Público ha sido siempre más flexible e informal que el más dogmático Derecho privado. Por eso, el jurista debe tratar de ser aquel hombre culto del que hablaban ya los romanos y por eso también la carrera es tan enriquecedora y permite una visión del mundo menos simplista de lo que a veces se deduce de los periódicos. Ser profesor de Derecho desde ese planteamiento o desde esa concepción es mucho más importante y difícil que ir a contar el cómputo de los plazos o cualquier otra previsión legal. Eso se debería dar por sabido, esto es, por leído directamente en la Ley o en los libros. El profesor le dará la vuelta, explicará porqués, apuntará problemas, contradicciones, dudas... Ya sé, ya se, que es una utopía en las circunstancias actuales. Pero habría que tender a ello. Quizá entonces renunciarían los alumnos mediocres o desinteresados y se beneficiarían los verdaderamente motivados.

En cuanto a los temas de las tesis de los jóvenes profesores comprendo que sí, que a veces se puede sacar agua casi de cualquier pozo. Pero no hay que confiarlo todo al azar. La elección del tema de una tesis es probablemente, para un joven inteligente y dedicado, la decisión más importante. Hay que darle vueltas y más vueltas porque, aun aceptando lo que he dicho de cualquier pozo, en general no cualquier tema sirve para una tesis. En mi opinión, un tema de tesis debe propiciar lecturas que de otra manera no se harían nunca y ahí es donde entra lo de los conocimientos básicos. Debe ser un tema relativamente concreto para permitir derivaciones, análisis, cierta vocación de exhaustividad. Y, finalmente, debe estar *relativamente* poco tratado. Todo está tratado. Todo eso es relativo. Pero lo que quiero decir es que no me parece buena idea hacer una tesis sobre una ley reciente, así, sin más precisiones. Hay que poder aportar algo. Un poquito. Al final, el autor se debería encontrar con varios frutos. La tesis, desde luego, que con frecuencia se plasmará en un libro. Pero también otras cosas. Un bagaje de ideas y de planteamientos básicos y clásicos. Habrá aprovechado los días de tedio y de desgana para leer algún buen Manual. Es decir, al final se sabrá más o menos un programa, lo que garantiza que puede ya dar clases porque si no, desde ese punto de vista, la tesis no garantiza nada. Garantiza que el doctorando sabe mucho de un aspecto micro, que sabe investigar, pero ¿se sabrá el programa y sabrá exponerlo en clase? Y, finalmente, al acabar la tesis, el doctorando tendrá también un par de trabajos, comentarios o recensiones publicadas en las Revistas de la especialidad, empezará a ver su nombre impreso en algún sitio. Y entonces sí puede ser profesor. Con esas tres alforjas, con los intercambios informales con su director, que son siempre impagables y donde más se aprende por más que sobre el tema de

la tesis al cabo de seis meses el doctorando «sabe» ya más cosas que su director; con todo eso en el morral el doctorando habrá aprendido a investigar, a poner todo en duda, sí, pero, además, empezará a despegar e indagar por su cuenta; empezará a publicar y aprenderá a transmitir un programa. Es decir, se habrá hecho, sin darse cuenta, profesor. Luego vendrá la Aneca a decir si es así. Pero lo es.

Y entonces seguramente es más verdad la segunda parte de tu pregunta. Porque a partir de ese momento, el doctorando podrá seguir o no, cambiar de temas, abordar o no nuevas realidades. Pero si lo hace sabrá cómo y de cualquiera de los temas que aborde podrá extraer propuestas que eventualmente pueden derivar en varias direcciones, hacia cuestiones específicas del tema abordado o hacia cuestiones básicas. Siempre me acuerdo, por ejemplo, cómo mi maestro comentaba hace ya muchos años que en el libro de José Antonio Manzanedo sobre el comercio exterior había un análisis interesante de ese concreto y específico ámbito, pero también, y acaso sobre todo, el mejor estudio del momento sobre la autorización, un tema general, básico. Y aún hay que consultarlo con provecho, aunque tiene casi cincuenta años...

PREGUNTA: Otra de sus grandes preocupaciones, como no podría ser de otra manera para un académico, y que ha dado origen a trabajos destacados, ha sido la propia Universidad, tanto por lo que se refiere a la enseñanza como en cuanto al proceso selectivo del profesorado. Aunque tu opinión queda reflejada también en tu libro *40 años de Derecho Administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados* (Thomson Reuters, Navarra, 2018), no puedo evitar preguntarte por tu parecer al respecto, aunque sea sintéticamente, es decir, ¿qué opinión te merece el denominado proceso de «Bolonia»? ¿crees que ha dado los resultados esperados? Y, en caso negativo, ¿crees que es debido a su propia configuración o que en nuestro sistema, además en un momento de crisis, no se ha podido –o no se ha sabido– ejecutar correctamente?

RESPUESTA: Aquí me permitirás que me remita a un texto mío que redacté con un amigo matemático y que publicamos en *El Cronista* y está ahora también en mi ya varias veces mencionado libro recopilativo, *40 años de Derecho Administrativo*⁽¹⁵⁾. E incluso a un texto anterior donde adelantaba una opinión crítica⁽¹⁶⁾. A ellos me remito porque es difícil contestar brevemente a esta cuestión.

En realidad, Bolonia no era nada. Y se ha convertido en un mito vacío. Fue una simple declaración de responsables educativos europeos, en 1999, en la que se exponían objetivos que podían muy bien ser asumidos por todos con la idea de facilitar la

(15) Me refiero al trabajo que, tomando como referencia el título de una conocida canción, titulamos, precisamente, igual: «Bewitched, bothered and bewildered (embruajados, incómodos y desconcertados)», en el núm. 23 de la Revista *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, monográfico dedicado a «La Universidad en crisis», Iustel (2011).

(16) «La enseñanza del Derecho Administrativo tras la Declaración de Bolonia: texto, contexto y pre-texto», en el volumen en el que se recogen las Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Toledo en febrero de 2006, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 195-239. También, ahora parcialmente, en *40 años de Derecho Administrativo postconstitucional...* cit., págs. 725 ss.

movilidad y promover los valores europeos. «Bolonia» era una idea de contenidos más que de formas. Hablaba de instrumentos de medida para poder comparar títulos, sí, pero hablaba también de valores culturales, de calidad, de retomar la vieja idea de la Universidad vinculada al humanismo europeo. Y sobre todo eso poco o nada se ha hecho.

Lo que en España se ha dicho que es Bolonia no era exactamente Bolonia. Y jugando de nuevo con las palabras resulta que, al parecer, Bolonia no está en «Bolonia», es decir, la más antigua y clásica de las Universidades europeas no ha puesto en marcha un programa concreto como el que, exageradamente, hemos hecho nosotros. Nuestra concreta y burocrática interpretación de eso que se ha dado en llamar, erróneamente, el proceso o el sistema Bolonia creo que ha sido un fiasco. Se ha quedado en lo periférico y, además, acentuando la burocratización. Pero se ha ido consolidando a pesar de las críticas. Recuerda el documento que encabezaba García de Enterría y que firmaron cientos de juristas, titulado «Saquemos los estudios de Derecho del proceso de Bolonia».

La idea no era mala, sin embargo. Un sistema que hace pivotar la enseñanza en el aprendizaje individual del alumno, flexible, con menos clases presenciales, menos carga, pero más exigencia, que potencia los intercambios... Un sistema así parte, creo yo, de un presupuesto no explícito y unas exigencias que no se han dado: pocos y buenos alumnos y muchos y muy buenos profesores. Un sistema caro y, en el fondo, elitista. Elitista del conocimiento, no del dinero. Pero esos presupuestos no se han dado. Nos hemos quedado en la superficie. Se han reformado los planes, se han añadido asignaturas de lo más variado, se ha insistido en lo práctico... Pero la masificación o el excesivo número, imposible para un sistema tan personalizado, subsiste. Los alumnos no han asumido la teóricamente nueva idea de que la clase es un complemento al trabajo individual, los profesores tampoco acaban de entender su nueva función. La burocracia ha aumentado extraordinariamente y los resultados están ahí. Una rebaja del nivel, asignaturas a veces diminutas o superconcretas, una gran diferencia entre planes de estudio, reducción del número de años y algunos papanatismos como el que se va poco a poco generalizando de que hay que hacer luego «un máster».

Todo eso y, en particular, el número y la preparación previa de los alumnos y la entrega de la responsabilidad plena de muchas enseñanzas a profesores no consolidados ha condicionado decisivamente las previsiones del «sistema Bolonia» porque hace imposible un cierto tipo de enseñanza en la que se enfatiza el ideal, de corte anglosajón, del profesor tutor. Un profesor que, en efecto, no sustituye el trabajo individual y cuya función es sintetizar, aclarar, ayudar, desarrollar, desvelar problemas, aplicar supuestos y, sobre todo, sistematizar planteamientos. Y eso exige dedicación y esfuerzo, disponibilidad, presencia, preparación, ilusión y tiempo. Y de todo eso, salvadas siempre las excepciones, que las hay, se ve poco, muy poco. Y a veces nada. La Universidad es y ha sido siempre lo que sean sus profesores. No sus planes de estudio. La única correlación en lo que atañe a la excelencia, aquí y en extranjero, es la calidad del profesorado. Y eso apunta en otra dirección en la que no me puedo explayar. Porque, prescindiendo por un momento del sistema de selección de profesores funcionarios, lo que ha sucedido es que casi casi se ha conseguido el viejo mito del «cuerpo único de enseñantes». ¿Dónde está la pomposamente denominada «plena capacidad docente

e investigadora» que la ley predicaba *solamente* para algunos profesores? En algunos Centros los planes se han diversificado tanto que se ha tenido que echar mano de profesores improvisados, profesores asociados encargados, en la práctica, de grupos y asignaturas con plena autonomía. El mínimo de doctores que exige la ley se predica del *conjunto* de la Universidad lo que significa que puede haber perfectamente Grados –y los hay– en los que la mayoría de los profesores no sean doctores. ¿Qué tiene que ver esa realidad con el profesor en el que pensaba la Carta Magna de las Universidades Europeas que está en la base de la Declaración de Bolonia? Se apuntaba allí a un profesor que investiga y que luego, en su faceta docente, transmite credibilidad, pasión por el origen de las cosas, por sus consecuencias. O sea, excelentes profesores que no proporcionen *sólo* información. ¿Cómo garantizar hoy un mínimo de igualdad y de solvencia cuando los sistemas de acceso para puestos a la postre similares –por ejemplo, Profesores Titulares funcionarios y Profesores Doctores contratados– son diferentes y dependen de la acreditación previa de Agencias descoordinadas entre sí como la Aneca estatal y las Agencias autonómicas de acreditación?, ¿cómo garantizar esa misma solvencia de fondo que proporciona también la experiencia académica cuando, como digo, la responsabilidad directa de muchas clases está en manos de profesores en formación o incluso de profesores asociados? Y si estos últimos asumen, como muchas veces asumen en la práctica la responsabilidad directa de la clase, ¿en qué se diferencian esas clases universitarias de las de una academia improvisada?...

Hay ámbitos donde, sin duda, la Universidad ha mejorado. Sobre todo en los aspectos de la investigación y, en particular, en el mundo de las ciencias experimentales. Y es también una realidad positiva que convive con otras menos amables. Pero al precio de convivir los buenos y los malos, con evidente desaliento de los primeros cuyos casi únicos incentivos positivos y de diferenciación son los sexenios. Y poco más.

Ese pequeño reconocimiento no es óbice para poner el acento en los aspectos que menos satisfacen como la excesiva burocratización, la endogamia profesoral, el desinterés y preparación previa de muchos alumnos, la complejidad gestora, la excesiva prevalencia de los aspectos formales sobre los contenidos, la rigidez, la ausencia de una idea colectiva y de grupo, la desilusión de muchos, las rutinas consolidadas... No es óbice tampoco para llamar la atención acerca de algunos mitos sobre el sistema de selección del profesorado, la llamada «empleabilidad», el tópico de los «rankings», la rentabilidad inmediata, la perversión de las palabras cuando se tergiversa el lenguaje, a veces interesadamente. Piensa, por ejemplo, en los estudios de postgrado, los llamados «másteres». Aquí la confusión está a la orden del día.

El máster, en realidad el máster «universitario», que es como oficialmente se llama, es un título oficial avalado y teóricamente controlado por la Aneca, que se regula en el Decreto que establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales (RD 1393/2007, de 29 octubre, modificado por RD 861/2010). Se regulan allí las enseñanzas «de Grado, Máster y Doctorado conducentes a la obtención de los correspondientes títulos oficiales» (art. 3). Esos son, en realidad, los únicos «másteres», que el Decreto en varios de sus preceptos adjetiva como «máster *universitario*». Las Universidades, además, pueden organizar otros estudios de postgrado en uso de su

autonomía; estudios que organizan libremente y que conducen a «títulos propios», no oficiales, en los términos que determine la propia Universidad, precisando entonces el Decreto que acabo de citar (Disposición Adicional 11), con toda lógica, «que ni su denominación ni el formato en que se confeccionen los correspondientes títulos puedan inducir a confusión con los títulos oficiales» que regula el mismo Decreto, entre ellos, el de master (art. 10). En puridad, si a esos estudios y títulos se les llamara «máster» habría que adjetivarlos por contraposición al «máster universitario». Pero entonces, ¿cómo llamarlos másteres «no universitarios»? Suena francamente mal y la expresión «título propio» no la entiende nadie, como tampoco la de «experto». Pues bien, no hay más que mirar las páginas web de muchas Universidades para ver que la «solución» es llamar «máster», sin adjetivos, a todos los estudios de postgrado, conduzcan o no a un título oficial. Estos estudios o títulos «propios», que no están sometidos a control externo y de cuyo profesorado con frecuencia no se dice nada en los folletos publicitarios, se confunden entonces con el máster «oficial». La ambigüedad está servida y el mito de las palabras consolidado. Es más, he visto personalmente anuncios de alguno de estos «máster», o sea postgrados, en los que abiertamente se sugiere al candidato que estudie el máster «mientras estudias tu grado», cuando el art. 16 del Decreto antes mencionado bien claro dice que para acceder a las enseñanzas «de máster» (aunque el precepto se refiere a las enseñanzas «oficiales de máster») será necesario estar en posesión de un título universitario oficial...

Pero, en fin, lo que pienso se halla en el artículo que mencioné al principio con algún mayor detalle. Lo único que importa ahora retener es esa confusión de las palabras a la que tan aficionados somos. Y si el lenguaje se hace esotérico y lejano pues más confusión. Y la confusión siempre beneficia a alguien...

PREGUNTA: Por lo que se refiere al otro tema clave de la propia Universidad ¿qué opinión te merece el sistema de acreditaciones y posteriores concursos? Y con carácter general ¿cuál es el estado actual de la Universidad española? De otro lado, tanto tú (Salamanca, Cáceres, Zaragoza y Santander) como tus discípulos (Extremadura, Zaragoza, Vigo, Burgos o Castilla La Mancha) y maestros habéis practicado la movilidad entre distintas Universidades ¿crees que es algo fundamental o, cuanto menos, importante, en la carrera académica o, por el contrario, va vinculado a los avatares del momento y de la vida de cada uno, sin que tenga necesariamente trascendencia en la trayectoria académica?

RESPUESTA: No es fácil contestar a esta pregunta porque son muchas cosas y, además, no todo es lineal. Y de nuevo tengo que remitir a una autocita. Por un lado, al trabajo que he mencionado ya antes (*Bewitched, bothered and bewildered*) y, de otro, al ensayo que acaba de publicarse en el volumen homenaje al José Luis Carro, gran amigo, como sabes, donde he escrito un largo texto que, salvo pequeños detalles, he incluido también en el repetidamente mencionado libro mío, *40 años de Derecho Administrativo postconstitucional*⁽¹⁷⁾.

(17) Vid. «La selección del profesorado universitario funcionario (crónica, rescatada del olvido, de una regulación inestable)», en el volumen *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado autonó-*

Mi percepción de la Universidad en este momento es ambivalente. De un lado, creo que hay que reconocer que ha mejorado en lo que se refiere a la investigación; en especial, como ya he dicho, en el mundo de las ciencias experimentales. En las áreas de Derecho nunca se ha publicado tanto, lo que no quiere decir que todo sea de excelente calidad, pero, con todo, hay una positiva deriva en ese sentido. A cambio, hay una comprensible obsesión por publicar como sea, porque ese es el parámetro principal de medida de las Agencias de acreditación; un parámetro fundamentalmente cuantitativo, pero que es esencial para la promoción profesional. Las críticas a ese planteamiento están bastante generalizadas y no voy a insistir en ello porque las comparto.

En cuanto al sistema de selección es algo sobre lo que pesan más, a mi juicio, las sombras que las luces.

En principio, creo que hay que decir que cualquier sistema vale si hay clima académico propicio que facilite el sobreentendido de quiénes son los mejores, ese *ethos* compartido, que es lo esencial. Pero si ese clima no existe, si no lo hay o no lo hay en grado suficiente, hay que prever sistemas más lejanos que garanticen el mérito y capacidad, como dice la Constitución; sistemas en los que el carácter presencial y el juicio de expertos sea determinante. Ese era el criterio del sistema de selección de profesores funcionarios universitarios que más tiempo ha durado, el de los seis ejercicios, centralizado y con ocasión de vacantes, que suponía, además, la existencia de una plantilla mínima en cada Facultad o Licenciatura. Ese sistema estuvo en vigor, con leves cambios, hasta 1984 cuando fue sustituido por el de la Ley de Reforma Universitaria, o sea, por un sistema descentralizado en el que cada Universidad sacaba las plazas que quería para seleccionar un candidato en un concurso con pruebas presenciales, pero en el que dos de los cinco miembros del tribunal eran designados libremente por la Universidad convocante. Como gráficamente se ha dicho, en esas condiciones no era difícil *ligar* un trío y el resultado fue que, salvo escasas excepciones, siempre salía propuesto el candidato de la Casa. La endogamia se hizo regla general. Y es que, como también se ha dicho, España no es Harvard y no porque no haya aquí excelentes científicos sino porque el clima puritano del mundo anglosajón no se compadece con el de la picaresca hispana.

Se ha dicho que el sistema anterior a la LRU era un sistema memorístico, en el que las Escuelas tenían protagonismo y poder y que, además, era el sistema propio del franquismo. Luego diré algo a propósito de las dos primeras críticas. En cuanto a que era el sistema del franquismo lo primero que hay que precisar es que el sistema es anterior. Fue el sistema que inventó la República nada más llegar, en junio de 1931, para intentar regenerar la Universidad. Siguió vigente después de la guerra civil, aunque sí hay que aclarar para los más jóvenes que el hecho de que el sistema de 1931 siguiera vigente no debe llevar a engaño porque es verdad que la continuidad formal no se correspondía con la continuidad real. A partir de 1940 y como es comúnmente aceptado la Universidad sufre un proceso de decadencia y control político que se

mico. Estudios en homenaje al prof. José Luis Carro y Fernández-Valmayor, Andavira ed., tomo II, Santiago, 2018, págs. 229-268. También, como se indica, en *40 años de Derecho Administrativo...*, cit., págs. 751 ss.

plasma en numerosos aspectos siendo, quizá, la depuración de los profesores y de los aspirantes a profesor uno de los más destacados. Bajo esas premisas la designación de los miembros de los tribunales no planteaba mayores problemas. Y tampoco la utilización de una norma como el Decreto de 1931 bajo cuya vigencia, es cierto, se produjeron las llamadas oposiciones “patrióticas” de los primeros años de la postguerra. Pero aun siendo esto así no es menos cierto que cuando empezaron a cambiar las cosas, en torno a la segunda mitad de los años sesenta, no hubo necesidad de improvisar y la vigencia de la norma de 1931 facilitó la modernización de la vida académica, cuando, además, se aprobaron algunas fundamentales reformas como la previsión de la dedicación exclusiva de los profesores funcionarios (y, con ella, una retribución más digna), las becas de investigación (que permitieron a muchos jóvenes iniciarse en la carrera universitaria), la creación del cuerpo intermedio de Profesores Adjuntos (como forma de articular una carrera escalonada) y el aumento de Universidades (a partir de la creación de las Autónomas de Madrid y Barcelona, en 1968)...

Es decir, lo que importa es el contexto, el clima académico. Éste también se crea o, al menos, se puede fomentar. Por eso, una vez despojado del lastre de la época más dura del franquismo, se pueden desmontar dos de las críticas más arraigadas del sistema a las que ya me he referido: la de que era un sistema memorístico y la de que en ese sistema tenían un protagonismo determinante las Escuelas científicas o las afinidades personales.

Pues bien, los ejercicios no eran en absoluto memorísticos, según los he descrito en detalle en el trabajo al que me he referido al principio y que ahora no puedo repetir. A ese texto me remito. Y frente a la crítica del protagonismo de las Escuelas hay que decir que, tras algunos cambios, todo el tribunal acabó siendo por sorteo. Y, además, para preservar cierta pluralidad apriorística se dividía el escalafón en tres grupos en función de la antigüedad en el cuerpo, los más veteranos, los intermedios y los más jóvenes, y se garantizaba que todos esos grupos de edad tuvieran presencia en el tribunal; aunque es verdad que esa circunstancia en parte se perdió por no actualizarse periódicamente la división en esos grupos. Por lo demás, las Escuelas no cayeron del cielo; se fueron consolidando a medida que, con ese sistema, los discípulos de los primeros maestros fueron obteniendo sus plazas y las posibilidades de salir en el sorteo se iban multiplicando. Pero todos era expertos y todos los ejercicios eran públicos, que es algo fundamental...

