





DIÁLOGOS JURÍDICOS  
2020



JOSÉ M<sup>a</sup> ROCA MARTÍNEZ

**Director**

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

**Subdirectora-Coordinadora**

# **DIÁLOGOS JURÍDICOS**

## **2020**

Anuario de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Oviedo

**THOMSON REUTERS**  
**ARANZADI**

Primera edición, febrero 2020



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](http://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

© 2020 [Thomson Reuters (Legal) Limited / José María Roca Martínez (Dir.) y Paz 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. PAZ  
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

VALORACIÓN DEL RIESGO Y DISCRECIONALIDAD INFORMADA DEL JUEZ: A PROPÓSITO DEL EVIDENCE-BASED SENTENCING Y EL SIGNIFICADO DEL ERROR DE PREDICCIÓN .....	21
<i>Dyango Bonsignore Fouquet</i>	
LA FALTA DE CAUSA Y OTRAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN EL CON- TRATO DE ALIMENTOS .....	37
<i>Carmen Florit Fernández</i>	
DE LA EXPECTACIÓN CONSTITUCIONAL A LA EUFORIA SUPRANACIONAL: 1978–2018 .....	55
<i>Eloy Miguel Gayán Rodríguez</i>	
LA DESVIACIÓN DE PODER EN LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE GA- RANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO .....	83
<i>David Otero López</i>	
LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD EN LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS .....	107
<i>Carlos Valbuena Gómez</i>	

### CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

LAS PERPLEJIDADES Y CONTRADICCIONES DE LA DOCTRINA CONSTITU- CIONAL SOBRE EL TÍTULO COMPETENCIAL RELATIVO A LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES BÁSICAS QUE GARANTICEN LA IGUALDAD DE TO- DOS LOS ESPAÑOLES .....	137
<i>Andrés Betancor Rodríguez</i>	

## TRABAJOS ACADÉMICOS

ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN: HOMOLOGACIÓN JUDICIAL, IMPUGNACIÓN E INCUMPLIMIENTO .....	155
<i>Froilán Giganto Rodríguez</i>	
LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE .....	171
<i>Lucía Guerra Díaz</i>	
EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA GOBERNANZA ECONÓMICA EN LA UNIÓN EUROPEA LA INDEPENDENCIA DEL BCE Y SU MARGEN DE APRECIACIÓN .....	187
<i>Pablo de Miguel Palacio</i>	
LA DESNATURALIZACIÓN DEL DECRETO-LEY: UN SALVOCONDUCTO DEL GOBIERNO ANTE SU DEBILIDAD PARLAMENTARIA .....	205
<i>Guillermo Piquero Jiménez</i>	
LAS SUBVENCIONES EN EL ÁMBITO LOCAL .....	229
<i>Aida Valledor Hormazabal</i>	

## DIÁLOGOS JURÍDICOS Y ENTREVISTAS

EL FUTURO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN SOCIAL (DIÁLOGO GUIADO POR PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN) .....	247
<i>Joaquín García Murcia y Jesús R. Mercader Uguina</i>	
ENTREVISTA A AURELIO DESDENTADO BONETE .....	257
<i>Paz Menéndez Sebastián</i>	
ENTREVISTA A MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ .....	273
<i>Benjamín Rivaya García</i>	

## MISCELÁNEA

RECENSIÓN DE LA OBRA DE ELÍAS DÍAZ, AUTOBIOGRAFÍA EN FRAGMENTOS. CONVERSACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA CON BENJAMÍN RIVAYA MADRID, EDITORIAL TROTTA, 2018 .....	297
<i>Rafael Antuña Egocheaga</i>	

RECENSIÓN DE LA OBRA DE LAURA PASCUAL MATELLÁN, «PEDRO DO- RADO MONTERO. VIDA Y OBRA DE UN PENSADOR HETERODOXO», SALA- MANCA, UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, 2019 .....	301
<i>Benjamín Rivaya García</i>	

VULNERABILIDAD Y CUIDADO EN LA PERSPECTIVA DEL ESTADO CONSTI- TUCIONAL DE DERECHO .....	305
<i>Lucia Re</i>	

## RESEÑA DE ACTIVIDADES CIENTÍFICAS

I. <i>Publicaciones interdisciplinarias de la Facultad de Derecho</i> .....	325
II. <i>Actividades académicas organizadas por las distintas áreas de la Facultad de Derecho</i> .....	325
<i>Derecho Administrativo</i> .....	325
<i>Derecho Civil</i> .....	327
<i>Derecho Constitucional</i> .....	327
<i>Derecho Financiero</i> .....	330
<i>Derecho Internacional Privado</i> .....	330
<i>Derecho Penal</i> .....	331
<i>Derecho Procesal</i> .....	331
<i>Derecho Romano</i> .....	331
<i>Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</i> .....	332

*Thomson Reuters ProView. Guía de uso*



## PRESENTACIÓN

*Diálogos jurídicos* ha sido siempre, como su propio nombre indica, una revista orientada a favorecer el intercambio de opiniones sobre cuestiones que interesan al conjunto de la comunidad científico-jurídica. Ese propósito ha motivado también, como es lógico, la conformación de los contenidos que integran el número que con estas líneas se presenta, en el que se tratan temas de actualidad e innegable relevancia para el entorno jurídico.