La mayor crítica que se le podía hacer a ese sistema, a mi juicio, era otra. Era la de que, como había pocas plazas (la plantilla) y sólo había oposiciones a una concreta plaza cuando quedaba vacante (por traslado, jubilación o fallecimiento) podía transcurrir mucho tiempo entre una oposición y otra. Y en tales circunstancias si bien, por lo general, el sistema garantizaba que «fueran» todos los que «estaban» podía suceder, y sucedía, que personas que «eran», es decir, que podrían ser buenos profesores, no llegaran a «estar» o sea, no llegaran a ser Catedráticos. Pero eso tenía fácil solución.

El sistema de acreditaciones, que sustituyó al de la LRU y al posterior de habilitaciones, parte de un presupuesto aparentemente razonable. Se trataba o se trata de verificar si los candidatos son objetivamente idóneos conforme a unos criterios generales fijados, dejando al margen ahora que dichos criterios puedan ser discutibles.

Luego, una vez acreditados los potenciales candidatos, la Universidad, si quiere y puede económicamente, saca a concurso las plazas que desee (es libre, porque no hay plantillas mínimas). A ese concurso concurrirían y competirían los profesores previamente acreditados. Si la fase de acreditación trata de verificar que se poseen unos méritos más o menos objetivos podría estar justificado que los enjuiciadores no fueran especialistas porque se juzga sólo una realidad aparente. Y por eso, en gran medida conforme a criterios cuantitativos, que son, se dice, los más «objetivos». Que el candidato no sea juzgado por especialistas no debe ser criticado, se dice, porque la función de la acreditación es la que acaba de decirse y luego vendrá la segunda fase donde las Universidades proveerán la competencia, buscarán a los mejores, nombrarán miembros del tribunal conforme a criterios de especialización exigentes, etc., etc. La acreditación lo era para ser Catedrático. Sin más. Sin precisión. Y sin embargo muchos acreditados, antes del concurso de adscripción, suelen jugar equívocamente con las palabras titulándose, por ejemplo, «Catedrático acreditado», o «Catedrático (a) de una disciplina». Notorio equívoco porque quien así se llama solo ha sido «acreditado *para* Catedrático». Punto. Hasta la reforma de 2015, acreditado para Catedrático sin más adjetivaciones. Y ahora, tras esa reforma, acreditado para poder ser «Catedrático de Ciencias Sociales» o de alguna de las cinco grandes áreas que prevé el Decreto (arrt. 3). No había ni antes, ni ahora, pues, ningún «Catedrático acreditado de Derecho-lo-que-sea» sino, a lo más, un Profesor Titular acreditado, antes, *para ser* Catedrático (obviando la adjetivación «de Ciencias Sociales») y ahora, después del año 2015, para serlo en cualquiera de las áreas agrupadas dentro del campo de las Ciencias Sociales. Esto es, apto para poder concursar a la plaza de Catedrático (ahora sí, de “Derecho-lo-que-sea” que las Universidades convoquen. No cabía ni cabe decir ni siquiera acreditado “*como* Catedrático”, que sugiere que ya lo es. Sólo acreditado “para”, para poderlo ser.

Eso es lo que estaba y está en la norma que, antes (RD 1312/2007, de 5 octubre), decía que la acreditación surtirá efectos «para concurrir al cuerpo al que se refiera, *independientemente de la rama de conocimiento en la que el acreditado haya sido evaluado*» y ahora, tras la reforma del RD 415/2015, de 29 mayo, precisa que surtirá efectos «para concurrir al cuerpo al que se refiera, en la rama o ramas de conocimiento en la que el acreditado haya sido evaluado de forma positiva: Artes y Humanidades; Ciencias; Ciencias de la Salud; Ciencias Sociales y Jurídicas e Ingeniería y Arquitectura». Pero muchos desconocen esta previsión y no son pocos los que juegan permanentemente con el equívoco que acabo de decir.

Acreditado el candidato, en teoría vendría luego el verdadero concurso juzgado por especialistas, donde se produciría la competencia para que la Universidad convocante seleccionara a los mejores en función de sus objetivos, es decir, del «perfil» buscado de acuerdo con sus necesidades. Pero todo eso es en teoría. La realidad es muy diferente. Hoy por hoy no hay competencia, la Universidad saca la plaza «de» un profesor de la Casa, nombra discrecionalmente a todos los miembros del tribunal y el acto del concurso de acceso se convierte así en un puro formalismo. Todo el mundo lo sabe y todo el mundo es consciente de ello. Se institucionaliza la ficción. Es más, hay Universidades donde ni siquiera está previsto que los miembros del tribunal sean

especialistas o se impone que presida siempre el Rector o un Vicerrector, aunque no sea de la especialidad, con lo que el presupuesto de la acreditación cae por su base por cuanto es posible que sean minoría los miembros de la comisión de la misma especialidad o área de la plaza concursada. Es una situación poco conocida fuera de los ámbitos académicos y dentro de ellos no genera ya ni sorpresa ni escándalo alguno. Hay incluso una previsión, a mi juicio dudosamente constitucional, en virtud de la cual la Universidad no se limita a nombrar al tribunal o comisión juzgadora, sino que impide concurrir a plazas de Catedráticos a los Profesores Titulares que no sean «de la Casa». Son las llamadas plazas de promoción. O sea, una especie de concurso-oposición restringido.

La endogamia está entonces absolutamente instalada. Se acaba siendo Catedrático en la misma Universidad donde se fue Profesor Titular, Ayudante y doctor. El *cursus honorum* de mi generación y de las anteriores ha desaparecido. ¿Eso es bueno o no? En principio creo que, como mínimo, no es enriquecedor. Es lo contrario de lo que sucedía hasta 1986. Comprendo que hay que matizar mucho porque, por ejemplo, ahora se es Catedrático bien pasados los cuarenta, a una edad en la que la mayoría tiene hecha su vida familiar, hay hijos, vinculaciones, incluso en algunos casos equipos consolidados para trabajar en común en ámbitos donde lo normal es el grupo y no, como en Derecho, el trabajo individual. Pero, en fin, ya que copiamos fórmulas ajenas bien podía haberse copiado esa, que es común a otros Ordenamientos. Pero, como decía antes, lo que no se puede copiar es el contexto. Hubo una previsión hace años en virtud de la cual nadie podía ser Titular sin haber estado un tiempo en otra Universidad. La picaresca pronto convirtió la regla en papel mojado inverificable por cuanto profesores de una Universidad «acogían», real o virtualmente, a jóvenes de otras para cumplir el requisito al tiempo que los profesores de la otra Universidad hacían lo propio con los de la primera.

Aquí hay muchos equívocos que afrontar. Porque lo que sucede, a mi juicio, es que se mezclan sistemas contradictorios. Una Universidad de profesores funcionarios tiene sus reglas y sus pautas. Las de los funcionarios: plantillas, presupuesto, reglas comunes, selección centralizada. Una Universidad más flexible, más cercana al ámbito anglosajón, otorga más poder a cada Universidad que selecciona con mucha autonomía conforme sus propias pautas y criterios, pero... Pero tiene también autonomía para exigir, para fijar objetivos, para diferenciar retribuciones e incentivos positivos y, finalmente, para establecer las tasas de los alumnos. Y ambos, alumnos y candidatos a profesores, aspirarán a ser elegidos por los mejores centros porque suponen oportunidades de trabajo o de empleo. Nada de eso sucede aquí. A eso se refirió, más o menos en estos términos, y acogiendo el símil de los equipos de fútbol, Víctor Pérez Díaz en un trabajo que, cito de memoria, si no recuerdo mal se llamaba algo así como «el problema de la educación superior o la resignación al estatus de país periférico». La mezcla de sistemas, que es lo que en resumidas cuentas se ha acabado por imponer, no suele ser coherente. En un sentido o en otro.

PREGUNTA: Siguiendo con el sistema de acreditaciones ¿no crees que en la actualidad es difícil poder llevar a buen término una carrera académica basada en la lectura, en la reflexión pausada, es decir, en el que podríamos llamar modelo clásico

de la misma, que vuestra generación cultivó y que en la nuestra, a mi juicio, por desgracia, se hace difícilmente compatible con las exigencias –a veces más cuantitativas que cualitativas– de la ANECA y la burocracia del día a día?

RESPUESTA: Tocas un tema tabú, pero que cada vez va dejando de serlo. Creo que la respuesta se deduce de lo que he dicho antes y poco más puedo añadir ahora. Sí, es muy difícil si no imposible una formación pausada y sin tener puesto el foco en las exigencias de la Aneca para cualquier acreditación. No hay que ser ingenuo y funcionar como si eso no existiera. Los jóvenes aprenden así dónde hay que intentar publicar y donde no; que es mejor desdoblarse la tesis, si se puede, en dos libros breves que publicarla solo en uno más amplio; que hay que cubrir el expediente de dirigir alguna tesina o trabajo fin de grado y de master; que hay que tener algún posible puesto de gestión y, en consecuencia, es necesario apuntarse a coordinador de prácticas, de grado, de Erasmus, secretario de departamento, vicedecano de algo, etc. ¡Cómo impedirlo o criticarlo si en ello va el futuro de esa persona! Pero, aun siendo eso así, lo que me parece oportuno es saberlo y no creerlo. Hacerlo, pero siendo conscientes de que todo eso es algo instrumental y que, cada uno, en función de sus posibilidades, debe intentar dedicarse a lo importante, a hacer una buena tesis, estudiar, leer, salir fuera... Cubrir las formalidades, pero sabiendo lo que son.

PREGUNTA: Algo que siempre me ha gustado y creo que es destacable de tus trabajos, es la importancia que se da en los mismos a la historia. A mi juicio, es fundamental conocer de dónde venimos para saber hacia dónde vamos o, cuanto menos, para aprender de los aciertos o errores del pasado ¿crees que la buena comprensión de las instituciones y conceptos reposa en gran medida en conocer y analizar correctamente sus orígenes, donde también puede jugar un papel adecuado el estudio del Derecho Comparado?

RESPUESTA: La historia explica muchas cosas del presente y, en todo caso, ayuda a entenderlo. Es importante en el análisis académico. Como lo son también otras perspectivas. Al hilo de tu pregunta me gustaría decir que hay muchas maneras de ser jurista, pero que en el trabajo académico que se hace en la Universidad importa, sobre todo, aprender a plantear adecuadamente los problemas y a exponer luego sistemáticamente el análisis, la crítica y las propuestas. La sistemática es esencial en la formación de la cabeza del doctorando, del investigador. Luego habrá personas que pongan más énfasis en el análisis lógico, en la hermenéutica, en la lingüística, en la dogmática conceptual. Habrá que tener en cuenta el contexto, la sociología, las finalidades. Pero hay que saber los orígenes, la evolución de las cosas. Porque, como digo, el estudioso académico no es un abogado. Ser abogado es resolver problemas y eso implica estrategias, apoyos jurisprudenciales, claridad, síntesis. A ser abogado se aprende siéndolo. El profesor puede ser un buen abogado, pero el hecho de que sepa mucho no conlleva que sea necesariamente un buen abogado. El trabajo académico se mueve en otro plano o, al menos, en un plano parcialmente distinto. Pretende explicar, entender, criticar, proponer. Y para eso necesita acudir a saberes que no necesita el abogado para ganar un pleito. Uno de esos saberes es la historia, desde luego. Otro la sociología o, si se quiere, el funcionamiento real de las cosas, la estructura social a la que sirve el Derecho. El condicionante económico

también. Y, desde otro punto de vista, desde el punto de vista de las propuestas y de la comprensión de los fenómenos propios, la comparación.

El comparatismo creo que hoy es absolutamente imprescindible, esencial. Hay que conocer lo ajeno también para entender lo propio y, si es posible, aportar lo que mejor funciona en otros sitios. Creo que todo trabajo académico, hoy, debería incluir una mirada exterior. Pero el comparatismo es muy difícil. No se trata de copiar sin más instituciones, técnicas o procedimientos. Hay que saber por qué nacieron y cómo funcionan en la realidad. Porque con frecuencia las instituciones y técnicas son hijas de la historia, del contexto, del clima cultural. Y eso es lo que es difícil de trasplantar, de manera que instituciones que funcionan bien en un sitio son un desastre en otro si no se tienen en cuenta sus orígenes, la cultura en la que funcionan. Tenemos muchos ejemplos negativos en ese sentido, aunque también otros positivos. Por eso, decía que hacer Derecho comparado es muy difícil, pero a la vez muy atractivo. Y para eso lo mejor es abrirse, salir, llevar a cabo estancias en los lugares y países donde se pretende estudiar una determinada institución.

PREGUNTA: En relación con el Derecho Comparado, querría aprovechar para hacer un recuerdo especial al Prof. Franck Moderne, no sólo por todo lo que significó en mi carrera, mucho más de lo que él pudo imaginar, por más que tuve oportunidad de decírselo en persona en varias ocasiones, sino también porque fuimos muchos a los que nos abrió las puertas de la Sorbona y de su conocimiento y que nos inculcó el interés y, yo diría, que hasta la admiración por el Derecho Francés. Siempre recuerdo lo que mi maestro, el Prof. Leopoldo Tolivar Alas me dijo antes de hacer mi primera estancia de investigación en el extranjero, precisamente bajo la tutela del querido profesor francés en el año 2000; entonces el Prof. Tolivar me dio un consejo que nunca olvidaré, que me preocupase más que de fotocopiar todo lo que encontrase sobre el tema, de escuchar y aprender del maestro. Así lo hice, y es justo reconocer que desde entonces hasta su triste fallecimiento tuve la oportunidad de cultivar una estrecha relación de colaboración con el Prof. Franck Moderne, al que estoy inmensamente agradecida. ¿Tienes la sensación al echar la vista atrás después de una vida dedicada a la Universidad, de que algunas personas han marcado el devenir de la misma? ¿En qué medida tus maestros, en particular, el Profesor Lorenzo Martín Retortillo, pero también su hermano Sebastián y el propio Eduardo García de Enterría, han motivado tu interés por el Derecho Administrativo y también por la Universidad? Sin duda, han sido y siguen siendo un referente para toda la doctrina, pero quienes habéis tenido la oportunidad y, a buen seguro, el honor, de hallaros entre sus discípulos, ¿qué ha significado en vuestra trayectoria que hayan compartido con vosotros su magisterio?

RESPUESTA: Me alegra que digas eso de Franck Moderne. Lo conocí en Zaragoza cuando él estaba en Pau y atravesaba los Pirineos en un *plisplas* para venir al Seminario, charlar un rato, hacer unas fotocopias, comer juntos y marchar. Al cabo de unos meses aparecía algún artículo suyo sintetizando alguna realidad española con una precisión y un rigor que estaba lejos de nosotros. Luego acogió siempre en París a muchos jóvenes administrativistas y casi todos los años, a primeros de junio, venía a las reuniones anuales de los discípulos de Enterría. No me extraña lo que

dices de él porque era una persona cuyos juicios e ideas siempre eran interesantes. En efecto, se aprende a fuego lento en las charlas informales, en el contacto diario, en el contraste luego con los libros.

En mi caso y en cuanto a lo que me preguntas, ya lo hemos hablado al principio. El interés por el Derecho Administrativo me lo despertó Chano Retortillo, me lo amplió mi maestro directo, Lorenzo, y me lo confirmó y consolidó Enterría. Los tres tenían una idea bastante común de la Universidad. No por casualidad los hermanos Martín-Retortillo eran discípulos del maestro Enterría y todos ellos tenían una carga moral y un liderazgo, cada uno con sus peculiaridades, indiscutible. De todos ellos aprendí una manera de afrontar el Derecho. Y, por supuesto, todos ellos me marcaron.

Recuerdo cuando, todavía asombrado por las clases de Chano, visité a su hermano en Salamanca la primera vez. Me recibió amable y, después, para verificar que mi interés no se debía solo a los aspectos más relumbrantes del Derecho Administrativo, me dijo que me leyera una veintena de artículos de la RAP, donde había de todo, cosas muy atractivas y otras que aparentemente lo eran menos o así me parecía. “Cuando termine usted la mili –me dijo– vuelve y hablamos”. Esa fue mi tarjeta de visita. No lo he hecho exactamente así con mis discípulos, porque son otros tiempos, pero la idea era esa. Y a partir de ahí la referencia.

En el caso del maestro Enterría la primera vez que hablé con él de cerca y solos fue en su despacho cuando le fui a entregar en mano, como era obligado, el original de mi tesis. Y luego en el acto de su defensa, al acabar, recuerdo que me regaló, dedicado, un ejemplar de su libro *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho Administrativo*, que guardo como una joya. Desde entonces su ejemplo y sus consejos han sido permanentes. Una vez, en su casa de Potes, después de comer, me llevó a su despacho donde estaba escribiendo un texto, creo recordar que era el discurso de ingreso en la Academia, y me dijo, «ven; voy a enseñarte la cocina», o sea, cómo iba aparcando temas, apuntando notas o explicaciones que faltaban, una forma de hacer que no se ve cuando el texto completo se envía ya a la imprenta. Me impresionaba su claridad de ideas, cómo veía en seguida dónde estaba el problema o las posibles vías para encararlo.

De modo que sí, mis maestros, mi maestro directo y los demás, han sido un referente permanente. Como también otras personas, maestros también en sentido genérico, aunque yo no pueda decir que sea discípulo suyo más allá de su, como digo, genérico magisterio. Por ejemplo, Alejandro Nieto, cuyo artículo sobre la vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo⁽¹⁸⁾ me cautivó en su día, como a tantos otros. También influyó en mí el librito de Sabino Cassese, *Cultura e política del Diritto Amministrativo*⁽¹⁹⁾, que leí años después y que me hubiera gustado traducir porque no había nada parecido aquí. Lo más cercano quizá es el libro de Juan Santamaría,

(18) En *Revista de Administración Pública*, núm. 76 (1975).

(19) Ed. Il Mulino, Bolonia, 1971.

Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)⁽²⁰⁾, y el más reciente y muy recomendable trabajo del propio Santamaría, «La ciencia del Derecho Administrativo en España: una perspectiva histórica»⁽²¹⁾.

Pero sí, desde luego, como ya he repetido varias veces, algunas personas me han marcado de forma indeleble, han condicionado incluso decisiones muy personales, han sido un referente vital.

PREGUNTA: Aunque, sin duda, tus trabajos son referente en muchos ámbitos de esta disciplina, quiero destacar tu preocupación por la docencia y por los alumnos, a mi juicio, como bien dijera SCHMIDT-ASSMAN en la lección impartida con motivo de su jubilación el 16 de febrero de 2006 en la Universidad de Heidelberg, «la docencia ha de estar basada en la investigación, pues la unión de investigación y docencia es irrenunciable», ¿qué claves puedes darnos para hallar un equilibrio, no siempre sencillo, entre ambas tareas esenciales para cualquier universitario? Y ¿qué papel han jugado tus alumnos a lo largo de todos estos años en tu propia trayectoria y motivación? ¿cómo consigues esa estimulación esencial para afrontar la docencia con ilusión curso tras curso?, como me consta que sigues haciendo como profesor emérito.

RESPUESTA: No hay claves. Cada uno debe ir, poco a poco, consiguiendo ese equilibrio del que hablas. Desde luego, lo que se investiga, lo que se trabaja, debe tener proyección, de forma directa o indirecta, en la docencia. La proyección directa puede estar en un curso de doctorado, en seminarios reducidos de especialización, en la ampliación del tema en la lección correspondiente... La indirecta en el modo de enfocar casi todo. Siempre hay la oportunidad de introducir la sistemática de la que hablaba antes para que no haya una cesura completa. Es complicado, pero se va consiguiendo. No siempre y en todo caso. Por ejemplo, no vas a contar en clase en detalle tu libro sobre los contratos de consultoría, pero es evidente que el trabajo que ese libro te llevó se puede trasladar, primero, a las clases de contratos, luego a un posible seminario sobre la nueva Ley de contratos del sector público y también en otros ámbitos de la docencia no como análisis directo de esa Ley sino como metodología para afrontar y exponer otros temas. Y así, más o menos, en casi todo. Pero sin obsesionarse, de forma que va siendo todo poco a poco natural y cada persona va adquiriendo un estilo propio también en el ámbito docente.

En cuanto a la segunda parte de tu pregunta acerca del papel que han podido jugar mis alumnos pues te diré que ha dependido de cada curso y de cada año. Cuando se tiene la suerte, porque es eso, suerte, de tener en una clase no muy numerosa un pequeño grupo de alumnos interesados es una bendición. Son ellos quienes, sin darse cuenta, te incitan, te motivan, te espolean. Antes decía que el profesor es un poco como un actor. Y como éste, se crece cuando tiene un público exigente. Los buenos alumnos sacan del profesor lo mejor de sí mismo con sus preguntas, sus dudas, sus comentarios. El profesor se motiva, pero no debe pretender ser el sabelotodo oficial.

(20) Instituto García Oviedo, de Sevilla, 1973 y reeditado por Iustel en 2006.

(21) En el volumen, *El Derecho Administrativo en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, 2013.

El profesor encauza esas inquietudes, remite, se autoimpone buscar una respuesta, piensa en alto con el que pregunta, no tiene miedo a no saber en ese momento la contestación, supuesto que la haya. Los buenos alumnos hacen bueno al profesor, como los buenos abogados al juez y el público al actor. Pero también desvelan las carencias del mal profesor.

Yo, como tú, supongo, como todos, he tenido de todo. Ha habido cursos con alguno de esos grupos y todo ha sido agradable. En general, ahí está el origen de casi todos mis discípulos, que antes fueron ese tipo de alumnos. Hay luego otros a los que les pierdes la pista y un día te los encuentras en un área de servicio de una autopista y te dicen lo que antes te decía yo de Chano Retortillo. Que recuerdan tus clases. Pero también hay veces en las que hay que sobreponerse con toda la profesionalidad del mundo para superar la sensación de mediocridad y desinterés que observas. Y, desgraciadamente, la media de los alumnos cada vez es más pobre, cada vez veo menos interés. Puede que sea una percepción equivocada fruto de la edad y de una cierta mitificación del pasado, porque habrá, desde luego, como siempre, alumnos interesados. Lo que sucede es que cuesta mucho más trabajo identificarlos y, a veces, cuando los identificas, se ha acabado el cuatrimestre...

Hay que armarse de valor y blindarse un poco frente a la desilusión que ronda en seguida. Y frente al cinismo que es su antesala. No se puede ser cínico a los treinta años. Pero por eso mismo una de las tareas de las autoridades académicas es crear estímulos positivos. No sé cuáles ni cómo, pero es fundamental. Lo que hay detrás, si no, es la rutina. Y eso es demoleedor. Pero, hoy por hoy, no hay muchos argumentos para ser optimista. Al menos a corto plazo.

PREGUNTA: Para todos, profesores y alumnos, tu Código de Leyes administrativas, (deshablado ahora en un libro de leyes y en un manual), es una referencia y una fuente de consulta imprescindible, pero me gustaría saber –siendo consciente del esfuerzo que supone para ti, año tras año, actualizarlo, y la dedicación que le prestas– ¿qué ha supuesto o supone para ti esta obra?

RESPUESTA: Desde luego una gran satisfacción y una posibilidad de ir desgranando ideas, comentarios y referencias. Te cuento cómo surgió la idea. Ana Muñoz, hoy Catedrática de Derecho Financiero, era profesora Titular en Santander cuando la nombraron Directora General de Aranzadi. Había estudiado en Pamplona y era compañera de curso de Estanis Aranzadi, heredero del fundador de la Editorial que, en aquel momento, mediados de los años noventa, era aún una empresa estrictamente familiar. O sea, antes de que la comprara Thomson y de que ésta, a su vez, fuera absorbida por Reuters. Y Ana hizo dos cosas importantes: creó un Consejo externo de Redacción y empezó a pensar en el mercado universitario, sorprendentemente entonces abandonado por la Editorial. Me pidió, primero, que entrara en el Consejo junto con otras personas de diferentes ámbitos profesionales y académicos. Y luego que preparara una edición de leyes administrativas pensadas para el mercado universitario. Le dije que no, que no estaba en mi mente, que era muy complicado, que ya estaba el Código de Enterría en Civitas... Pero ella insistió e insistió y, finalmente, sin mucha convicción, acepté. La primera edición es de 1995 y en ella empecé a

pensar en que, si el público prioritario al que se dirigía era el universitario, había que intentar aprovechar la oportunidad para explicar las normas o, al menos, las normas más importantes. Y a ello me puse. Poco a poco el proyecto fue ampliándose, ganando presencia y poco a poco también, prácticamente con el boca a boca, la obra fue girando y ampliando sus destinatarios que empezaron a situarse en el ámbito profesional y en el de los opositores, como luego me han dicho muchos. Veintitantos años después a las «Leyes» les ha salido un hermano menor (o mayor, según se mire), el *Manual* que mencionas y que he llamado «de las Leyes». Es un Manual de Derecho Administrativo, pero al llamarlo así quería destacar que es el complemento natural de la edición de las Leyes. Cosas que eran más propias del ámbito universitario han pasado al *Manual* o han quedado sintetizadas en las Leyes y desarrolladas en el *Manual*.

Mi idea era aprovechar las notas y comentarios a las distintas Leyes para incluir, primero, en muchas de ellas, un Estudio preliminar que enmarcara la norma y después, en notas a los diferentes Capítulos o artículos, explicaciones, comentarios, datos, referencias jurisprudenciales... El formato tenía una gran ventaja y es que me daba mucha libertad para explayarme donde quisiera y pasar más por encima o no decir nada donde interesara menos o fuera más complicado. Un Manual exige un equilibrio en todas sus partes. Y eso es lo que he logrado con los años. Pero la idea era esa, *ayudar a entender* las normas. No todo el mundo lo comprendió y siguió creyendo que se trataba de una recopilación más de leyes en las que había concordancias y vigencias. Pero no era eso. O no era eso solamente. La primera persona que se dio cuenta y lo dijo en una reseña publicada en la *Revista de Administración Pública* fue Juan Pemán que, muy gráficamente y con mucha exactitud, dijo que se trataba de «un Manual *con* Leyes».

Siempre he creído que para un estudiante de Derecho el manejo *directo* de las normas es equivalente al manejo directo del fonendoscopio para un estudiante de Medicina. No se *puede* explicar cómo suena el corazón. Hay que oírlo. No se *debe* explicar lo que dice una Ley. Hay que leerla. El trabajo del Manual y luego del profesor es aclarar, completar, ejemplificar, apuntar orígenes, problemas, derivaciones, críticas. Enseñar a pensar *a partir de* las normas; *no al margen* de las normas. Por cierto, eso era o pretendía ser Bolonia...

El *Manual* formalmente nace en 2017. Pero sigue la misma metodología incluyendo muchos datos y aspectos que creo sirven para educar al alumno. Empieza, como sabes, con unos Capítulos centrados en el para qué del Derecho y el significado del Derecho Administrativo, dedica uno entero a la Constitución, otro a la Unión Europea que condiciona todo, incluye los Capítulos tradicionales de casi todos los Manuales y finaliza con algunos Capítulos de cierta originalidad sobre los cambios producidos a lo largo de los últimos años, una referencia a lo que he denominado *biobibliografía* de los profesores de Derecho Administrativo porque en ningún otro Manual se habla de quién fue Posada, Villar o Enterría. Y hay que saber de dónde venimos y quienes eran los autores que nos precedieron. Y lo mismo sobre la Universidad donde he incluido un pequeño diccionario de términos para poder entender la compleja jerga que hemos inventado.

PREGUNTA: Abusando de tu amabilidad y siendo consciente del esfuerzo por hacer esta entrevista, cuando tu agenda está repleta, lo cual debo agradecerte nuevamente, y aunque dejo en el tintero muchas preguntas sobre las que espero que podamos conversar en otro momento, como la reforma constitucional, la situación de Cataluña, el estado de la Administración, el Estado Social, etc., no quiero concluir sin plantearte dos cuestiones más. En primer lugar, preguntarte ¿qué ha supuesto para ti toda una vida dedicada a la Universidad? Y, en segundo lugar, seguro que a lo largo de tu carrera te han surgido ofrecimientos para colaborar en la vida pública y en la sociedad desde otras instituciones, si bien, es claro que tu influencia en las mismas ha sido relevante sin necesidad de dejar en un segundo plano la vida universitaria, ¿habría en estos momentos algún papel distinto que te gustaría desempeñar tras una vida dedicada en exclusiva a la Universidad?

RESPUESTA: ¡Qué pregunta! La Universidad, a la que llegué un poco por casualidad, como te dije, ha supuesto para mí una experiencia impagable. Esa experiencia me ha proporcionado grandes satisfacciones. Un conocido filósofo alemán decía que el amor, el trabajo y el conocimiento son los tres pilares de nuestras vidas y los que proporcionan las mayores dosis de felicidad personal. El trabajo académico proporciona el tercero de esos pilares, el conocimiento, que es una fuente de satisfacción que va unida, desde luego, al trabajo, pero a un trabajo creativo, nada rutinario. La Universidad me ha proporcionado eso y algo más, una actitud abierta que se deriva del trato con los jóvenes. Nuestros alumnos siempre tienen veinte años. Tú vas creciendo en edad, pero ellos no. Y entonces, en su trato, puedes constatar los cambios generacionales que sí se ven genéricamente. Y eso proporciona una visión más abierta, menos tópica, que contrasta bastante, creo, con la que tienen personas de mi edad pero que, más allá de con sus hijos, no han tratado ni tratan con los jóvenes y se muestran con frecuencia llenos de tópicos.

Por eso te decía que en el plano personal la vida académica me ha dado muchas satisfacciones y me ha permitido conocer y tratar a mucha gente, a hacer amigos de muy diverso origen y procedencia. ¿Que si he tenido ofrecimientos para colaborar en la vida pública? Pues sí, algunos. Hace muchos años me ofrecieron un cargo en un Ministerio, que rechacé. Y menos mal. También en el ámbito autonómico. Lo que no rechacé, aunque luego no prosperó, fue la oferta de ir propuesto al Senado por el Parlamento de Cantabria como candidato a Magistrado del Tribunal Constitucional. Dado que se trataba de un cargo institucional puse una condición: ir propuesto o ser votado por todos los grupos de la Cámara o, al menos, sin oposición de nadie. Y una de mis mayores satisfacciones es que, en efecto, no sólo fui votado por unanimidad, sino que fui propuesto por los tres grupos entonces existente en el Parlamento de Cantabria, el PP, el PRC y el PSOE. Aunque ello supusiera, en contrapartida, que el segundo candidato de uno de estos partidos fuera también votado por otro que no lo quería. Luego, en el Senado, la propuesta no cuajó, pero, para mí fue una satisfacción grande y un reconocimiento gratificante.

Ahora ya no me planteo nada de eso. Continuo, como sabes, como profesor emérito, mis discípulos me piden que dé las clases introductorias de las asignaturas troncales, doy un poco de una optativa de urbanismo y, desde hace un par de años,

imparto una asignatura en el programa Senior (lo que otras Universidades llaman la Universidad sin edad). La he llamado «Los poderes del Estado (introducción al sistema jurídico-político español)» y tiene cierto éxito. Pongo *PowerPoint*, conectamos con el canal del Congreso, los alumnos leen algunos textos y, sobre todo, preguntan y participan. Todos son personas cultas, la mayoría jubilados, y está siendo muy gratificante por contraste. También la constatación de la desidia pedagógica y de cómo están instalados tópicos, desconocimientos o inexactitudes. Cuando los alumnos lo descubren se sorprenden. Y en lo demás, sigo haciendo lo mismo de siempre, leer, publicar algunas cosas, participar en charlas y conferencia a las que me invitan. Y de vez en cuando algún informe o dictamen que me piden o alguna opinión en procesos prelegislativos, como es frecuente entre los profesores. No me aburro.

PREGUNTA: Ya sí para concluir ¿qué consejo nos darías a todos aquellos que amamos la Universidad tanto para mantener ese entusiasmo que, cuarenta años después, impregna tus trabajos, tus charlas, conferencias y tus clases? Y ¿cómo podríamos contribuir en estos momentos convulsos a hacer una mejor Universidad y una buena Administración?

RESPUESTA: Esto, que es muy difícil de concretar, se puede resumir en una sola palabra: pasión. Pasión por el saber, por aprender, por proyectar eso luego a los demás en forma de clases, ponencias, seminarios. Y en la soledad del despacho darles vueltas a los temas, escribir, estudiar. No me gusta mucho en nuestro campo, en general, el verbo investigar porque, aunque sea una broma, casi todos los compañeros de mi generación teníamos en casa un «cuarto de estudio» pero ninguno «un cuarto de investigar». Hay que tratar de blindarse frente a la rutina a la que me refería antes y en la medida en que las condiciones lo permitan tratar de no estar solo, identificar a los que son como tú, crear grupos que acaban siendo de amigos para generar obras colectivas de verdad. No la amalgama de un volumen en el que cada autor escribe de lo que sea sin tener en cuenta ni conocer lo que han escrito otros, que es lo habitual. Oxigenarse un poco como has hecho tú tantas veces.

Está todo inventado. Hay que tratar de seguir haciendo lo que cada uno cree. Y poco más. Antes he dicho que no hay muchos argumentos para ser optimista. Pero el otro día viví uno de esos momentos positivos. Fue el día de la llamada noche de los investigadores en la que se montan stands, talleres, experimentos por toda la ciudad para que niños, jóvenes y padres vean lo que se hace y que la Universidad no es sólo dar clases. Había, sobre todo, stands de física, de matemáticas, de astronomía, pero también juegos de historia, de economía. No había de Derecho. Pero lo que me impresionó positivamente fue que quienes llevaban todos esos stands, quienes hacían experimentos o juegos con los niños, aunque muchos de éstos eran pequeños y no entendían bien lo que se les decía; quienes hacían todo eso con paciencia y, sobre todo, con una ilusión que se veía a simple vista, eran estudiantes o jóvenes doctorandos. ¡El porcentaje de los que con frecuencia pasan desapercibidos! Una bocanada de aire fresco y un dato para el optimismo.

Octubre 2018

ENTREVISTA A VINCENZO FERRARI

BENJAMÍN RIVAYA

Benjamín RIVAYA: *Permíteme comenzar, Vincenzo, refiriéndome a un dato biográfico: nacer en Italia, en 1940, no es algo que se elija.*

Vincenzo FERRARI: No, no fue una elección, sino una fatalidad que afectó mi vida, al menos en mis primeros años. Mis padres se habían casado en diciembre de 1939 y mi *papà* salió para la guerra en África como teniente del Ejército el 10 de junio de 1940. Fue capturado por los ingleses el 9 de diciembre del mismo año, una semana antes de que yo naciera en Colleferro, un centro industrial cercano a Roma. Unos meses después se supo que lo habían deportado a un campo en Australia, de donde no volvería hasta a finales de 1946. Por eso, y por otras razones familiares, mi *mamma*, una mujer tierna y fuerte, se fue a vivir conmigo a casa de sus padres, en Noli, pequeña ciudad amurallada de Liguria, una joya de la Edad Media, donde mi abuelo dirigía una planta de ladrillos refractarios. De allí, a finales de 1942, mi madre me llevó a vivir a Modigliana, en los Apeninos, casi en la frontera entre Romagna y Toscana. Su pretensión era evitar los bombardeos continuos de los puertos de Liguria, pero de pronto nos encontraríamos exactamente sobre la Línea Gótica, donde ya no la guerra sino las guerras, primero la mundial y luego la civil, tras el abandono de la alianza con los alemanes por parte del Gobierno Badoglio, fueron largas y atroces. Volvimos a Noli unas semanas antes del referéndum que decidía sobre la forma del Estado, si Monarquía o República, celebrado el 2 de junio de 1946.

Para ese entonces ya tenía recuerdos de bombardeos vistos desde la ventana, de carreras en busca de refugio en los sótanos, de distintas tropas con distintos uniformes, de ecos de matanzas y venganzas de unos y de otros, de escombros, de frío duro en invierno, de falta de agua limpia y escasa comida, etc. En el referéndum mi abuelo, socialista, demócrata y anticlerical que –lo supe décadas después– había tenido un papel silencioso durante la Resistencia, y mi tío Ambrogio, casi un padre para mí, votaron por la República; mi abuela y mi madre por la Monarquía, pero hay que decir que todos tomaron la cosa con sentido del humor, sin demasiadas discusiones.

Debo añadir que en aquel tiempo la familia paterna me resultaba casi invisible. Mis padres estuvieron separados seis años tras la guerra y no conocí a mi padre hasta la primavera de 1948, cuando vino de Roma, donde trabajaba, a verme por primera vez. Se me reveló como un ser humano afectuoso y emocional, me contó que había

hecho alpinismo hasta subir al Monte Cervino, me enseñó a contar hasta diez en inglés y alemán (el francés ya lo estudiaba, como buen niño de familia «culta» de mi generación), me dijo que le gustaba el fútbol, no me dijo nada de política, pero más tarde, al conocerlo más, supe que había creído sinceramente en el fascismo y que su padre, mi abuelo paterno, del que heredé el nombre (Vincenzo, Enzo en la familia) y al que sólo conocí en su vejez, socialista de la izquierda del partido de Filippo Turati y Claudio Treves, abogado y político muy prometedor, había sido un influente *interventista* en vista de la primera guerra mundial, se había ido como voluntario al frente en 1915 destruyendo su carrera y a la larga a su familia, había sido condecorado por su valor y después de la guerra había sido uno de los destacados fundadores de los *Fasci di Combattimento*, en marzo 1919. Se había alejado del movimiento fascista a finales de ese mismo año y, por tanto, no hizo una carrera política durante el régimen mussoliniano. Volvería a acercarse al fascismo en 1929, siendo un prefecto durante una breve temporada, aunque, al mantener una postura heterodoxa y «sindicalista», pronto el gobierno prescindiría de él. Todo esto lo supe en detalle mucho más tarde, cuando mis padres, inesperadamente, se fueron a vivir juntos de nuevo, y de Noli yo me fui en 1952 con ellos a Milán, la ciudad de origen de ambos.

He referido todo esto para decir que durante la niñez y la juventud ya me encontré con una historia nacional y familiar no unívoca, lo que no fue fácil. Dejando a lado las relaciones personales y privadas tal vez difíciles, en mi familia se escuchaban voces muy distintas, desde el fascismo hasta el anarquismo comunista, pasando por el liberalismo y el socialismo, y se contaban historias muy particulares. Un tío abuelo mío había llamado a su hija Comunarda, nombre que ella tuvo que sobrellevar durante el régimen fascista. Un primo de mi abuelo materno fue el empresario que organizó el famoso encuentro entre Mussolini y unos jefes del Comité Nacional de Liberación de Italia del Norte, delante del Arzobispo de Milán el 25 de abril de 1945, donde los *partigiani* intentaron convencer al *Duce* a rendirse. En fin, no me hicieron falta estímulos y dudas que paulatinamente se convirtieron en ideas y raíces.

BR: *Estudiaste Giurisprudenza en la Universidad de Milán, a finales de los cincuenta y principios de los sesenta. ¿Qué recuerdos guardas de la educación jurídica de entonces? Aprovecho para preguntarte por la educación jurídica, precisamente, asunto del que también te has ocupado: ¿es preferible la formación interdisciplinar o el método jurídico tradicional? O mejor, ¿cuánto de innovación y cuanto de tradición se necesita?*

VF: Para responder sin más a la pregunta: hacen falta los dos, el método jurídico tradicional y la formación interdisciplinar.

Déjame comenzar con una distinción previa referida al método jurídico como tal. Un jurista debe aprender a razonar lógicamente sobre el lenguaje normativo, sacando consecuencias a partir de premisas aceptadas, y también darse cuenta, como jurista, de que tal razonamiento no es cerrado sino abierto, que en la cadena de operaciones lógicas intervienen variables de diversa naturaleza, ya que se trata de una actividad no sólo teórica, sino también y fundamentalmente práctica, dirigida a orientar

la acción social mediante la fuerza persuasiva de enunciados prescriptivos, como son las leyes, los fallos judiciales, los decretos de un gobierno, los permisos, las recomendaciones, hasta las opciones interpretativas de los juristas. Recordando un antiguo congreso de filosofía del derecho en Bruselas, en 1971, donde se enfrentaron Georges Kalinowski en el nombre del derecho como lógica y Chaïm Perelman en el nombre del derecho como retórica, diría que el derecho es tanto lógica como retórica. A veces prevalece una; a veces, otra, pero esa doble faz del derecho es inevitable en cualquier sistema, esté fundado sobre leyes de origen político, conceptos doctrinales o costumbres leídas a través de decisiones judiciales.

Por supuesto, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán aprendí sobre todo la lógica del derecho. Mis maestros de derecho positivo, especialmente civil y penal, proponían ante todo una lectura respetuosa del sentido literal de las palabras contenidas en una norma y, por lo tanto, el respeto del método de interpretación lógico-deductivo. Pero también eran, casi siempre, grandes abogados que sabían muy bien que tal método no vincula totalmente. No sólo, más allá de la letra de la ley, hay que buscar la *ratio legis* y la «intención del legislador», como dice el art. 12 de las disposiciones generales sobre la ley del código civil italiano, sino también y sobre todo un abogado debe representar intereses en una interacción social conflictiva que a menudo es un juego de suma cero. Naturalmente, el juez no tiene este papel, pero también él, aunque esté oficialmente vinculado a la norma positiva, responde a estímulos éticos, ideológicos, hasta políticos, que le llevan a usar su discrecionalidad interpretativa, que siempre existe. Y estos grandes abogados nos invitaban a tener en cuenta no sólo la ley sino también la jurisprudencia, aunque la doctrina oficial no la reconociera como fuente de derecho. Uberto Scarpelli, filósofo del derecho de inspiración jus-positivista, solía decir que el positivismo jurídico es una ideología, noble, pero ideología y, como tal, dependiente del sentido ético del propio jurista. Y la ética, él mismo decía, pertenece a la esfera del deber ser, no del ser, es decir a un mundo «sin verdad», para recordar el título de un libro suyo.