A este designio común a todos nuestros números se añade, en este quinto ejemplar, la venturosa circunstancia de que, a la fecha de inicio de su preparación, diciembre de 2018, acababa de cumplirse el cuadragésimo aniversario de la promulgación de nuestra Carta Magna. Tan señalada onomástica ha influido, como podrá constatar el lector, en la elección de algunos de los temas tratados en las diversas aportaciones doctrinales y en el enfoque dado al Diálogo jurídico que en este número se ofrece. A nadie se le escapa que esta efeméride brida una valiosa excusa para hacer balance del devenir histórico de algunos de los principios y derechos esperanzadoramente consagrados en el texto de 1978, y que, a día de hoy, en la madurez propia del paso del tiempo, se encuentran en una compleja encrucijada de supervivencia, que probablemente exija en los años venideros un notable replanteamiento de su configuración jurídica, de sus contornos o de su concomitancia con la acción de algunos organismos supranacionales. Quien se asome a la lectura de este volumen hallará sugestivas reflexiones sobre el presente y el potencial futuro de algunas de las instituciones claves de nuestro Estado social y democrático de Derecho.

Con todo, el presente número se estructura en cinco grandes bloques temáticos, a saber: estudios, crónicas de jurisprudencia, trabajos académicos, entrevistas y diálogos y, por último, miscelánea, englobando esta última sección varias reseñas bibliográficas, la traducción de estudio de una autora italiana y la reseña de actividades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo y de las distintas áreas que la componen.

Comenzando por el principio, la primera sección, consagrada a los artículos doctrinales, ofrece un total de cinco trabajos que, por estricto orden alfabético, inaugura el elaborado por Dyango Bonsignore Fouquet, profesor de la Universidad de Alicante, sobre la “Valoración del riesgo y discrecionalidad informada del juez: a propósito del evidence-basedsentencing y el significado del error de predicción”, en el que se somete a examen el debate generado en Estados Unidos en torno al *evidence-based sentencing*. Al efecto, se analiza la propuesta de introducir

las valoraciones de riesgo como criterio de uso judicial en la imposición de la pena, reflexionando sobre el significado del error de predicción en la administración de justicia.

En segundo lugar, Carmen Florit Fernández, Profesora del Departamento de Ciencias Jurídicas y políticas de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación de la Universidad Europea de Madrid, se ocupa de “La falta de causa y otras cuestiones controvertidas en el contrato de alimentos”, introducido en nuestro ordenamiento en el año 2003 mediante la Ley de protección patrimonial de personas con discapacidad. Con este contrato se pretende reglar uno de los mecanismos de protección de estas personas, desde la perspectiva estrictamente patrimonial. Ahora bien, se trata de un negocio plagado de cuestiones controvertidas, ocupándose del análisis de algunas de ellas este ensayo doctrinal, que afronta la compleja tarea de dar a conocer este particular acuerdo y sacar a la luz algunos de sus contenidos más polémicos.

A continuación, de la mano de Eloy Miguel Gayán Rodríguez, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidade da Coruña, llega el trabajo titulado “De la expectación constitucional a la euforia supranacional: 1978-2018”, que se enmarca, junto con la crónica jurisprudencial, en los estudios de conmemoración de los cuarenta años de la Constitución Española a los que al comienzo de esta presentación se hacía referencia. El trabajo ofrece un sugerente relato sobre los pioneros del Derecho internacional privado que culminaron con éxito su adaptación a los principios constitucionales del 78, tras recorrer un camino repleto de luces y sombras, de sobresaltos normativos, de interpretaciones críticas, para, finalmente, consolidar su disciplina. Este interesante recorrido por la historia reciente de esta rama del Derecho sirve para iluminar los retos a los que se enfrenta hoy como consecuencia de la intensa acción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de la repercusión que sus decisiones tienen en los distintos ordenamientos nacionales. Sin ningún género de dudas, la coyuntura presente, de penetrante interacción de normas y decisiones procedentes de instituciones supraestatales, no estaba presente en la inaugural conformación de nuestra Carta Magna, y hacer frente a ella no es, ni mucho menos, tarea sencilla, como brillantemente muestra este estudio.