Quiero también dejar constancia de una paradoja, al menos aparente. Por un lado, en mi facultad aprendí de inmediato que el derecho es complejo, más allá del respeto por la literalidad normativa y por el método deductivo. Ya en el primer año, con otros pocos estudiantes, decidí seguir un curso optativo de Giovanni Pugliese, gran romanista, sobre la *Lex Aquilia*, contenida en el libro IX del *Digesto*. Fue un curso fundamental –diríamos hoy– de *tort law*, aunque las fuentes que Pugliese analizaba fueran *responsa* de juristas y no *case law* judicial. Diría que entendí la importancia de aquel curso paulatinamente, a lo largo de los años, y cien veces lo reconocí públicamente, pues pude ver cómo razona el jurista frente a los acontecimientos, humanos o no humanos, siempre variables y hasta imprevisibles. Por otro lado, mis maestros, también si no eran abogados y estaban especialmente interesados en el aspecto teórico y sistemático de las cuestiones jurídicas –pienso sobre todos en Enrico Tullio Liebman, con el cual escribí mi tesis de *laurea* en derecho procesal civil– buscaban limpieza y orden incluso al nivel más abstracto de la teorización. Mejor dicho, buscaban la esencialidad, desconfiando de aquella alta especulación, tal vez obscura, que caracteriza a muchos juristas del mundo del *civil law* y que a

menudo acaba aumentando el nivel de desorden en un sistema jurídico. Puede ser que tal actitud era un reflejo de la formación jus-positivista, que impone respeto a la norma como principio primero. De todos modos, parafraseando a Niklas Luhmann, en mi facultad se nos educaba en la idea de que había que reducir, no aumentar, la intrínseca complejidad del derecho. Aunque el derecho puede ser algo aburrido, el aire que allí se respiraba no era pesado; era bastante fresco.

Otra cosa fue, naturalmente, la oportunidad de mirar al derecho desde otras perspectivas, las de distintas ciencias sociales como la economía, las finanzas, y por supuesto la filosofía y la sociología. Aprendimos a considerar tales perspectivas como distintas de la ciencia jurídica, en un enfoque que, en el marco filosófico o sociológico, podríamos calificar de kelseniano o weberiano. De este asunto hablaremos en seguida, me imagino, pero desde ahora mismo quiero subrayar que fue una clave de mi formación en la facultad. Aunque sea difícil trazar una frontera limpia y bien visible entre el punto de vista del jurista y el de las demás ciencias que miran al derecho en sus relaciones con otros tipos de acción humana y, por lo tanto, tal frontera aparezca como artificial, sin embargo, es un esfuerzo que merece la pena hacer, en busca de claridad, tanto epistemológica como argumentativa. Incluso ética, diría, pues un *social scientist*, o un filósofo, no debe sentirse obligado a buscar la hipotética armonía y la unidad del sistema jurídico, sino que debe sentirse libre para descubrir y describir hasta qué punto el sistema es contradictorio, desordenado, generador de incertidumbre, o injusto frente a la moral común o a la del propio estudioso. Con brevedad, mirar al derecho desde una perspectiva distinta a la del jurista, no importa si formalista o antiformalista, supone poder ejercer una crítica «externa» del sistema, que es un paso más allá de la crítica «interna», típica del jurista (mencionando una vez más, aunque libremente, la conocidísima metáfora de Herbert Hart).

Esta, volviendo a la pregunta que me has hecho, es una tercera perspectiva, distinta tanto de la lógica como de la retórica, tanto del formalismo como del antiformalismo, en el estudio del derecho. Y, desgraciadamente, es precisamente aquella perspectiva que todavía le hace falta a la gran mayoría de las escuelas de derecho en el mundo, así como, simétricamente, la perspectiva del jurista les hace falta a las escuelas de sociología, de ciencia política, de antropología. Aunque desde los tiempos antiguos se suela repetir el brocardo *ubi societas ibi ius*, lo que pasa es que desde siempre se enseña en la academia, y se aprende, o el derecho o la sociedad, como si el derecho no fuera parte del conjunto social.

Aprender que existía esta perspectiva fue un gran regalo que recibí de Renato Treves durante mi estancia en la facultad de derecho, entre 1958 y 1962; un regalo cuya importancia se me reveló con mayor claridad en el momento en que salí de la facultad, cuando pude averiguar directamente que la vida social del derecho no se correspondía precisamente con la que las normas y la propia doctrina jurídica describían.

BR: Ahora que citas a Renato Treves, que supongo que fue quien motivó y orientó tu decisión por la carrera académica y, en concreto, por la sociología del Derecho; ahora que lo citas, no puedo dejar de pedirte que hagas una semblanza

de tu maestro, «casi padre espiritual», como tú mismo dijiste, que tanta importancia tuvo para la implantación de la sociología del Derecho. Por cierto, preparando esta entrevista me he enterado de que Elías Díaz y Manuel Atienza trajeron a Treves a la Universidad de Oviedo, tras la muerte de Franco, en marzo de 1976.

VF: Renato Treves se ocupó del curso obligatorio de filosofía del derecho y del curso optativo de sociología general que yo seguí en 1959-60, en el segundo año de la Facultad. Fueron dos cursos para mí decisivos, como tú dices, por varias razones.

Primero, la filosofía. Yo venía de un *liceo classico* muy riguroso especialmente en humanidades. Latín, griego antiguo, literatura, historia, historia del arte y naturalmente filosofía eran el pan de cada día (mucho menos, desgraciadamente, las matemáticas y las ciencias «duras»). Teníamos profesores que exigían mucho, y mucho ofrecían, por supuesto. El profesor de historia y filosofía, Camillo Camillucci, era un óptimo conocedor de ambas, más historiador, de hechos y de teorías, que teórico él mismo, al menos con nosotros adolescentes. Por mi parte, yo entonces era muy joven y tenía la sensación de que la filosofía fuera algo abstracto, tal vez inútilmente complejo, aislado de la vida sobre la cual quiere reflexionar.

Treves fue fundamental para que el horizonte se despejara ante mí. Sabía presentar el núcleo esencial de los sistemas filosófico-jurídicos que describía y exponerlo con simplicidad hasta parecer tal vez simplista (lo que algunos estudiantes presuntuosos no dejaban de observar, a la vez que mostraban que no habían entendido nada). Conocía en profundidad los problemas clásicos de la filosofía del derecho –la «esencia», la «naturaleza», la estructura, el contenido ideológico, los valores supuestos– por haber trabajado sobre autores destacados bajo la guía de un gran maestro, Gioele Solari, y nos hizo entender que tales problemas correspondían a preguntas instintivas de quienes reflexionan sobre el material jurídico. De tal manera, Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás, Hobbes, Locke, Rousseau, Vico, Savigny, Hegel, Marx y Croce, hasta Stammler y Kelsen, se me revelaban con una cara familiar. La gran sorpresa del curso fue ver que Treves ponía los problemas de fondo sobre el derecho, pero no ofrecía una respuesta ontológica o axiológica, acabando por reducir la filosofía del derecho a metodología, control crítico del pensamiento sobre el derecho, según una opción epistemológica «perspectivista», más que relativista, a la cual no estábamos acostumbrados. Su rechazo de cualquier visión pretendidamente «absoluta» y «verdadera» comenzó decepcionando y, a fines de curso, acabó convenciendo, convirtiéndose en un antídoto permanente contra la soberbia intelectual.

Más de cincuenta años después veo qué sólidas fueron las categorías conceptuales con las que Treves reconducía las teorías filosófico-jurídicas y cuáles son las (buenas) razones de una concepción que admite la discusión sobre cualquier visión, sólo desconfiando de las que pretenden, como decía Ortega y Gasset, no ser parciales y ser «las únicas».

En el marco de tal concepción, el encuentro con Kelsen –que Treves había traducido y comentado– fue especialmente importante, por ser su «doctrina pura» una crítica contundente, no sólo de los absolutismos, especialmente iusnaturalistas, sino también de los dogmas del propio positivismo jurídico, como la certeza del derecho

y el papel exclusivamente declarativo del juez; y por ser un espejo que permite mirar en profundidad lo esencial de cada sistema jurídico, independientemente de sus substratos éticos, nos gusten o no. No sólo Kelsen, por supuesto: una de las clases que más recuerdo fue la que Treves dedicó a *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, de Ihering, con su denuncia irónica de la metafísica conceptualista.

En segundo lugar, no puedo olvidar la posición política de mi Maestro. Tras muchas dudas me había orientado hacia el liberalismo, como doctrina que pone en su centro las libertades básicas y no negociables del ser humano: pensamiento, conciencia, expresión, intangibilidad personal, defensa contra el arbitrio del poder, civil o religioso, asociación, etc. Sin embargo, no me sentía en sintonía con el aspecto digamos material del liberalismo, el *possessive individualism* como luego lo llamaría Crawford Macpherson. Treves, con su socialismo liberal, fue el primero que me demostró que los dos mundos pueden no coincidir. Eso me llevó durante un tiempo a pensar y también a actuar políticamente como un «liberal de la izquierda». Paulatinamente me convencí de que el único equilibrio posible es, precisamente, el del socialismo liberal. He acabado diciendo que «soy antropológicamente liberal y, por lo tanto, políticamente socialista», pues la libertad de los demás vale como la mía y la igualdad no es otra cosa que el reflejo social de la libertad. Fueron autores amados por Treves, como Carlo Rosselli, con su *Socialismo liberale* y Guido Calogero, autor de *La filosofía del dialogo*, los que me convencieron de este principio, sobre el cual, naturalmente, habría que hablar en profundidad, no con etiquetas.

En cuanto a la sociología, que cuando yo estudiaba Derecho había desaparecido en Italia, donde dominaba un idealismo neo-hegeliano que no admitía que la conducta humana pudiese ser determinada por factores externos, también sociales, y que el acto humano pudiese ser visto como objetivo, como un evento natural, tal como pretendía (mejor dicho, parecía pretender) la sociología positivista del siglo XIX. Esta postura la habían mantenido tanto los intelectuales fascistas bajo la influencia de Giovanni Gentile, ministro de la Educación Nacional, como los intelectuales antifascistas bajo la influencia de Benedetto Croce y de sus numerosos seguidores. Treves, quien había enseñado sociología en Argentina durante su exilio, debido a las leyes raciales de 1938, nos hizo ver que el asunto era más complejo de lo que pensaban los neo-idealistas. Hay que investigar sobre el grado de autonomía de la conducta humana, medir los factores que la afectan, no considerar los datos como objetivos por ser precarios y observables desde muchas perspectivas, desconfiar de las generalizaciones, no pretender construir «leyes» de comportamiento pretendidamente válidas por siempre. Y además hay sociología y sociología. Después de Comte vinieron Durkheim y, sobre todo, Weber y Simmel, etc., por limitarnos al inicio del siglo XX. Todos nombres que la cultura oficial italiana ignoraba o menospreciaba, salvo excepciones marginales (el propio Croce había sugerido publicar en italiano *Parlament und Regierung* de Max Weber).

En conclusión, como se puede ver, debo mucho a mi maestro, en el marco de la ciencia y de los ideales sociales. Le debo también, en gran medida, la pasión por España y la cultura hispánica, como has recordado refiriéndote a varios amigos españoles. Sin embargo, sobre todo me influyó su lado humano. Treves era un hombre al

que podíamos acercarnos aun siendo estudiantes. Nos animaba y no temía reconocer sus propios límites. Muy firme en sus convicciones ideales y políticas, era extremadamente dubitativo en el marco científico. Como Bobbio dijo de él, conmemorándolo, «sus obras las hacía, las deshacía, las rehacía». Escuchaba las críticas y, a la vez, era sumamente autocrítico. Con nosotros, pretendía claridad, rigor en la investigación y sinceridad, y por su parte ofrecía sencillez, ayuda y afecto.

BR: *Ahora que ha aparecido la figura de Norberto Bobbio, tampoco puedo dejar de pedirte que traces su retrato, no sólo porque yo sea un entusiasta admirador de Bobbio sino porque la importancia que ha tenido en el pensamiento jurídico español ha sido decisiva. Aprovecho también para preguntarte por la relación de Bobbio con la sociología del Derecho, cuestión sobre la que escribiste.*

VF: En el histórico *Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto* de la Universidad de Milán, donde trabajábamos con Treves, siempre estaba presente Bobbio, aun sin estarlo físicamente. Al ser amigo cercanísimo de Treves, era como una especie de tío académico, y además en Italia era un maestro universal, respetado por todos, también por los que no aceptaban sus ideas jurídicas y políticas. Conocíamos sus obras y le hacíamos llegar las nuestras, aunque temíamos su juicio, que sería fundamental, influyendo también en el de Treves. Admirábamos la claridad suma con la cual exponía sus conceptos, escribiendo o hablando, aunque no fueran conceptos fáciles, con todas las distinciones y subdistinciones con las cuales solía desarrollarlos. Era también un militante, no sólo de la «política de la cultura», como admitía, sino también de la política, aun sin admitirlo o quererlo, ya que a menudo intervenía en los debates públicos sobre los asuntos más candentes de la vida italiana, un poco como Bertrand Russell en Gran Bretaña. Su palabra era buscada y escuchada, al punto que tal vez la visibilidad mediática que tenía lo agobiaba.

También Bobbio era un escéptico capaz de someterse a sí mismo a discusión. Su posición científica y política se había desarrollado a lo largo de décadas y a través de reflexiones profundas frente a los cambios dramáticos de la vida pública y de la cultura del siglo XX. Sus últimos escritos, como *Elogio della mitezza*, *De senectute* y la *Autobiografía* lo revelan con sinceridad. No se le puede juzgar, sobre todo en lo que concierne la política, sin ponerse idealmente en la condición de un intelectual que provenía de una familia de derechas, fiel al fascismo en un momento en el cual éste gozaba en Italia de un consenso casi completo. Un intelectual inquieto que aun sin renegar de tales orígenes participaba en los círculos antifascistas ya a inicios de los años treinta, hasta convertirse en un «observado» por la OVRA, el servicio secreto del Gobierno. Al final, como se sabe, fue un antifascista militante que sufrió la cárcel en Verona en 1943-44, arriesgando la vida, cuando una condena a muerte o un asesinato en la calle podían producirse en cualquier momento. Tuvo razón Ralf Dahrendorf al describirlo como un «intelectual erasmiano» en su libro de 2006.

Desde el punto de vista científico, no debo añadir nada a lo que todos ya saben, especialmente en España. Sus escritos siguen siendo una base de estudio para cualquier filósofo del derecho y de la política. Sus clarificaciones conceptuales siguen siendo necesarias, así como sus críticas contundentes a los absolutismos y

a los reduccionismos teóricos: recuerdo su demostración de que existe un grado de compatibilidad entre normativismo e institucionalismo. Son fundamentales también sus trabajos históricos, dedicados a los grandes autores, ante los cuales se sentía desarmado, como reconoció en su *ultima lezione*, en Turín, en 1984: para mí un recuerdo inolvidable, como lo son sus palabras finales –«*vanitas vanitatum*»– en su relación en el Congreso mundial de Filosofía del Derecho, en Bolonia, en 1995.

Bobbio no era un sociólogo del Derecho; ni era un sociólogo. Sin embargo, abrió horizontes. La adición de la sanción positiva al esquema kelseniano de la norma jurídica («Si... Entonces...») ofreció un respaldo teórico esencial al análisis sociológico del Estado del Bienestar. Fue él quien expresó de manera clara la idea de que se puede hablar de funciones de una institución social sin caer en la sociología funcionalista, aunque desarrollaría esta idea en el marco de la teoría del derecho, no de la sociología del derecho. Muchas veces reconocí que mi *Funzioni del diritto* debe mucho a tal afirmación. Las implicaciones sociológicas de su descripción del movimiento histórico de los derechos humanos, especialmente en la etapa de la «especificación», son riquísimas y todavía no suficientemente exploradas.

BR: *Vayamos ya con la sociología del Derecho, conocimiento en el que, con razón, se te tiene por uno de los especialistas más importantes ya no de Italia o de Europa sino del mundo todo. Dos cuestiones, para empezar. Por una parte, ¿hay alguna definición de la sociología del Derecho con la que te sientas a gusto? Por otra, ¿no crees que los estudios sociológico-jurídicos se encuentran menospreciados? En España ha sido imposible implantar una asignatura de Sociología del Derecho en el grado de Derecho, lo que me parece sencillamente una desgracia.*

VF: Gracias por tus palabras. Con franqueza te diría que no sé cuánto las merezco y no es falsa modestia. La notoriedad de un estudioso depende de muchos factores, por supuesto lo que uno escribe y las críticas que recibe, pero también el ambiente en el cual vive, el *networking* que hace o en el cual se encuentra involucrado, la manera personal de actuar en el mundo. Hay palabras de Max Weber en las cuales se reconoce que en la academia juega un papel importante la casualidad. Lo cierto es que habría debido hacer más, lograr más profundidad y también debería haber evitado errores, debidos tal vez a prisa o la falta de atención.

Me preguntas sobre la definición de sociología del Derecho. La propuesta que hice años atrás es «la ciencia que estudia el derecho como modalidad de acción social». Quise alejarme tanto de la definición clásica, que habla de «relaciones entre derecho y sociedad», pues el derecho es parte de la sociedad, como de la definición neofuncionalista, que habla de las relaciones del subsistema jurídico con otros subsistemas en el marco del sistema social general, pues concibe los sistemas como si fueran objetos observables y bien definidos en sus fronteras, mientras que son entidades ideales y artificiales con fronteras variables y hasta indefinibles. Preferí decir «acción» en vez de «comunicación», como dirían los luhmannianos, pues no estoy convencido de que la acción humana sea exclusivamente comunicativa. Lo es en gran medida, por supuesto, lo que trae consigo muchas consecuencias en el marco científico, aunque no todas claras. Pero no lo es al cien por cien. Decir «acción»,

en el sentido weberiano, permite no involucrarse en un tema que todavía está por resolver o que quizás depende de definiciones lingüísticas previas. Lo que importa es significar que los seres humanos actúan a través del Derecho para conseguir finalidades y objetivos correspondientes a sus propios intereses. Es decir que actúan teleológicamente, como ya en el siglo XIX subrayaba Ihering. Aquí también me alejo del neofuncionalismo luhmanniano, que casi rechaza la explicación teleológica, marginando al actor social o, mejor dicho, olvidando su aporte en las relaciones sociales, que siempre son relaciones entre actores. Claro que se me podría decir que con tal razonamiento vuelvo atrás, «de Luhmann hacia Weber», como observó mi colega y amigo Realino Marra, estudioso de Weber y de Durkheim, en su comentario a mi libro de 1997. Pero la cuestión es precisamente ésta. El ser humano actúa para hacer algo en la vida y el derecho es un instrumento que puede servirle. No es un autómeta, «actuado» por fuerzas sistémicas que lo trascienden, ni sólo es causante de desorden sistémico y sujeto a la fuerza ordenadora de tal o cual sistema. Aunque pueda actuar de manera más o menos inteligente: por supuesto, la acción estúpida puede tener enormes efectos sociales. En conclusión, como puedes ver, nada muy nuevo con respecto a la tradición weberiana. Si eso supone razonar en términos «viejo-europeos», como suelen decir algunos neofuncionalistas, *pazienza*: lo que nos hace falta son conceptos que permitan construir hipótesis sobre cómo se actúa socialmente sin alejarnos demasiado del sentido común.

Cualquier que sea la definición y el propio nombre («sociología del derecho», «sociología jurídica», «*law and society*», «*law in context*», etc.), lo que importa es subrayar que este campo de estudios reivindica su autonomía, sus propios parámetros teóricos y sus propias herramientas metodológicas: es decir, pretende ser un discurso científico, no una colección de reflexiones u observaciones sugeridas por la vida cotidiana. Por supuesto, ese tipo de reflexión «libre» existe desde siempre, incluso podemos decir que sobra, en la historia del derecho, y cuenta, no hay duda. Siempre el ser humano, sea o menos un estudioso de derecho, se puso cuestiones sobre cómo el derecho vive en la sociedad y como se actúa socialmente con el derecho o a través del derecho. Lo que hacía falta era elevar las respuestas al nivel del conocimiento científico, que supone organizar la observación, o sea, como suelo decir: averiguar, comprender, explicar, teorizar, predecir. Tentativas ya se hicieron en el siglo XIX, ya con el mismo nombre de «sociología del derecho» o con otros. Las dos obras del «segundo» Ihering, *Der Kampf um's Recht* y *Der Zweck im Recht* se pueden considerar sociología del derecho *ante litteram*. Max Weber y Eugen Ehrlich, aunque no fueron los primeros, usaron en el siglo XX este nombre que devino popular. En el caso de Weber, por su gran influencia en todo el marco de la filosofía, de la jurisprudencia y de la ciencia social, en el de Ehrlich, quizá sobre todo por su polémica con Kelsen. Tras la segunda guerra mundial se hicieron esfuerzos para organizar movimientos culturales, nacionales e internacionales, y hacer reconocer la sociología del derecho como disciplina académica. Y ésta fue y sigue siendo una lucha.

Me preguntas por qué esta lucha no siempre fue exitosa. Es una cuestión de sociología de la cultura, a la cual es difícil contestar a un nivel comparado. Depende de los contextos, aunque con puntos comunes en todos ellos. En el caso italiano,

la sociología del derecho se desarrolló junto con el renacimiento de la sociología general, después de la caída del fascismo y la pérdida de influencia del neo-idealismo. Sin embargo, tuvo mejor acogida en las facultades de derecho que en las de ciencias políticas y, luego, de sociología. Aunque hubo excepciones, los juristas, sobre todo de inspiración antiformalista pero no sólo ellos, no elevaron «muros». Había cursos de sociología del derecho ya a finales de los años sesenta. Treves fue muy influyente, pero hay que decir que encontró tanto un clima cultural general muy abierto (mucho más que hoy en día), como un apoyo concreto de otras figuras de alto nivel, filósofos del derecho como Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli, Vittorio Frosini, Giovanni Tarello, juristas de la nueva generación como Gino Giugni, Stefano Rodotà, Federico Mancini y Vittorio Denti, historiadores como el ya mencionado Giovanni Pugliese, Riccardo Orestano o, más tarde, Paolo Grossi o Antonio Padoa Schioppa en distintos ámbitos de la academia. La cooperación de Treves con el *Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale* y su fundador y secretario general, Adolfo Beria di Argentine, fue decisiva, pues significó la oportunidad de organizar eventos de gran alcance sobre el derecho en su contexto y, más allá, dio vida en 1974 a nuestra revista, *Sociologia del diritto*. En otros países hubo historias distintas. En Japón, la influencia norteamericana en la posguerra inspiró el nacimiento precoz de *Hoshakaigaku*, asociación y revista, ambas las más viejas del mundo: aunque hubo y siempre hay voces y opiniones diferentes, todavía hay allí cursos de sociología del derecho en muchas facultades de derecho. En Escandinavia, fueron sobre todo sociólogos o criminólogos, como Vilhelm Aubert, Thorstein Eckhoff y Niels Christie los que hicieron nacer nuestra disciplina en la academia. En Francia, la patria de Émile Durkheim, de Georges Gurvitch y de Henri Lévy-Bruhl, la academia le abrió unas pocas puertas sobre todo gracias a Jean Carbonnier, gran civilista, quien concibió la sociología del derecho como discurso de alta especialización, de posgrado y no de grado como en Italia: y es difícil imaginar qué distinta estrategia habría podido seguir en una cultura legalista que sigue rechazando cualquier discurso que no sea exegético e interno al propio derecho. En Alemania, el país de Weber y otros grandes estudiosos como Theodor Geiger y Helmut Schelsky, y más tarde en Inglaterra, un cierto reconocimiento académico vino junto al clima prometedor del Estado del Bienestar, y la crisis de éste supuso la de la sociología del derecho como asignatura, aunque no como investigación y debate científico. Asimismo, en Estados Unidos, donde *sociology of law* y *law and society* parecen coincidir con los sociólogos-juristas y los juristas-sociólogos respectivamente: mucha investigación y pocos cursos con tales etiquetas. Para la sociología del derecho, hoy el mundo académico más prometedor quizás es América Latina.

No sabría decir mucho con respecto a España. Figuras como Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba ejercieron una influencia positiva indudable, aun manteniendo, sobre todo el segundo, una posición más filosófico-jurídica que sociológico-jurídica en sus estudios. Amigos de la generación más joven me explicaron que la reforma de los estudios jurídicos según el (así llamado) «Modelo de Bolonia» fue fatal. Lo mismo, parcialmente, ocurrió en Italia, donde aquel modelo fue –digo yo– traicionado. Habría debido dar vida a una formación gradual del jurista: aprender los conceptos de base

en el trienio y, en el bienio, empezar a «pensar críticamente» el orden jurídico, desde «adentro» y desde «afuera» (para volver a la metáfora), y actuar concretamente sobre casos concretos. De hecho, inspiró la duplicación, hasta la multiplicación, de cursos y cátedras de derecho positivo, con sacrificio de la crítica en favor de la dogmática, repropuesta varias veces en detalles siempre más minúsculos y especializados. En Italia todavía no hemos sufrido los peores efectos de esta política, por encontrarse la sociología del derecho bastante institucionalizada como asignatura. Sin embargo, ya se notan señales muy preocupantes desde hace años.

Lo que pasa es que, hoy en día, muchas facultades de derecho en el mundo, por sentirse amenazadas (y tal vez, para no compartir los fondos, siempre insuficientes), en un mundo en el que el propio derecho sufre de una crisis de legitimidad, tienden a encerrarse de nuevo dentro su tradicional recinto exegético y a rechazar las «contaminaciones» con las demás ciencias sociales. Como ya dije, no tengo nada en contra al método jurídico tradicional, pero el miedo a que cualquier perspectiva externa te ensucie las manos me parece una estrategia miope y, al final, no exitosa. El derecho existe porque existe algo con que está en relación.

En fin, la lucha continúa.

BR: *Has hablado de la crisis que vive el Derecho en nuestros días, lo que me sugiere algo que no es contradictorio con esa afirmación, aunque puede parecerlo: en sociedades cada vez más pobladas y en un mundo cada vez más tecnologizado, el Derecho no sólo no pierde importancia, sino que, me parece, la gana de forma impresionante. La moral que valía para mantener el orden social en la pequeña aldea ya no sirve para ejercer el control social en la gran metrópoli, que necesita un orden jurídico cada vez más desarrollado y tecnificado.*

VF: Realmente esta cuestión me anima desde hace tiempo. También en mi ponencia en Buenos Aires, cuando me otorgaron el doctorado en la UBA en 2014, hablé de este tema. Veo la crisis del derecho –si queremos, el derecho que hemos heredado de la Ilustración– desde un doble punto de vista, el de su complejidad y el de su eficacia.

Para responder a la complejidad del mundo, en el sentido clásico de la muchedumbre de expectativas en conflicto entre individuos, grupos, etnias, culturas etc., el derecho se ha vuelto más y más complejo cada vez, corriendo afanosamente detrás de las relaciones sociales, que (casi) siempre van por delante. Sin embargo, entre la complejidad del mundo y la del derecho hay menos correspondencia. *They do not match*, se diría en inglés. Como apuntas, la producción jurídica se ha multiplicado increíblemente. Recuerdo un libro francés de hace unos años, a cargo de Cathérine Thibierge y otros estudiosos, *La densification normative. Découverte d'un processus*, que en sus más de mil páginas describe el fenómeno, sector por sector, de una manera impresionante; y eso que estamos en Francia, el país de la codificación. La multitud de fuentes, normas e interpretaciones (que no son otra cosa sino normas ellas mismas) ha creado un panorama jurídico sumamente desordenado: un sistema entrópico que ofrece más y más respuestas contradictorias a cualquier pregunta. Hablar de certeza del derecho en esta selva oscura, por citar a Dante Alighieri, es

una empresa imposible, casi una broma. El desorden del sistema jurídico es tal que su impacto social, a menudo, se resuelve en un aumento, no una reducción, de la complejidad social, entendida precisamente en el sentido de Niklas Luhmann, o sea una sobreabundancia de expectativas frente a la posibilidad de su satisfacción. Y como sabemos, según el neofuncionalismo de Luhmann y de sus seguidores el derecho, como cualquier otro sistema, existiría para reducir la complejidad. Naturalmente cabe hacer distinciones. Hay sectores de la vida en los cuales el derecho es todavía más fiable, al menos aparentemente, como en el caso de algunos sectores del derecho mercantil transnacional, y otros en los cuales la confianza en el derecho tiende a desaparecer, como en el derecho del trabajo, donde la falta de correspondencia entre relaciones económicas y relaciones jurídicas, las primeras mucho más simples (y hasta brutales) que las segundas, es más y más evidente. En Italia, hasta el derecho procesal civil se ha convertido en una pesadilla. Se han contado dieciocho distintos *riti*, o sea tipos de demanda y de juicio, con choques teóricos entre ellos y las parálisis consiguientes. Durante dos años no se supo si un pleito sobre la custodia de los hijos de padres no casados pertenecía a la jurisdicción especial del tribunal de menores o a la ordinaria (cada una pretendía que perteneciera a la otra), con parálisis de la justicia y consecuencias sociales y familiares imaginables. Desde la perspectiva de la sociología del derecho, es un ejemplo significativo.

La eficacia, que se encuentra obviamente vinculada a la complejidad, es otra cruz para quienes tienen, o tenían, confianza en el derecho. Señalaré algunos ejemplos. En el marco del control de la desviación, o si quieres del derecho penal, asistimos a una gradual incapacidad de los sistemas jurídicos para enfrentarse a la gran criminalidad. Tal vez el control penal funciona bastante bien a nivel individual, no sólo al más bajo, la *petty criminality*, sino también al nivel de crímenes más graves como homicidios o robos tradicionales, incluyendo el uso de armas. En Italia, por ejemplo, hubo una disminución bastante evidente del índice general de criminalidad, pese a lo que dice el actual gobierno, especialmente el ministro del Interior, que logra consenso político fomentando el miedo popular. Sin embargo, mirando un poco más allá, desde lejos, por usar la metáfora ya referida, vemos una discrepancia enorme entre la fuerza de las multinacionales del crimen (drogas, venta ilícita de armas, pedofilia, comercio de órganos humanos, lavado de dinero, tráfico de seres humanos, etc.) y la fuerza de las agencias institucionales de control. Aun teniendo en cuenta los éxitos tal vez espectaculares de la acción policial y de algunas fiscalías, la distancia es inconmensurable. Me limito a observar este fenómeno de manera simple, diríamos en cifras, sin indagar sobre las muchas interrelaciones «sucias» entre la criminalidad y las instituciones políticas. En italiano traducido diríamos que lo que se logra es poco más que una gota en el mar.

El ámbito del medioambiente es quizás el más preocupante. Aquí, por volver a las relaciones inter-sistémicas, hay una total falta de correspondencia entre economía y derecho. La razón económica, que desde el nivel micro sube al nivel macro con medidas en muchísimos casos ilegales, prevalece invariablemente sobre la razón jurídica. Ninguna seria medida legal, ninguna seria acción judicial, ha podido frenar la devastación. Si la tecnología logra algo que no cueste demasiado y garantice un

nivel de ganancias entre costes y beneficios, entonces funciona; así, parece que se empieza a hacer algo para limitar los daños inimaginables producidos por la invasión de los plásticos en los ríos y en el mar, pero eso no acontece gracias al derecho.

La situación general de los sistemas de justicia es otro ejemplo. No hay un solo caso en el cual los expertos, los políticos y sobre todo los ciudadanos no reconozcan que la crisis es irremediable. Hace años que insisto en la hipótesis del llamado *vanishing trial*, como la denominó Marc Galanter, muy reconocido experto en *litigation* de la Universidad de Madison, Wisconsin: allí la solución jurisdiccional de los conflictos, civiles y penales, por *verdict* del jurado o fallo del juez, parece reducirse a un porcentaje minúsculo, sobre todo al nivel federal. Recientemente leí el último informe de la *Bach Commission*, encargada por la histórica *Fabian Society* de estudiar el estado del sistema de justicia en Inglaterra y en Gales, donde la justicia siempre ha sido bastante eficiente, aunque muy de élite: ahora por un lado el elitismo es más evidente y por otro el nivel de eficacia se está reduciendo. Del caso italiano sólo digo que una *Corte di Cassazione* de más de trescientos magistrados no logra hacer frente a la multitud de nuevos expedientes que llegan cada año, con la consecuencia de que los fallos se retrasan años y muchos crímenes, incluso graves, se prescriben. Naturalmente hay los llamados ADR, las medidas de *Alternative Dispute Resolution*, y son medidas jurídicas, por supuesto, pero fundadas sobre el consenso, no sobre la autoridad del estado, que hasta ahora ha sido la única institución capaz de equilibrar un tanto las distancias sociales.

Todo esto trae consigo una crisis de legitimación del derecho que no hace falta describir. La tradicional opinión popular, según la cual la ley es fuerte con los débiles y débil con los fuertes, se presenta hoy en día de manera evidente, hasta sugerir teorías como la del nihilismo jurídico, expuestas en Italia por Natalino Irti, conocido civilista de la Universidad *Sapienza* de Roma, y de manera aún más radical por mi amigo recientemente fallecido Morris Ghezzi, sociólogo del derecho y discípulo de Treves.

Naturalmente existe una tendencia hacia la «tecnologización» del derecho, pero hay que distinguir. Por un lado, hay muchísimas normas «técnicas», impuestas bajo la imagen de la ciencia: un fenómeno sobre el cual Michel Foucault escribió palabras bien conocidas. Por otro lado, hay también la esperanza neo-ilustrada de que la norma legislada pueda ser autoevidente, «matematizada» por así decir; unívoca, no susceptible de ser interpretada, capaz de producir los efectos queridos por sus productores. Esto es algo que atrae la atención de la sociología del derecho, naturalmente. Para construir hipótesis hay que recordar que ya el modelo heredado por la Ilustración era similar y sufrió desmentidos, pues el derecho es un hecho político y la política necesita de movilidad, además de algo de obscuridad. Y quienes dicen que la política desaparecería en una sociedad donde todos puedan expresarse con un clic que seleccione entre *multiple choices* tal vez esconden su intención de estar del lado de quienes deciden cuáles son las preguntas y las respuestas sugeridas, es decir la dictadura de una élite muy estricta. Es el caso de Movimiento Cinco Estrellas en Italia, por lo que se ha visto hasta ahora.

BR: *La ciencia socio-jurídica suele someterse a dialécticas diversas: o sociología jurídica hecha por sociólogos o sociología jurídica hecha por juristas; o sociología jurídica teórica o sociología jurídica empírica; o sociología jurídica conservadora o sociología jurídica progresista; o estructuralismo o funcionalismo, etc. A veces me parecen acercamientos muy simplificadores y a veces pienso que, como la diada derecha/ izquierda, siguen valiendo.*

VF: Comparto tu idea y añado que tales simplificaciones tal vez se han convertido en etiquetas «paradigmáticas» y armas intelectuales para combatir en las batallas de la ciencia y la propia academia.

Por supuesto, hay que distinguir. Hay sociólogos del derecho que se dedican a la teoría general, otros que prefieren indagar sobre la vida social de las instituciones jurídicas. En todas las ciencias sociales hay un nivel micro y un nivel macro, y sería indispensable darse cuenta de que esta misma distinción es una simplificación, pues los dos niveles se entrecruzan. Lo que ha pasado durante los casi cincuenta años que he dedicado a la sociología del derecho es que tal conciencia no siempre ha existido. Es verdad que hubo una oscilación, históricamente, entre teoría y observación; sin embargo, hubo períodos en los cuales existió también una oposición entre las dos, lo que es absurdo, pues no puede haber observación sin teoría previa y, me atrevo a decir, no se puede imaginar una teoría sociológica que no aprenda de la observación. El propio Luhmann, quien no creía en la observación «guiada» según protocolos rígidos, invitaba a observar el entorno libremente. Por desgracia, hubo tiempos en los cuales los teóricos puros manifestaron una total desconfianza hacia la investigación empírica, aceptándola sólo si confirmaba la teoría o descartándola totalmente como un subproducto intelectual. El primer caso fue el del marxismo en los años setenta, especialmente en el marco de la teoría de la desviación; el segundo fue el caso de la escuela luhmanniana, sobre todo en los años ochenta. Esta actitud ha puesto en riesgo la íntima naturaleza crítica de la ciencia social, donde por crítica (como sugería el propio Carlos Marx) se entiende desvelar lo que está detrás de la apariencia. Y no sólo el dato empírico puede engañar, sino también la teoría puede ser desmentida o reorientada por el dato empírico interpretado críticamente.

Dicho esto, aunque haya divisiones, es verdad que también hay integraciones. Era habitual (y todavía se hace) contraponer las teorías de la integración, especialmente estructural-funcionalistas, a las teorías del conflicto. En general no tengo nada en contra de tal postura. Siempre declararé mi cercanía al «conflictualismo», pues los seres humanos –Ego y Alter, como los definía Parsons– no se encuentran en igualdad de condiciones y los recursos existentes son escasos en comparación con las expectativas: más y más, añadiría, pensando que somos más de siete mil millones de seres humanos y las riquezas se acumulan siempre en pocas manos, muy pocas hoy en día. Sin embargo, también hay épocas en las que se manifiestan tendencias hacia la integración y la reducción de conflictos. Durante la fase del estado del bienestar, si bien es cierto que se implantó en las sociedades ricas del primer mundo (esto hay que reconocerlo), tal tendencia parecía ser constante. Ralf Dahrendorf, que en los años cincuenta adoptaba perspectivas «conflictualistas», también teorizaba la «disolución de los frentes del conflicto industrial», es decir, adoptaba una visión integradora de

la sociedad occidental de entonces. El propio Marx imaginaba una sociedad socialista futura sin clases ni estado, es decir perfectamente integrada. Así, aunque tales etiquetas sigan valiendo como tipos ideales, es cierto que lo que acontece es más complejo, pues se trata del resultado de muchas variables.

También te refieres a la diada derecha e izquierda. Como solía decir Treves, mientras la ciencia es (y debe ser) crítica por definición, la política tiende al dogmatismo y quizá necesite de etiquetas más rígidas. Personalmente, mantengo la diferencia entre derecha e izquierda. La derecha actúa para concentrar las oportunidades en pocas manos, la izquierda para distribuir las. La derecha se fija en la libertad de uno, la izquierda (democrática) en la libertad de muchos y, por tanto, reivindica un cierto nivel de igualdad (y no sólo la izquierda socialista: Luigi Einaudi, economista liberal, teórico de la libre competencia, opuesto a cualquier monopolio privado o público y presidente de la república en la Italia de la posguerra, solía reivindicar «la máxima igualdad posible entre los puntos de partida»). Sé que en la política de cada día las etiquetas no se corresponden con la realidad. Hay partidos y movimientos de izquierda que hacen políticas miopes, hasta conservadoras; por ejemplo, con la crisis del estado del bienestar, la izquierda oficial italiana, defendiendo la posición de los trabajadores ocupados y de los jubilados, se ha olvidado de los parados, sobre todo mujeres y jóvenes, perdiendo así legitimidad. Más difícil es que la derecha oficial haga políticas innovadoras, aunque tal vez su realismo congénito le ayude a interpretar el cambio y aprovechar el descontento social. Sin embargo, los que más me preocupa son los que pretenden ser «de derechas y de izquierdas según las circunstancias» o declaran que la distinción ha perdido totalmente su significado. En Italia ésta fue la bandera del fascismo y, si es verdad que hubo fascistas seriamente convencidos de ser innovadores, hasta «revolucionarios», conocemos los concretos efectos de la política fascista. Eso es precisamente el riesgo que corremos en Italia en estos días.

BR: *Por cierto, en cuanto a la relación entre la ciencia social y la política, hay una cita de Marvin Harris que quisiera apuntar aquí: «El uso del concepto de solidaridad social por Saint-Simon, Comte y Durkheim se inserta en una línea ininterrumpida de teorías políticamente conservadoras que enlaza directamente con las principales variedades del funcionalismo [...] Mientras la ciencia social radical seguía a Marx en el estudio de lo que se necesitaba para que el organismo social se disgregara, los conservadores como Spencer, Durkheim, Radcliffe-Brown y Malinowski se ocupaban de calcular las razones de que mantuviera su cohesión. Admitamos que ambos intereses son legítimos». Efectivamente, unos científicos sociales se fijan en los elementos que mantienen la integración social; otros, en los que traen consigo el conflicto. Diría que las dos perspectivas, a la vez, tienen razón, pero que cada una de ellas, por sí sola, la pierde. No sé si así consigo acercarme bien a tu pensamiento, a esa integración que haces entre el análisis funcional y las teorías del conflicto, como sintetizó con acierto Manolo Calvo al referirse a tu aportación.*

VF: Sí, como ya dije, aun aceptando la contraposición formal entre teorías de la integración y teorías del conflicto, no hay duda de que se trata de tipos ideales más que de realidades. No sabría decir si todos los autores que tú citas son

conservadores. Saint-Simon, por ejemplo, tenía una idea firme de progreso que, por supuesto, era típicamente decimonónica, al estar fundada sobre la ciencia y la tecnología, pero miraba para adelante, no para atrás, y dio vida a una escuela que se llamó socialismo utópico. Charles Fourier, uno de los más destacados representantes de tal movimiento, elaboró una doctrina radical para su tiempo y fue el máximo inspirador de Flora Tristán, una luchadora que está en el origen del feminismo moderno. También Comte, quien era ante todo un matemático, miraba al futuro y no al pasado, no quería la restauración como por ejemplo Frédéric Le Play, siempre en Francia. Durkheim estuvo muy afectado por la idea de la normatividad como cemento de la solidaridad, que venía de su propia familia, puede ser considerado como un conservador, pero fue un innovador desde el punto de vista del método sociológico, como espejo para entender el desarrollo de la sociedad industrial. Malinowsky y Radcliffe-Brown, sí, eran conservadores, pero trabajaron sobre todo como antropólogos del derecho, estudiando sociedades que se solía definir como no desarrolladas. También Henry Sumner Maine, trabajando en la India, elaboró una teoría sobre la distinción entre sociedades estáticas y sociedades dinámicas y, aunque parecía teóricamente propender a las segundas, de hecho, fue un conservador.

En tiempos más recientes, estábamos acostumbrados a definir Talcott Parsons como un conservador –eso era típico durante los años de la protesta juvenil y del desarrollo de la sociología radical, piénsese en Alvin Gouldner– aunque no ignoraba el conflicto social; lo que ocurre es que confiaba en la capacidad de una sociedad (desarrollada y democrática) para recuperar el equilibrio tras los disturbios: una visión no muy diferente de la de Dahrendorf, quien lo había criticado duramente en su *Pfade aus Utopia*, comparándolo a Hegel. Y el propio Dahrendorf, quien decía estar interesado sobre todo a «investigar sobre el futuro», podría considerarse un conservador, o al menos un pensador moderado.

Otra cosa es el marxismo, por supuesto. Esta fue una teoría de la revolución y sigue siéndolo. Sin embargo, cabe hacer precisiones en este asunto. Primero, como ya recordé, Marx y Engels cultivaban la utopía de la sociedad futura sin clases, es decir, integrada e inmóvil, el Paraíso en la tierra, pues ofrecían una concepción reduccionista del desarrollo social, como determinado por la economía, y la economía como determinada por la propiedad de los medios de producción, dejando de lado la tendencia del poder político a cristalizarse en élite, también económica. En este sentido, el propio Aristóteles ofreció una visión más articulada, en cuanto cíclica, de las formas de gobierno. Lo digo, aun reconociendo que muchas hipótesis del pensamiento marxiano y marxista siguen siendo valiosas, también su núcleo economicista, siempre que se admita, como muchos marxistas admiten hoy en día, que la economía sólo es determinante «en última instancia», es decir, es la variable que al final tiende a prevalecer. Y añado que podríamos imaginar un renacimiento del marxismo, también a nivel internacional, después la ola nacionalista que nos está sumergiendo en esos días.

BR: *Que hayas escrito un libro titulado* Funzioni del diritto *te honra, porque hay casi infinitas obras que estudian la estructura del Derecho, pero muy pocas que se*

dediquen a la función, cuando no se puede prescindir de ésta para comprender el fenómeno jurídico. Una teoría únicamente estructural del Derecho está coja, creo.

VF: Dejando a un lado el honor que me haces, estoy de acuerdo. Como recordaba antes, ya Bobbio se propuso indagar sobre la función del derecho en varios escritos suyos. Eso lo hizo como teórico del derecho, pero sin olvidar lo esencial de la literatura sociológica. Podría decir que, con mi libro, al contrario, quise hacer una contribución a la teoría sociológica sin olvidar lo esencial de la teoría jurídica. Definir una frontera clara entre las dos es casi imposible. Por cierto, diferencié el análisis funcional del funcionalismo sociológico, *à la* Parsons o *à la* Luhmann, como el propio Bobbio había propuesto. En esta perspectiva, intenté ir un paso más allá, concibiendo la función no como una aportación a la mejora de la estructura social o a la satisfacción de las necesidades sociales, de las cuales las estructuras surgen –lo que es analíticamente muy difícil de definir y explicar–, sino como una aportación a proyectos de acción social. Es decir, adopté una perspectiva teleológica de la acción social, que me permitiera de hablar de funciones del derecho sin confundir ser y deber ser, que es el peligro del funcionalismo sociológico. Por ejemplo, quise mostrar que el derecho tanto puede orientar como desorientar la conducta, solucionar conflictos como provocarlos, legitimar o deslegitimar la acción humana, sobre todo la política. No recibí tantas críticas como había supuesto del lado de la escuela luhmanniana, quizá por ser considerado «fuera del paradigma» y del club correspondiente, que era (y sigue siendo) muy exclusivo. Pero recibí muchos comentarios útiles para reflexionar con más profundidad y desarrollar un discurso sobre la complejidad del derecho, como antes decía, en este caso coincidiendo también con unas aportaciones del neo-funcionalismo –derecho y expectativas sociales, derecho y comunicación, complejidad, contingencia– sin caer en las que me parecen contradicciones o aporías, como la autorreferencialidad o la así dicha autopoiesis sistémica. Hay todavía mucho por saber, empíricamente, sobre el cambio y el desarrollo de los mensajes normativos en los que se suelen llamar «círculos semióticos», así como sobre los factores concretos que en cada etapa provocan ese cambio y ese desarrollo.

BR: Tu dedicación a la sociología, además, lo es tanto a la teoría social como a la sociología empírica, lo que no suele ocurrir. ¿Qué campos de la práctica jurídica crees que están necesitados de investigación empírica? ¿Qué nos puede aportar ésta?

VF: Como ya te dije, no creo que la ciencia social pueda ignorar la observación de los que se suelen llamar «hechos», aunque sea opinión unánime la de que los hechos no son autoevidentes u objetivos, y deben ser interpretados y puestos en relación con su contexto, tiempo y espacio. Añado que lo que se observa en la ciencia social son fragmentos de la así llamada «realidad», que el observador mira desde su propia perspectiva y que pueden cambiar. Aún más, en la ciencia social se observa lo que los actores sociales ya hacen, normalmente desde hace mucho tiempo, dándole un sentido tal vez cristalizado históricamente. Quiero decir que frente al dato empírico hay que adoptar una actitud al mismo tiempo crítica y humilde.

Con todo esto, siempre defendí las razones de la observación no en contra de la teoría, sino como integración necesaria de la teoría, que también postula una actitud crítica y humilde. En este sentido, siempre me sentí incómodo con los que piensan que la tarea del *social scientist* sólo es la de construir grandes sistemas teóricos, autosuficientes y «paradigmáticos», lo que supone excluir del diálogo científico a los que se atreven a dudar de cualquier detalle de ese sistema de pensamiento.

La práctica del derecho, como tú dices, plantea una multitud de preguntas a las cuáles la sociología del derecho debería dar respuesta. Mi amigo Lawrence Friedman suele decir que hay muchísimo que *we don't know*, en el presente y en el pasado, así que —como también dice— el investigador tiene que «visitar los sótanos» y poner las manos en el polvo de los archivos, en vez que «mirar al cielo»: lo que en muchos casos no es otra cosa que mirarse a sí mismos. La lección de Robert K. Merton, con su idea de la sociología de «medio alcance», construida con hipótesis que puedan ser averiguadas empíricamente, no debe ser olvidada.

Pongamos algún ejemplo. ¿Cómo se ha producido la crisis de los sistemas de justicia tradicionales? Hay muchas hipótesis, pero ninguna convincente. Sabemos que ellos funcionan como sistemas hidráulicos: si hay obstáculos en el camino, el agua no pasa y, como no cesa de fluir, toma otras vías. En el caso de la justicia, los conflictos saldrán del sistema para dirigirse hacia otra forma de solución, compatible o no con el ordenamiento jurídico oficial. Esta explicación, sin embargo, no dice mucho sobre el porqué de lo que ocurre. ¿Cuáles son los obstáculos que sobran y que hay que eliminar? Hay estudios que demuestran que la organización del poder judicial y del propio proceso puede afectar negativamente el flujo de litigios. Hasta ahora, la política italiana ha intentado resolver la crisis de la sobrecarga de los tribunales poniendo más obstáculos, con un exceso de formalismo que ha convertido el proceso en una pesadilla, como ya te dije.

Otro ejemplo. Hace cuarenta años los bienes comunes parecían haber desaparecido. En 1968 Garrett Hardin escribió *The tragedy of the commons*, que pareció un certificado de defunción de los derechos comunales. Años después, cuando yo enseñaba en Cagliari, me propusieron investigar el tema, que yo casi desconocía. De inmediato, antes de comenzar, vimos que los datos estadísticos disponibles revelaban que una quinta parte del territorio de Cerdeña todavía parecía sometida a explotación colectiva. El ya histórico proceso de «liquidación» de los así dichos *usi civici* y de las propiedades colectivas parecía haber fracasado. La investigación puso de manifiesto que el colectivismo seguía existiendo, también en la conciencia de la población, y no se podía decir que hubiese sufrido una «tragedia». Tras unas décadas el tema se ha impuesto como uno de los más candentes en muchos países. ¿Cómo se usa este patrimonio? ¿Cuáles son los efectos sociales de los varios usos que se les dan, por ejemplo, en lo relativo a la estratificación social? ¿Cómo hay que legislar sobre el tema?

Los ejemplos serían infinitos. El estado actual del feminismo, frente a actuaciones e incluso políticas machistas que en todo el mundo se manifiestan, con violencias cotidianas hasta homicidios contra las mujeres. El choque entre los derechos

constitucionales más fundamentales, libertad e igualdad, y las tendencias xenóforas que aparecen en casi todo el mundo. El retorno del nacionalismo, que pone en discusión el *refrain* de la crisis del estado moderno, la construcción de entidades multinacionales como la Unión europea y la misma teoría neo-pluralista que ha dominado durante al menos cuatro décadas. El uso instrumental de los derechos humanos y los casos crecientes de choques entre derechos humanos de la llamada cuarta generación, la de los derechos de identidad. El campo siempre más importante de la actitud humana hacia los derechos de los animales, al cual mi amigo fraternal Valerio Pocar dedica sus reflexiones desde hace años.

Y más y más.

BR: *Muy interesantes tantos y tantos problemas. Por lo demás, no sólo te has dedicado y dedicas a la sociología jurídica teórica y a la empírica, sino también a la práctica del Derecho, pues ejerces la abogacía con gran éxito. Diría que eres un jurista total. ¿Qué ha aportado a tu visión del mundo jurídico esa vertiente práctica?*

VF: Gracias por esta pregunta. Mi despacho, que siempre fue artesanal aun cuando tenía una socia, cumplirá cincuenta años en diciembre de 2018. No sé si seguiré haciendo lo mismo que he hecho tradicionalmente, especialmente en el derecho del trabajo, donde los pleitos –al menos, los pleitos de qué me ocupo yo– se han reducido muchísimo con la crisis económica y la multiplicación de casos de trabajo irregular (una paradoja de nuestro tiempo: cuantos más derechos tiene el trabajador en teoría, menos se atreve a reivindicarlos, para no perder el trabajo).

Mi profesión, que he compaginado durante décadas junto con la docencia y la investigación, supuso un gran esfuerzo y mucho cansancio. En 2000 me convencieron para aceptar el decanato de la Facultad de derecho de la Universidad de Milán, lo que me obligó a convertirme en profesor a tiempo completo, si bien podía atender consultas, pero sólo a través de la propia Universidad. Pero volviendo al ejercicio, significa un aprendizaje extraordinario y permanente. Enfrentarse a casos concretos es como hacer investigaciones empíricas, *in corpore vivo*, es decir sobre una realidad concreta. Especialmente en el marco del derecho del trabajo, defendiendo al sindicato de los periodistas, aprendí muchísimo, entre otras cosas, por ejemplo, a entender cómo los periodistas, desde su perspectiva particular, ven el propio derecho y las oportunidades que ofrece, según sus propias invenciones y *clichés*. También aprendí muchísimo sobre hasta qué punto uno puede confiar en una u otra decisión judicial. En este sentido, ha contado mucho mi vieja experiencia como juez honorario en una *Pretura*, una corte en una pequeña ciudad cerca de Milán, Cassano d'Adda, que en aquel tiempo (entre 1967 y 1982) era básicamente un lugar de pequeños propietarios agrícolas y campesinos. Eso fue formidable. Vi, por ejemplo, cómo las pequeñas disputas entre propietarios de fincas son (o eran) cuestiones de principio que empeñaban los corazones más que los bolsillos y obligaban a seguir luchando a toda costa. También me hizo aprender cómo razona el juez frente a demandas opuestas. Actualmente, desde 2005 sigo actuando como «juez» del sistema italiano de autodisciplina publicitaria (el equivalente de Autocontrol en España). Esta es otra importantísima experiencia, especialmente porque hay que juzgar mensajes

que reúnen palabras e imágenes, lo que supone un alto nivel de discrecionalidad interpretativa, pero también porque me hizo superar mi original escepticismo ante los ya citados ADR, ya mencionados arriba. Allí juzgamos casos de muchos millones de euros, en pocas semanas e inapelablemente, sin encontrar sino raras quejas de parte de los que pierden. Toda esta observación, hasta la más minúscula, me ha servido muchísimo para elaborar, y naturalmente transformar, a lo largo del tiempo, mi propia idea del derecho.

BR: *Me he referido a la relación entre sociología y política y querría ahora preguntarte por tu opción política, precisamente. Creo que en lo político se puede decir de ti que eres socialista liberal, lo que por una parte parece un oxímoron, pero, por otra, constituye una importante corriente del pensamiento italiano (y español), en la que se integraba tu maestro Renato Treves, pero también Norberto Bobbio, Piero Gobetti, Gioele Solari y otros. ¿Podrías explicar sencillamente cuáles son sus principios y qué plasmación ha tenido en la práctica política?*

VF: Ya te respondí antes. Creo que el liberalismo es un pensamiento originalmente de izquierdas, y lo fue indudablemente en sus orígenes. Lo fue sobre todo en el sentido de que dio la vuelta al problema de la obediencia política, llevando la cuestión de la legitimación de abajo arriba y no de arriba abajo: es decir, reveló que el «rey está desnudo» y que también la iglesia, si se ocupa de la vida en la tierra, no puede imponer una verdad indiscutible –que además en el caso de la Iglesia católica ha cambiado muchas veces– y sancionar a los que no la aceptan. Todas las libertades de las cuales gozamos vienen de allí. La libertad de empresa en el marco económico es un reflejo de la libertad en general, pero aquí hay que tener mucho cuidado. En economía, el liberalismo significa *laissez faire*, pero en el marco de un sistema de reglas. Sin reglas, el «libre» juego entre empresarios provoca la formación de monopolios, como es el caso actual. Ya recordé la figura de Luigi Einaudi y su lucha contra los monopolios. Las figuras que mencionas tú me influyeron mucho, pero debo decir que sobre todo me inspiré en Carlo Rosselli y en su *Socialismo liberale*, que proponía la idea del socialismo democrático como el verdadero heredero de la idea liberal. Naturalmente Rosselli hablaba a principios del siglo XX y, siendo asesinado por los fascistas en Francia junto con su hermano Nello, no pudo elaborar más su teoría, así como no pudo hacerlo Piero Gobetti, que murió con veintiséis años y que proponía una visión similar, aunque con matices más idealistas.

Socialismo liberal significa apreciar la libertad de los demás y no sólo la propia, y, por lo tanto, como dije, practicar una distribución tendencialmente igualitaria de los recursos. Digo tendencialmente, pues el máximo igualitarismo es una utopía y, cuando se realiza, si no es pura apariencia, como lo fue en los países del llamado socialismo real, tiende a sofocar la iniciativa, que es la base del desarrollo, aunque implique conflictos. Mejor dicho, sin conflictos no hay desarrollo. Reconozco que esta concepción política puede aparecer ella misma como una utopía, pero en el sentido débil de la palabra, como dirección adonde dirigirse. Y también reconozco que se puede cultivar tal utopía en el marco de una sociedad razonablemente rica y pacífica, como la sociedad en la que he vivido yo durante toda mi vida, un período único en la historia europea a lo largo de muchos siglos. Cuando los recursos faltan,

los conflictos aumentan y tienden a enfocarse sobre los bienes más esenciales, lo que no resulta fácilmente compatible con una política que reúna libertad e igualdad.

Quiero añadir que «socialismo liberal» es una etiqueta. Cuando la mencioné a Ralf Dahrendorf en una larga entrevista que le hice hace casi cuarenta años, él la comentó como si fuera –precisamente– un oxímoron. De hecho, también podemos hablar de socialismo democrático o de liberalismo social. Lo que importa es que no se olviden las libertades, por supuesto de todos. Como dijo Sandro Pertini en su discurso en el Parlamento al convertirse en presidente de la República: «si a mí, socialista desde siempre, me ofrecieran la más radical de las reformas sociales al precio de la libertad, la rechazaría, pues la libertad nunca puede ser moneda de cambio».

BR: *Te hacía esta pregunta porque tengo la impresión de que en tu caso consigues lo que otros no consiguen, la coherencia entre el estudio de la sociedad y tu opción por su mejora. Frente a una ciencia social y una política radicales, me parece que en ambos casos tú optas por la moderación. Mientras te lo pregunto viene a mi cabeza el elogio de la moderación que hacía Bobbio.*

VF: No sé si se trata de moderación, más bien creo que es *mitezza*, como la definía Bobbio, más que moderación; es decir, suavidad, apertura a la discusión y a aprender de los demás. Sin embargo, cuando hay decisiones muy graves que tomar, al final habrá que imponerlas, si tienes el poder democrático de hacerlo y sin ejercer violencia física. Piénsese por ejemplo en unas medidas tendentes a frenar la devastación del medioambiente, ya mencionada. En nuestros días, esto es fundamental. Si no intervenimos, ponemos en riesgo la supervivencia del ser humano en la tierra. Hace ya unos diez años, un destacado glaciólogo y geólogo de la Universidad de Edimburgo me aseguró que teníamos más o menos siete años para evitar alcanzar el punto de no retorno, como se suele decir. Bueno, esos años ya han pasado. Entre tanto, los glaciales están desapareciendo bajo el cambio climático y, gracias a los pesticidas, están peligrosamente reduciéndose las abejas, fundamentales para la vida de todos. Entonces habría que imponer decisiones y vencer resistencias muy fuertes, que además se sirven de todo lo que pueden, desde la corrupción (también de científicos que cobran por difundir falsedades) hasta la violencia.

BR: *Precisamente en relación con esto que acabas de decir, algo que me llama la atención de tu pensamiento es el relativismo. En bastantes sitios está escrito que mantienes una postura relativista. Aunque semejante afirmación puede tener muchos significados, ¿efectivamente es así? La cuestión me parece interesante, pues nunca has ocultado tu opción por los derechos humanos y el Estado social de Derecho.*

VF: Lo sé. Más que relativista, soy perspectivista, como era Treves, o «faliblista», en el sentido de Karl Popper, uno de los autores que más me han influido. Pero hay que tener cuidado con las etiquetas. Si relativismo, sobre todo en ética, significa aceptar y apreciar el punto de vista de los demás, dentro de un círculo muy amplio de opiniones posibles, sin pretender imponer nuestra propia idea, sobre todo con la autoridad o la fuerza, puedo decir que soy relativista. Desde el punto de vista cognitivo, por ejemplo, por lo que concierne el derecho, diría lo mismo.

Cualquier opinión expresa una perspectiva y merece una discusión, sabiendo que nunca alcanzaremos la «verdad», y también acepto la etiqueta de relativista. Si, al contrario, en nombre del relativismo ponemos en duda la teoría heliocéntrica y volvemos a la astrofísica de Tolomeo, no me considero relativista. El sol no gira en torno a la tierra. Esta hipótesis fue falseada. Naturalmente hay mucho que añadir a la teoría heliocéntrica, como ya hicieron Kepler y otros, y podríamos hasta opinar que, mirando la tierra y el sol desde muy lejos en el universo, quizá no nos encontremos en un «centro», ¿quién sabe? Pero la tierra, por lo menos hasta ahora, sigue girando alrededor de sol. Por relativismo entiendo sobre todo una actitud metaética, que nos sugiere suspender nuestro juicio, tanto el de la razón teórica como el de la razón práctica, para parafrasear a Kant.

BR: *Vengamos a España, donde has sido recibido, tanto tú personalmente, como tu pensamiento, de manera calurosa. Por citar nombres, María José Añón y Javier de Lucas, que lo prologó, tradujeron un libro tuyo que tuvo un enorme éxito (en cierta forma ya apunté por qué), tus Funciones del Derecho, y Andrea Greppi trasladó al castellano tu Introducción a la sociología del Derecho, cuyo título es Acción jurídica y sistema normativo, acompañado por un prólogo de María José Fariñas. En 2014 fuiste nombrado Doctor Honoris Causa por la Universidad de Zaragoza. Has dirigido el Instituto Internacional de Sociología, de Oñati hasta hace muy poco, el verano de 2018. Creo que fueron Gregorio Peces-Barba y Elías Díaz tus dos principales anfitriones en nuestro país. En fin, tus relaciones con España han sido y son muy estrechas. Me gustaría que nos hablaras de esas relaciones, que ya comenzaron hace mucho tiempo.*

VF: Confieso que cuando pienso en la acogida que he recibido en España, y también en América latina, me siento embarazado. Es mucho, por no decir demasiado. Soy amigo de Elías Díaz desde hace una vida. Él recuerda que coincidimos en el congreso de la IVR en Milán y Gardone Riviera, en 1967. Tengo una viva memoria sobre todo de nuestro encuentro en 1969, en Bruselas, cuando Elías acababa de poner fin a su confinamiento en Jaén, si no me equivoco. Conocí a Gregorio Peces-Barba en 1981, en Milán, en el Restaurante *Il Laghetto* (donde está la Universidad de Milán había un pequeño lago artificial hasta los años cincuenta del siglo XIX y allá llegaban los barcos con las mercancías y también el mármol para el Duomo, en reparación permanente) y en aquella ocasión nos contó a Treves y a mí su experiencia en el Parlamento durante el golpe Tejero. Le debo a Gregorio la edición española tanto de *Funzioni del diritto* como de los *Lineamenti di sociología del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, el primero traducido por Javier de Lucas, autor del prefacio, y María José Añón, el segundo traducido por Andrea Greppi y publicado con la introducción de María José Fariñas, como ya apuntaste en la pregunta. Ambas magníficas traducciones, como también fue la de Héctor Fix Fierro, querido amigo de México, de mi *Prima lezione di sociologia del diritto*. El doctorado de la Universidad de Zaragoza a instancia de Manolo Calvo con José Ignacio Lacasta fue motivo de orgullo, emoción y supremo *imbarazzo*, debo decir, por encontrarme con la toga y el birrete de una antigua universidad española. Y naturalmente tengo relaciones amistosas e intercambios científicos con muchos otros

colegas de España, de variada inspiración filosófica y también política. Aquí me siento como en mi país, culturalmente tan cercano. Lo mismo ocurre con América Latina, Argentina, Colombia, México, Venezuela, donde también tengo relaciones científicas estrechas y amistades profundas.

El bienio trascorrido en Oñati has sido muy importante, naturalmente por involucrarme también en la cultura vasca, con la ayuda de amigos de allí como Joxerramon Bengoetxea y José Antonio Azpiazu, historiador de la sociedad vasca. Uno de mis esfuerzos fue el de extender las relaciones entre el Instituto y otras universidades, tanto en el País Vasco como en otras partes de España. El Instituto, como tal, es una joya. Cuando se fundó, bajo una idea genial de Kiko Caballero Harriet y de Volkmar Gessner, llevada a cabo admirablemente por mi querido amigo André-Jean Arnaud, pareció un milagro. Tras casi treinta años, sigue existiendo, es mundialmente apreciado y todavía tengo la ilusión de que pueda fortalecerse aún más en el futuro. He seguido su historia desde que firmamos el convenio con el entonces Lehendakari José Antonio Ardanza, en diciembre de 1988.

Todo esto y mucho más ha sido y sigue siendo España para mí. Desde la transición, he seguido con pasión los acontecimientos políticos, he admirado la capacidad de reconstruir una democracia en paz, con la participación de figuras tan distintas como Adolfo Suárez, Felipe González o Santiago Carrillo, sin olvidar al mismo Gregorio y, quiero añadir, a Enrique Tierno Galván, a quien tuve la oportunidad de conocer en Milán, en 1971, en la casa de Renato Treves, cuando vino a dar dos charlas (con él estaban también Mario Soares y un representante de la resistencia griega cuyo nombre no recuerdo) en dos círculos culturales, uno socialista y otro de la izquierda liberal del cual yo mismo era entonces el secretario. Es decir, siempre tengo una mirada puesta en España y cuando acontecen eventos importantes, buenos o malos (como la matanza de Atocha), de inmediato pienso de ponerme en contacto con los amigos españoles para escuchar sus opiniones.

BR: *¿Qué destacarías del pensamiento jurídico español? ¿Qué autores, obras e instituciones te resulten atractivos en estos momentos?*

VF: El pensamiento jurídico español es muy parecido al italiano, aunque en general me parece que en estos días la cultura española en general se encuentra en una situación menos caótica que la italiana. Naturalmente, más que la producción de la dogmática jurídica, he seguido la de la filosofía y la sociología del derecho. Permíteme no citar nombres, pues como sabes hay una regla inevitable: cuantos más nombres citas, de más te olvidas. Ya antes, al citar algunos nombres, sufría por no citar otros. Durante un tiempo, la filosofía del derecho española ha seguido parcialmente la italiana, también en sus etapas. En España hubo un enfrentamiento muy duro durante y después de los últimos años del franquismo, agravado por el hecho de que el pensamiento católico español, muy fuerte, había estado del lado de Franco. En Italia también hubo una oposición semejante, pero en mi país muchos católicos habían sido antifascistas y habían participado en la resistencia, como Sergio Cotta, un maestro que recuerdo con afecto, por más que tuviera opiniones muy distintas de las de la escuela de la que yo provenía. Por un lado, me parece, aunque puedo

equivocarme, que en ambos países y en los últimos años esta oposición ha perdido fuerza, y esto es algo importante para el diálogo científico. Por otro lado, he visto y apreciado un desarrollo tanto de los estudios analíticos como de los estudios críticos, para mencionar una distinción que suelen hacer los argentinos cuando hablan de la filosofía del derecho en su país.

Como ya se ha dicho, la sociología del derecho tuvo dificultades en España, mucho más que en Italia, pero figuras como Elías Díaz, y otros, han abierto las puertas. Viajando por el país me he encontrado no sólo con los autores de aquella producción que ya conocía sobre las migraciones, el proyecto europeo y su crisis, los riesgos en la sociedad contemporánea, los derechos humanos, la pobreza en esta época de neoliberalismo sin reglas que traiciona los principios fundamentales del liberalismo económico, junto con importantes estudios históricos y difusión de clásicos, pero también me he encontrado con un interés creciente de los jóvenes investigadores, no necesariamente filósofos o sociólogos del derecho, por temas como el derecho en la sociedad digital o la aplicación de técnicas llamadas de *big data* al estudio del derecho; unos campos muy prometedores donde quizá la sociología del derecho española puede ir más allá que la italiana. Por tanto, veo en España un cielo un poco más despejado para el futuro de los estudios del derecho en su contexto social, cualquier que sea la etiqueta con la cual los designemos.

BR: *Por último, querría pedirte una información: ¿qué libros recomendarías que leyera quien se esté iniciando en la sociología del Derecho? Te pregunto por las obras que consideras, digámoslo así, imprescindibles.*

VF: ¡Ay, qué pregunta tan difícil! Muy difícil, sobre todo, aislar unos libros específicos, dejando a lado muchos otros.

Ante todo, citaré los clásicos de la sociología. Sin sociología general no se hace sociología del derecho. Me refiero por un lado a Durkheim, Weber, Schütz y los interaccionistas de diferentes inspiraciones. Por otro lado, naturalmente Marx, Engels y el pensamiento socialista. En tiempos más cercanos, Parsons y Merton, con su fundamental *Social Theory and Social Structure*. Y no se puede pasar por alto a Niklas Luhmann. Hay puntos en su sistema de pensamiento que constituyen la base de cualquier sociología y que ya mencioné. En el lado de las teorías conflictualistas, autores tan diferentes como Michel Foucault o Immanuel Wallerstein, por ejemplo, son muy importantes para una cultura sociológica de base.

Después cuenta, siempre para una cultura general, la tradición de estudios jurídicos «abiertos»: Bentham, Ihering, Ehrlich y naturalmente Kelsen, quien no fue un crítico de la sociología del derecho como tal sino de la pretensión de hacerle absorber la ciencia del derecho, como imaginaba el propio Ehrlich. Cito también a Perelman con la *nouvelle rhétorique* y naturalmente a los jus-realistas, tanto escandinavos como norteamericanos.

En sociología del derecho *stricto sensu*, por comenzar, sin duda son muy útiles los trabajos de introducción a la disciplina, como fueron los de Jean Carbonnier (*Sociologie juridique*), de Roger Cotterrell (*Sociology of Law. An introduction*) y

de Renato Treves (*Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*). Veo que en España están apareciendo introducciones de este tipo y eso es magnífico. Luego, limitando la atención al pensamiento más reciente (que no significa olvidar a Geiger, a Gurvitch y a muchos otros), por un lado, mencionaría, tras el ya mencionado Luhmann y sus obras específicas sobre el derecho, Gunther Teubner con su teoría del derecho reflexivo, y François Ost y Michel Van de Kerchove con sus estudios sobre el neopluralismo jurídico. Por otro lado, citaría las corrientes más vivas de la sociología crítica del derecho, como Alessandro Baratta en el marco penal o Boaventura de Sousa Santos con sus obras sobre el «nuevo sentido común jurídico», y, sobre todo –diría– la mejor literatura feminista, empeñada en desarrollar en el marco del derecho la hipótesis de la diferencia fisiológica y cultural entre mujeres y varones, y de las expectativas y los derechos correspondientes.

También quiero subrayar la necesidad de leer los estudios empíricos de medio alcance en las grandes revistas, como la *Law and Society Review* o el *Journal of Empirical Legal Studies*. Allí está la vida cotidiana del derecho en la sociedad. Yo he aprendido mucho de Lawrence Friedman, no sólo de sus obras generales (como *The Social System* de 1975), sino también de sus trabajos de campo y sus obras de historia social del derecho, como él la define.

Finalmente, para dar un paso más allá del cumplimiento de una cultura general, invitaría a poner atención a las corrientes más innovadoras, que se enfrentan con los temas más vivos de la evolución (o involución) del derecho en nuestro tiempo. Pongo dos ejemplos entre otros: primero, el *narrativismo*, que lee el derecho como historia construida socialmente a lo largo de procesos de comunicación afectados por intereses y estrategias; segundo, la aplicación al derecho de los parámetros teórico-metodológicos de las ciencias cognitivas. Hay obras notables recién aparecidas o que están apareciendo, que abren puentes entre derecho, sociología, antropología y psicología.

Me doy cuenta de que son muchas propuestas, incluso demasiadas. Igual no haría falta seguirlas todas. Yo mismo no he leído todo enteramente y con detenimiento. Pero, si se considera que la sociología del derecho de hoy en día cuenta con miles y miles de obras y de páginas (una visita a la biblioteca del Instituto de Oñati lo revela con claridad), se verá que las que acabo de mencionar corresponden con un *handful* de obras, que un buen estudioso lograría leer en un tiempo no infinito. Y es una aventura intelectual, eso lo aseguro.

Diálogos jurídicos

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A LA OBRA «FRANCISCO BECEÑA. UN PROCESALISTA DE PRIMERA HORA» DEL PROFESOR MANUEL CACHÓN CADENAS, EDITORIAL ATELIER, 2017

LAURA ÁLVAREZ SUÁREZ

Doctoranda en Derecho y Colaboradora de Honor del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo

En su última obra, el Prof. Cachón Cadenas, máxima autoridad en el estudio histórico del Derecho Procesal español, realiza una rigurosa labor de investigación sobre la vida y la obra del insigne procesalista Francisco Beceña; la importancia de esta obra, que la diferencia de otros estudios anteriores, descansa en la significativa aportación de materiales hasta ahora inéditos (cartas, conversaciones, archivos, etc.), a partir de los cuales se desvelan aspectos vitales y personales de Beceña que hasta el momento se desconocían.

El trabajo se estructura en doce capítulos que exponen sucesivamente la trayectoria vital, académica y doctrinal de Beceña, que se completan con un interesante Anexo en el que se incorpora el Programa correspondiente al Primer Curso de Derecho Procesal impartido por Beceña, del que cabe destacar su amplitud y detalle.

El autor hace un minucioso repaso de la brillante carrera académica de Beceña, de sus logros como investigador y como auténtico protagonista de la profunda renovación que experimentaron los estudios de Derecho Procesal en los años precedentes a la guerra civil. Pero va más allá, adentrándose en aspectos vitales e íntimos que explican en buena medida tanto su personalidad como su ideología.

Al remontarse a sus orígenes, el Prof. Cachón nos da cuenta de la condición de emigrante a Iberoamérica de su padre, dónde hizo una gran fortuna que permitió a Beceña crecer y formarse en el seno de una familia acaudalada; en cierta medida, tal circunstancia justifica una ideología de corte liberal, así como el círculo de amistades que mantuvo a lo largo de su vida, entre las que cabe destacar a Melquíades Álvarez, líder del Partido Republicano Demócrata, partido político en el que el Beceña militó.

Entre las constantes preocupaciones que el autor nos revela está la frágil salud de Beceña. A través de la correspondencia que mantenía con su amigo y librero, León Sánchez Cuesta, el autor nos pone de manifiesto la dolencia pulmonar que sufría, causante de tales desvelos.

Rompe el Prof. Cachón con algunas afirmaciones hasta ahora admitidas como ciertas. Con apoyo en un riguroso soporte documental, afirma que el padre de Beceña

realmente emigró a Valparaíso (Chile) y no a Cuba como sus hermanos; manifiesta su desacuerdo con quiénes situaban al procesalista en un ámbito político de izquierdas; o, en fin, relata (si acaso con más detalle que en publicaciones anteriores) el auténtico desarrollo de las pruebas que le permitieron el acceso a la cátedra en Madrid.

En el plano académico, el autor reafirma la figura de Beceña como máximo impulsor de la transformación que experimentó el Derecho Procesal español a partir de los años cuarenta del siglo XX, a partir de la difusión de la doctrina italiana y alemana en las Universidades españolas. En sus publicaciones muestra una faceta de profundo aspirante a reformador, de manera que por su carácter innovador se convertían de inmediato en obras de referencia. Se preocupó también de iniciar la formación de una escuela de procesalistas, truncada por su prematura muerte.

Su prestigio profesional es también destacado y se pone de manifiesto con el gran número de cargos públicos que desempeñó; a modo de ejemplo, su nombramiento como Vocal de la Sección 4.^a de la Comisión General de Codificación (1929), como Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central (1931) y como Vocal del Consejo Nacional de Cultura (1934).

No estamos, como el propio autor señala, ante una hagiografía; en esta obra se dan a conocer tanto las luces como las sombras presentes en la trayectoria de Beceña. No cabe duda de que académicamente fue una autoridad pionera y de referencia; pero no es menos cierto que hay pasajes en su biografía que son menos loables, algún episodio de su acceso a la cátedra de Madrid, la extraordinaria dureza de su crítica a la traducción de Casais Santaló de la obra Chiovenda o su absoluto desprecio por el Derecho Procesal español antiguo.

Para concluir, el autor nos deja una duda. La precipitada muerte de Beceña con apenas cuarenta tres años deja la incógnita de qué hubiera ocurrido sin ese fatal desenlace en el procesalismo patrio. Beceña con su escuela podría haber dominado las cátedras de la Universidad y ser considerado una autoridad indiscutible y absoluta en la doctrina procesal española; pero también podría, a la vista de su crítica personal, haber tenido que exiliarse. Nunca lo sabremos, pero de lo que no cabe duda es de que Francisco Beceña fue el propulsor del cambio que experimentó el paradigma del Derecho Procesal español y que la obra del Prof. Cachón es la más completa que se ha escrito hasta la fecha.

RECENSIÓN A LA OBRA «DERECHO CONSTITUCIONAL PROFUNDIZADO» DEL PROFESOR DIEGO A. DOLABJIAN, EDIAR, 2017

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo - Universidad de Oviedo

El razonable seguimiento de las normas⁽¹⁾

Permítaseme la heterodoxia de comenzar esta crónica por el final. Y es que no puedo resistirme a llamar ante todo la atención sobre el genial epílogo que, cual moraleja fabulista y tras casi quinientas páginas dedicadas a la profundización en el análisis del Derecho constitucional argentino actual, brinda Diego Dolabjian para, al cerrar su monografía, hacer encajar las piezas que hasta ese momento habían sido presentadas desde distintas perspectivas.

Pareciera que el joven profesor porteño se dirige particularmente en este epílogo al extranjero, para quien casi todo resulta chocante en Argentina, sus gentes y su derecho. Así, reescribe, en clave jurídica y con el ánimo lúdico que las cosas serias merecen, el magistral pasaje de Julio Cortázar sobre el grave dilema que para un escritor argentino supone encabezar una carta⁽²⁾; este torna por arte de birlibirloque en el problema del seguimiento de las normas, en términos de razonabilidad y legalidad, para un jurista platense anónimo, que genéricamente acabará argumentando que sigue por supuesto las normas... «en principio». El creativo entretenimiento no sólo genera una sonrisa en el lector, sino también empatía y agradecimiento, pues arroja una luz nueva, de contextualización casi mágica, que permite mejor comprender y asentar en su lugar todo lo leído con anterioridad.

Pero tras la aparente mística existe un gran trabajo técnico y metodológico, digno de uno de los últimos discípulos del reputado constitucionalista Germán J. Bidart Campos, que se maneja con una solidez envidiable en teoría del derecho, dogmática constitucional, derecho público comparado e historia constitucional, y que cuenta con una prosa cristalina. No es pues casualidad que, en el prólogo (y con esto retomo ya

(1) Diego A. Dolabjian (2017). *Derecho Constitucional Profundizado*. Buenos Aires: Ediar.

(2) «Grave problema argentino: Querido amigo, estimado, o el nombre a secas», de Julio Cortázar (1967). *La vuelta al mundo en ochenta mundos*. México: Siglo XXI.

el canon de la recensión), el profesor Raúl G. Ferreyra destaque el bagaje docente, abierto, plural, multidisciplinar y viajado del autor.

El libro se compone de ocho capítulos, que tienen su origen en investigaciones expuestas en seminarios o incluso publicadas con anterioridad, pero que han sido revisadas, actualizadas y sistematizadas para la ocasión. Frente a algunos estudios contextuales, sin duda de interés pero apegados a la actualidad de la realidad latinoamericana del momento, Dolabjian se adentra desde Argentina en problemas capitales sustantivos, atemporales e incluso globales, y no sólo para la disciplina constitucionalista, sino para el Derecho en su conjunto, que se presentan ordenados de lo general a lo particular.

El capítulo primero («Sobre el Derecho») es un encomiable esfuerzo por sistematizar las diferentes concepciones, tanto clásicas como contemporáneas, del Derecho. Contando con un abrumador soporte bibliográfico, el mayor valor de esta parte no está sin embargo en la revisión de las diferentes doctrinas, que se dan por conocidas, sino en la propuesta de un modelo analítico para representar las diversas posiciones ante el Derecho, a partir de lo que cada una considera como sus propiedades definitorias. El modelo tiene un planteamiento de pasmosa simplicidad, construyendo tres polos: axiológico, nomológico y sociológico, con todo un espectro de posiciones intermedias y de combinación, no exentas de paradojas. El autor ofrece así un mapa gráfico para guiar la exploración sobre el concepto de Derecho, sin pronunciarse por supuesto en términos valorativos. El pensamiento iusfilosófico extranjero es el utilizado como soporte principal para ilustrar las distintas posiciones en el modelo gráfico, lo que sin duda aumenta el interés comparado de la propuesta, pero no se renuncia al producto de proximidad. Y, así, en una suerte de apéndice, se trata también el estado de la Filosofía del Derecho en Argentina, ubicando en el modelo gráfico propuesto autores y doctrinas que muchos de nosotros sólo conocemos por los trabajos del ovetense Manuel Atienza⁽³⁾. Menciono expresamente aquí a la vetusta ciudad porque, aunque evidentemente esto puede ser una lectura sesgada muy personal, su academia se nota presente en muchas partes de la obra glosada; unas veces de forma más evidente que otras, como se verá.

Así, el método y la finalidad del capítulo segundo («Sobre el Derecho Constitucional»), y la brillantez del resultado final, han suscitado en quien escribe el eco de algunos capítulos de semejante planteamiento en la obra colectiva que conmemoró los cuatrocientos años de historia de la Facultad de Derecho de aquella Universidad⁽⁴⁾. Se trata, en ambos casos y salvadas las diferentes dimensiones temporales, de dedicar atención a la historia particular de una rama jurídica a partir de la presentación de la evolución que ha tenido en la Universidad elegida la materia en sí

(3) En sus obras de 1984: *La Filosofía del Derecho argentina actual*. Buenos Aires: Losada y 2009: Una nueva visita a la Filosofía del Derecho argentina. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 7, 14, 2009, 9-30.

(4) Santos M. Coronas, coord. (2010). *Historia de la Facultad de Derecho (1608-2008)*. Universidad de Oviedo.

misma y su dogmática, como asignatura docente y como disciplina científica. Quién y qué ha enseñado desde las cátedras universitarias no es sólo historia pasada, sino que ayuda a comprender el devenir y el sentido actual de la disciplina, además de explicar sinergias e influencias, académicas y de otros órdenes, no siempre visibles al margen de este tipo de estudios⁽⁵⁾. Dolabjian no escatima esfuerzos en lo que a las cátedras de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires se refiere, analizando cómo las distintas doctrinas que las han respaldado, desde su creación en 1955 hasta la actualidad, han afectado en cada momento a la forma de entender la disciplina como objeto y como método.

En el capítulo tercero («La fuerza normativa de la constitución») se narra la evolución de esta idea, nuclear en el Derecho Constitucional moderno, tanto en el contexto estadounidense y europeo, como latinoamericano y argentino. En el análisis de la evolución del constitucionalismo en los Estados Unidos y en Europa, desde la concreta óptica de la constitución como norma suprema jurisdiccionalmente garantizada, el autor sigue de cerca la doctrina española del Derecho público en sentido amplio⁽⁶⁾. Con ser esta parte necesaria y estar bien tratada, de mayor interés resulta el paso siguiente cuando, con alguna referencia al entorno latinoamericano, se acomete el estudio del fenómeno de la constitución normativa en Argentina. El repaso a la historia constitucional aquí es también sucinto, pero suficientemente ilustrativo. Se presta atención especial al reconocimiento formal y al impacto fáctico en cada momento, a las interpretaciones de la academia argentina y, sobre todo, al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema. En este sentido, insólito parece que, aunque el análisis concluye que desde la «recuperación democrática» (1983), y sobre todo desde la «constitución reformada» (1994), la vigencia global del sistema constitucional se mantiene, se afirme al mismo tiempo que la idea de la fuerza normativa de la constitución tiene «algún sentido», afrontando «dificultades» (pág. 158). Con perplejidad puede constatar que el estudio jurisprudencial así lo confirma, pues la Corte Suprema hoy sigue teniendo que pronunciarse expresa y recurrentemente sobre el carácter de norma suprema vinculante de la Constitución de la Nación; Dolabjian trae a colación pertinentes casos, todos fallados en este siglo, y no pocos de ellos de 2010 en adelante.

El capítulo cuarto («Hacia una teoría general de los derechos fundamentales») pretende sentar las bases y los puntos de partida de una teoría general de los derechos fundamentales acorde con la Constitución argentina de 1994. Y lo hace con confesa inspiración en la obra que desde la Universidad asturiana se dedicara al maestro Ignacio de Otto en el 25.º aniversario de la Carta Magna española⁽⁷⁾, con la que el

(5) Leopoldo Tolivar Alas (2017). Juan Santiago Portero: el maestro ignoto de Posada. Disponible en: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs2/Juan%20Santiago%20Portero%20maestro%20de%20Posada2.pdf>.

(6) Con cita, entre otros, de Eduardo García de Enterría (1983). *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas.

(7) Bastida Freijedo, Francisco *et al.* (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1994*, Madrid: Tecnos.

autor se familiarizó en el marco de una estancia de investigación bajo la dirección del profesor Benito Aláez, en 2012. El esfuerzo es profético en su tierra, pues según relata Dolabjian, aunque en los últimos tiempos parece apuntarse una creciente preocupación en la doctrina argentina por el análisis de los derechos fundamentales, aún no se ha avanzado en la construcción de un marco teórico general y, por ejemplo, «hoy resulta excepcional encontrar una profundización sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales para el Derecho Administrativo, que resulte acorde con su valor normativo» (pág. 210). Se denuncia así uno de los retos para el Estado de Derecho argentino, siguiendo a Schmidt-Assmann: conseguir que el Derecho Administrativo se impregne del referente constante de los derechos fundamentales, tanto en la parte general como especial. El capítulo no renuncia a entrar en la polémica de la evolución del derecho subjetivo, los derechos sociales, los de incidencia colectiva, el poder de policía o el más reciente debate sobre el derecho animal.

El capítulo quinto («75:22/Modelo para armar») continúa adentrándose en la peculiar idiosincrasia jurídica argentina. Su objeto es el contenido y alcance del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, que formalmente parece indubitado: confiere jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos, en lo que supone un nuevo paradigma del Derecho Constitucional argentino. Sin embargo, tal y como nos muestra Dolabjian, en la práctica tal previsión no funciona siempre como regla de reconocimiento constitucional, lo que en buena lógica ha sido valorado por la mejor doctrina como «desafortunado», «problemático», «ambiguo», «defectuoso», «complicado», «complejo» o «difuso». Ciertamente, estos adjetivos y algunos más vendrán a la cabeza de quien no esté familiarizado con la dogmática constitucional de Argentina, que hubiera pensado tras su lectura que el inciso en cuestión no revestía particular importancia. El mérito del autor aquí es no quedarse en la denuncia, sino presentar y explicar las distintas interpretaciones que ha recibido el pasaje constitucional para conducir a esta realidad, tanto en la academia como en la práctica judicial. Pero el ánimo no es meramente descriptivo, Dolabjian termina ofreciendo una propuesta propia de reconstrucción, centrada en las disposiciones positivas de la propia Constitución y la teoría de los derechos fundamentales ensayada en el capítulo precedente. El propósito directo es provocar: busca agitar, desde el Derecho Constitucional, las interpretaciones más comunes sobre el tema. Sin embargo, el texto presenta distintos niveles de lectura, ofreciendo al lector extranjero los instrumentos, si no para comprender en su plenitud el fenómeno más arriba ricamente calificado, sí al menos para ubicarlo.

Siguiendo con los derechos fundamentales, el capítulo sexto («Derechos y decisiones en la Corte Suprema») plantea explorar la jurisprudencia en materia constitucional desde la concreta perspectiva de la ponderación entre reglas y principios, y los parámetros de caracterización de las sentencias. La conclusión –a estas alturas ya no resulta sorprendente– es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha seguido una línea nítida, ni aportado definiciones claras. Ello lleva al autor a plantearse los modelos teóricos que serían más adecuados en los espectros entre el formalismo y el antiformalismo. Dolabjian se inclina por el positivismo. Es el capítulo más breve

del libro, pero el que más transmite sobre su pensamiento, y abre definitivamente la obra al abordaje de modelos para la jurisdicción constitucional.

El capítulo séptimo («Sobre la justificación de las decisiones constitucionales») analiza la cuestión de la arbitrariedad judicial, tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Dolabjian desmenuza la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema para evidenciar distintos focos de arbitrariedad y elabora un decálogo propio sobre las decisiones judiciales *fundadas* como parámetro de los actos jurisdiccionales válidos. Entre ellos merece la pena destacar la diferencia entre la justificación interna y externa; el ámbito de los razonamientos deductivos y valorativos de la decisión; el rol de los argumentos empíricos, lingüísticos, técnicos y pragmáticos, o el perímetro de la discrecionalidad.

Finalmente, en el capítulo octavo («El caso T.»), la comparación entre un caso resuelto en 2008 en Argentina y otro ficticio, descrito en Estados Unidos en 1949⁽⁸⁾, sirve como excusa para reflexionar sobre la forma de adopción de las decisiones cuando los miembros del tribunal sostienen votos distintos, al tiempo que confirma que la realidad supera a la ficción. Más allá del interesante juego de diferencias y semejanzas, se delata la imposibilidad de llegar a acuerdos significativos en la interpretación del Derecho, incluso entre los más altos magistrados, lo que conduce a recurrir a acuerdos de compromiso para exiguas mayorías. Ciertamente es que los casos presentados son particularísimos (homicidios cometidos en situaciones de suma excepcionalidad, por personas en completo desamparo), pero también lo es que están implicados principios, derechos y garantías fundamentales de la Constitución.

En suma, este *Derecho Constitucional Profundizado* se presenta como un perfecto oxímoron que, al tiempo que avanza en retos pendientes para la disciplina en Argentina, sirve también para quien se quiera aproximar a ella. Una excelente guía de viaje al Derecho Constitucional argentino, que ofrece complemento y contrapunto perfecto a los mapas cartográficos, que siguen siendo por supuesto los manuales de referencia, clásicos y actuales.

(8) Lon L. Fuller (1993). *El caso de los exploradores de cavernas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Diálogos jurídicos

RESEÑA DE ACTIVIDADES CIENTÍFICAS

Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Los días 1 y 2 de octubre se celebraron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo las XVII Jornadas de Seguridad y Defensa, dirigidas por los Profesores Paz Andrés Sáenz de Santa María y Javier González Vega. El objeto principal de las Jornadas fue analizar y valorar los diferentes desafíos a los que España deberá hacer frente desde la perspectiva de su Estrategia Nacional de Defensa. Para ello se contó con la participación de miembros del Instituto Español de Estudios Estratégicos, profesores universitarios y otros expertos en la materia, cuyas intervenciones permitieron abordar desde una perspectiva pluridisciplinar el tema estudiado.

Derecho Penal

Entre los días 10 y 14 de septiembre se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo el Congreso Nacional de Penología, dirigido por el Prof. Luis Roca de Agapito y coordinado por las Profas. María Marta González Tascón, Sonia Victoria Villa Sieiro y Cristina Isabel López López.

A lo largo de 34 ponencias, a cargo de prestigiosos representantes del ámbito académico, judicial, penitenciario y policial, se examinaron los problemas más importantes a los que se enfrenta actualmente la política penológica en nuestro país, como, por ejemplo, la prisión permanente revisable, los retos de la prisión de cara al siglo XXI, las medidas de seguridad para delincuentes peligrosos, la vigilancia electrónica, el decomiso, las penas para casos de corrupción, el papel de las víctimas en el sistema penal o las propuestas de resolución alternativa de conflictos.

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

El 23 de marzo de 2018 se celebró en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho una jornada sobre «La contratación laboral en el sector público: nuevos puntos críticos», organizada por el Área de Derecho del Trabajo y la Consejería de Empleo e Industria del Gobierno del Principado de Asturias. La primera ponencia, «Problemas laborales derivados de cambios en la forma de gestión de servicios públicos: una perspectiva administrativista con especial atención a la nueva Ley de Contratos del Sector Público», estuvo a cargo de la Prof. Eva Menéndez Sebastián (Catedrática Acreditada de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo). La segunda ponencia, «Última jurisprudencia sobre el personal laboral de las Administraciones Públicas: en especial sobre interinos e indefinidos no fijos», fue ofrecida por el Magistrado Don Ángel A. Blasco Pellicer (Magistrado del Tribunal Supremo, y Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia).

El 26 de Octubre de 2018 se celebró, en el Hotel Reconquista, una jornada sobre «Nuevas tecnologías y protección de datos personales en las relaciones de trabajo», organizada por el Área de Derecho del Trabajo y la Consejería de Empleo e Industria del Gobierno del Principado de Asturias, y dirigida principalmente a los estudiantes de las Facultades de Derecho y de Economía y Empresa, si bien acudieron asimismo miembros de la judicatura, profesionales ejercientes y personas con responsabilidades en instituciones tales como el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo. El Prof. Joaquín García Murcia, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, realizó una aproximación general al tema de la jornada con su conferencia de apertura, bajo el título «Nuevas fronteras para el Derecho del Trabajo». En la segunda ponencia, la Prof. María Antonia Castro Argüelles, Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Oviedo, abordó «La protección de datos personales en la relación de trabajo», especialmente a la luz del Reglamento de la Unión Europea en la materia y del Proyecto de ley de protección de datos en tramitación parlamentaria. Finalmente, Diego Álvarez Alonso, Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo, ofreció una ponencia sobre «Plataformas digitales y relación de trabajo», analizando los retos emergentes que para el ordenamiento laboral se derivan de la digitalización y *uberización* de la economía y el trabajo.

Por otra parte, el 24 de octubre de 2018, a las 12.30 h., se celebró en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho una charla-coloquio con el título «Empresas multinacionales, cadenas mundiales de suministro y derechos humanos: ¿Hacia una regulación internacional vinculante?». Participaron como ponentes los profesores Javier González Vega (Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Oviedo) y Adoración Guamán Hernández (Profesora Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia), con una intervención previa de José Manuel Zapico (Secretario General del sindicato CCOO en Asturias), y ejerciendo como presentador-moderador Diego Álvarez Alonso (Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo).

Filosofía del Derecho

El 15 de marzo de 2018, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, se celebró un homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez, magistrado emérito del Tribunal Supremo. En la presentación intervinieron el decano de la Facultad, José María Roca, y el catedrático de Filosofía del Derecho, Benjamín Rivaya. El homenaje consistió en dos sesiones. La primera se tituló «La práctica (jurisdiccional) de Perfecto Andrés», y contó con las intervenciones de Luis Carlos Albo, vicedecano del Colegio de Abogados de Oviedo; Ramón Sáez Valcárcel, magistrado de la Audiencia Nacional; Alberto Jorge Barreiro, magistrado del Tribunal Supremo; y María Escanciano García-Miranda, abogada. La segunda sesión llevó por título «La teoría (jurídica) de Perfecto Andrés», con Luis Martínez Roldán, catedrático emérito de la Universidad de Oviedo; y con los también catedráticos Manuel Atienza (Universidad de Alicante); Juan Antonio García Amado (Universidad de León) y José Manuel Paredes Castañón (Universidad de Oviedo). El homenaje lo organizó el área de Filosofía del Derecho (Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas de la Universidad de Oviedo), el grupo de investigación FILARju, la Facultad de Derecho, el Colegio de Abogados de Oviedo y el Colegio de Procuradores de Oviedo.

El 28 de noviembre de 2018, el profesor Vincenzo Ferrari impartió en la Facultad de Derecho la conferencia titulada «Derecho y Sociología. Teoría y Método». El conferenciante fue presentado por Benjamín Rivaya, catedrático de Filosofía del Derecho. El acto fue organizado por el área de Filosofía del Derecho y el grupo de investigación FILARju.

Historia del Derecho

El día 20 de abril de 2018 se llevó a cabo la presentación del libro «Oligarquías urbanas, gobierno y gestión municipal en la España cantábrica durante la edad moderna» (KRK, Oviedo, 2017), editado por María Ángeles Faya Díaz, Lidia Anes Fernández y Marta Friera Álvarez. El acto se celebró en el Club de Prensa Asturiana y contó con la intervención de Roberto Sánchez Ramos, concejal de cultura del Ayuntamiento de Oviedo, Isabel Ruiz de la Peña, Directora de Difusión de la Investigación de la Universidad de Oviedo y Manuel Estrada Sánchez, profesor Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Cantabria, que impartió una conferencia sobre el tema de referencia.

Máster en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables (Clínica Jurídica)

El Máster en protección jurídica de las personas y los grupos vulnerables es ya una titulación de postgrado dependiente de la Facultad de Derecho; con este motivo, y agradeciendo la acogida brindada por la Revista Diálogos Jurídicos y, en particular, por su coordinadora, la profesora Eva Menéndez Sebastián, ofrecemos aquí un resumen de las actividades llevadas a cabo por la Clínica del Máster durante el curso 2017-2018, período en el que cumplió su tercer año de funcionamiento como herramienta docente de información y sensibilización en materia de derechos de las personas y los grupos vulnerables. Nuestra Clínica está plenamente integrada en la Red española de clínicas jurídicas y, en tal condición, viene participando en los encuentros anuales de la misma, el último en el pasado mes de octubre en Salamanca.

Durante el curso pasado organizamos actividades de formación y sensibilización en materia de derechos de las personas y los grupos vulnerables en colaboración con dos institutos asturianos: el IES Fernández Vallín, de Gijón, y el IES Alfonso II, de Oviedo, y contamos con la participación de 7 estudiantes. Las sesiones versaron sobre violencia de género y pobreza y exclusión social (IES Fernández Vallín) y sobre extranjería e inmigración (IES Alfonso II) y fueron coordinadas por los profesores Miguel Presno, Ángel Espiniella, María Valvidares, Diego Álvarez, Beatriz Vázquez y Pilar Concellón.

Además, y también dentro de la Clínica, hemos empezado a realizar informes de carácter técnico para organizaciones no gubernamentales que trabajan en actividades vinculadas a las personas y los grupos vulnerables; el primero fue elaborado por el profesor Miguel Presno para Acción en Red Asturias. sobre posibles acciones en relación con la situación de las personas demandantes de asilo y refugio.

En el marco de la Clínica y en colaboración con diversas entidades hemos desarrollado diversas actividades extracurriculares de formación y sensibilización:

A). El 18 de septiembre de 2017 se inauguró el Máster con la conferencia, organizada en colaboración con la Facultad de Derecho, «Accesibilidad universal y derechos fundamentales», impartida por el doctor Javier Miranda Erro, abogado y experto en accesibilidad y discapacidad.

B). El 6 de octubre, en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, organizamos la mesa redonda «¿Está Juana en mi casa? Sustracción de menores y violencia de género» en la que intervinieron la profesora Pilar Jiménez Blanco, el magistrado Julio Juan Martínez Zahonero y la abogada Elena Ocejo, siendo la profesora María Valvidares la moderadora.

C). El 21 de noviembre desarrollamos, impartido por la ONG Asociación para la Prevención, Reinserción y Atención a la Mujer Prostituida (APRAMP), un taller sobre trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

D). El 30 de noviembre de 2017 presentamos el Informe de Save the Children sobre abusos sexuales a menores titulado «Ojos que no quieren ver» con la intervención de Carmela del Moral (analista jurídica de Save The Children), María Martín, diputada de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo y el profesor y docente del Máster Benito Aláez.

E). El 15 de diciembre la profesora María Valvidares participó, en representación de la Clínica del Máster, en el 6 Encuentro de las Clínicas Jurídicas de las Universidades Españolas celebrado en la Universidad de Alcalá de Henares.

F). El 15 de enero de 2018 llevamos a cabo una sesión formativa a cargo de Mayca G. Collado, del equipo técnico de la entidad Plena Inclusión Asturias, que trabaja en el ámbito de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo y sus familias: «El acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual. Programa de inclusión social».

G). El 20 de febrero los profesores Miguel Presno y María Valvidares participaron en la V Jornada universitaria sobre los derechos de la infancia dirigida por el profesor Benito Aláez y promovida por Unicef y el Observatorio de la Infancia de Asturias.

H). El 27 de febrero el profesor Miguel Presno participó, explicando la experiencia de la Clínica del Máster en los institutos asturianos, en las «Jornadas sobre inclusión educativa y competencias para el siglo XXI» organizadas en Gijón por la Universidad de Oviedo, la Consejería de Educación del Principado de Asturias y la Fundación Santillana.

I). Los días 17 y 18 de abril, promovidas por la Clínica del Máster y con la colaboración del Decanato de la Facultad de Derecho, se desarrollaron, dirigidas por las profesoras Leonor Suárez y María Valvidares, las Jornadas «Prostitución, derechos y vulnerabilidad: ¿regular? ¿evitar? ¿prohibir?».

J). El 5 de mayo Miguel Presno participó, en representación de la Clínica del Máster, en la Jornada Acoger Ye Natural celebrada en Gijón y organizada por Acción en Red Asturias. Previamente (el 8 de marzo) se había remitido a esa ONG el ya citado informe sobre posibles acciones en relación con la situación de las personas demandantes de asilo y refugio.

Puede recibirse información de todas las actividades de la Clínica a través de su página web <http://presnolinera.wixsite.com/clinica-juridica>, de la página de la Clínica en Facebook (www.facebook.com/Clínica-Máster-protección-jurídica-de-personas-y-grupos-vulnerables) y de la cuenta en Twitter: <https://twitter.com/MasterGrVulnera>

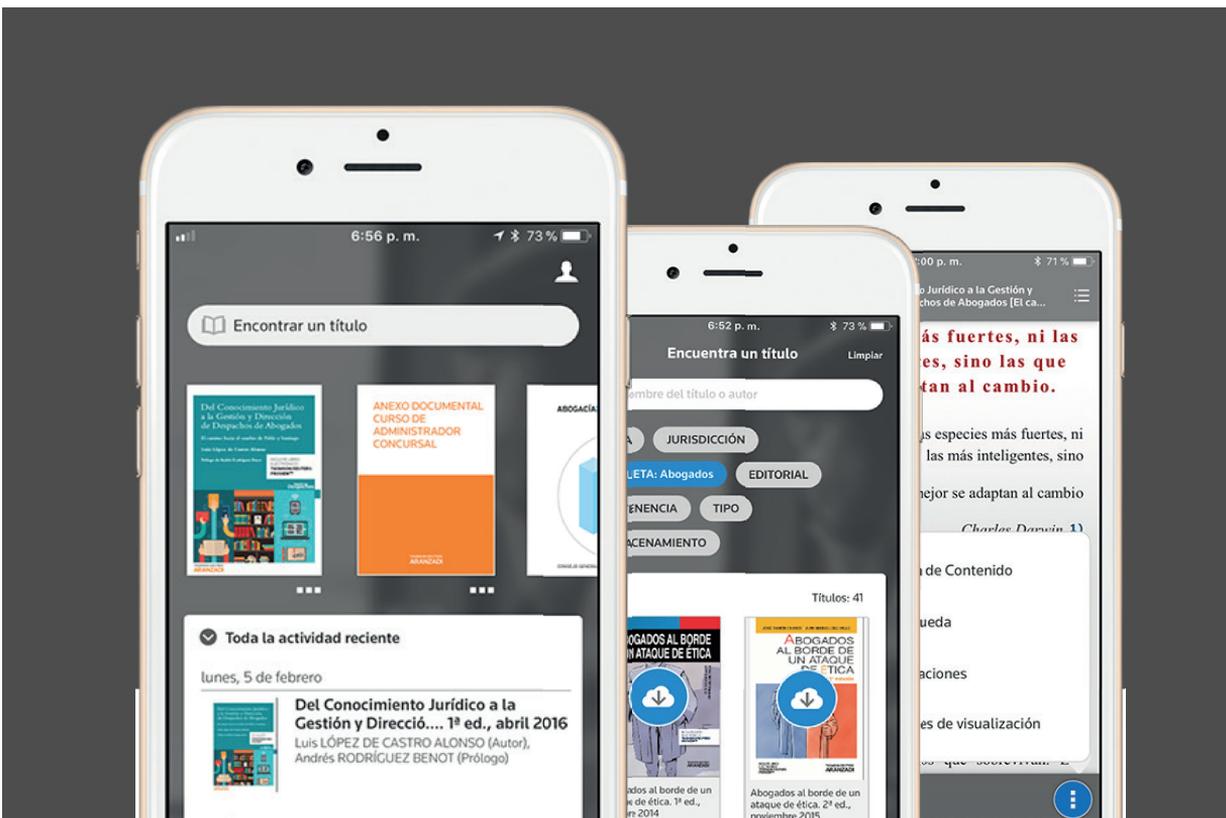
Thomson Reuters Proview

Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

DESCÁRGATELO Y APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.



ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS
DESDE IPHONE, IPAD, ANDROID Y
DESDE EL NAVEGADOR DE INTERNET



the answer company™
THOMSON REUTERS®

FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



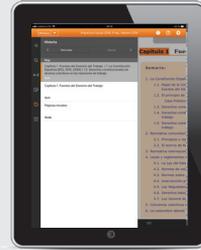
SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS

Haces anotaciones y escojes los colores para organizar tus notas y subrayados.



USAS 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

Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.



ORDENAR

Ordena tu 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

Escoge la apariencia de tus 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

Crea 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

Busca en todos tus libros y obtén 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

Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



SUMARIO NAVEGABLE

Sumario con accesos directos al contenido

INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si has recibido previamente un correo electrónico con el asunto **“Proview – Confirmación de Acceso”**, para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberás seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado cliente,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a <http://onepass.aranzadi.es>

Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulsa enviar.

Si se ha registrado anteriormente en **“One Pass” (**)**, en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas la contraseña que usa para acceder a la aplicación **Thomson Reuters ProView™**. Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.

Si es la primera vez que te registras en **“One Pass” (**)**, deberás cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **“Nombre de usuario”** y **“Contraseña”** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.

Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™**:

- **iPhone e iPad:** Accede a AppStore y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Android:** accede a Google Play y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Navegador:** accede a www.proview.thomsonreuters.com

Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo en la siguiente dirección www.thomsonreuters.es y una vez allí en el apartado del **Centro de Atención al Cliente** selecciona la opción de **Acceso** a Soporte para no Suscriptores (compra de Publicaciones).

(*) Si ya te has registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberás introducir el mismo correo electrónico que utilizaste la primera vez.

(**) **One Pass:** Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.