El cuarto artículo, por David Otero López, Abogado, se consagra al estudio de “La desviación de poder en los procedimientos especiales de garantía de la unidad de mercado”. En este trabajo se propone un análisis del instrumento de control de la actuación administrativa conocido como desviación de poder, dentro del marco de los procedimientos especiales, administrativo y judicial, de protección y garantía de la Unidad de Mercado, recogidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), y en la LJCA. A tal fin, el autor lleva a cabo, en primer lugar, una aproximación a la desviación de poder desde el prisma de ciertos principios formulados en la propia LGUM, para después exponer la configuración específica y particular que la normativa en cuestión hace de este instrumento de control.

Por último, esta sección se cierra con un trabajo de Carlos Valbuena Gómez, Abogado, sobre “La determinación de la edad en los menores extranjeros no acompañados”, en el que se aborda la compleja problemática de cómo fijar la edad de estos menores que llegan a nuestro territorio, siendo esta circunstancia la que determina la normativa aplicable a cada uno de ellos. El estudio ofrece además de un análisis de los conceptos elementos a tomar en consideración para la adecuada comprensión de esta compleja temática, un recorrido por el procedimiento administrativo que se sigue para la determinación de la edad del menor y los mecanismos implementados a su finalización. Las escalofriantes cifras que, cada cierto tiempo, se dan a conocer sobre el número de menores de distintas nacionales que entran en territorio nacional sirven, sin duda, para dar fe de la trascendencia práctica de la cuestión que se somete a estudio en este ensayo.

A la sección de estudios doctrinales sigue la crónica jurisprudencial, que en esta ocasión corre a cargo de Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Pompeu Fabra, que nos propone un estudio sobre “Las perplejidades y contradicciones de la doctrina constitucional sobre el título competencial relativo a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles”, en el que analiza la jurisprudencia constitucional, no siempre constante y coherente, sobre el alcance del 149.1.1.º CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Este indispensable balance jurisprudencial brinda la oportunidad de comprobar lo comprometida que puede ser la construcción del andamiaje jurídico de uno de los pilares básicos de nuestro sistema de Derecho.

El tercer bloque temático de este ejemplar viene constituido, como en sus precedentes, por una adaptación de los trabajos fin de grado y de master más sobresalientes de cuantos se han defendido en el presente curso, previa evaluación por expertos de cada disciplina. Estos estudios constituirán, sin duda, un primer paso en la andadura profesional de estos brillantes alumnos, quizá alguno dedicado en el futuro a la investigación jurídica. En concreto, se trata de los siguientes trabajos: “Acuerdos de Refinanciación: Homologación judicial, impugnación e incumplimiento” de Froilán Giganto, «La pena de prisión permanente revisable» de Lucía Guerra Díaz, «El control jurisdiccional de la gobernanza económica en la Unión Europea» de Pablo de Miguel Palacio, “La desnaturalización del Decreto-Ley: El Gobierno como Legislador» de Guillermo Piquero, y «Las subvenciones en el ámbito local» de Aida Valledor Hormazabal.

La cuarta sección del presente número se integra, en primer término, por un sugerente diálogo jurídico sobre el futuro de nuestro sistema de protección social, entre Joaquín García Murcia (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid) y Jesús R. Mercader Uguina (Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid). Esta indispensable aportación de dos maestros indiscutibles de la disciplina laboral se incardina, también, en el propósito de quien suscribe esta presentación y

direcciona este diálogo, de hacer arqueos del estado de salud de nuestro modelo de Seguridad Social, cuarenta años después de su proclamación en la Constitución. El Estado de bienestar, con un sistema público de protección social tan intenso y extenso como el nuestro, pasa hoy por un proceso de incertidumbre absoluta sobre su futuro, respecto del que con increíble magisterio reflexionan estos dos ilustres Catedráticos de Derecho del Trabajo. Desde la abultada experiencia de sus dos dilatadas carreras ofrecen al lector un análisis profundo y reflexivo, sin estridencias catastrofistas, sobre el destino de nuestro sistema de Seguridad Social.

A este ineludible diálogo se suman, en esta sección, dos entrevistas a grandes hombres del Derecho, el que fuera durante décadas Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, Aurelio Desdentado Bonete, y Manuel Atienza, uno de los grandes pensadores de la Filosofía del Derecho de nuestro país. La primera, que he tenido la fortuna de realizar personalmente, ofrece la magistral visión del mercado laboral español, dejando al descubierto sus debilidades, y del sistema público de pensiones, de este infatigable prohombre, faro y referencia para todos aquellos de nos hemos dedicado al análisis teórico y práctico del Derecho Social. Su magisterio queda plasmado, de nuevo, en sus sagaces respuestas y en su perspicaz percepción del pasado, presente y futuro de estos dos pilares del Derecho del Trabajo.

La entrevista a Manuel Atienza, realizada por Benjamín Rivaya, parte de los datos biográficos de quien es uno de los mayores filósofos del Derecho del presente, que estudió en Oviedo la licenciatura y aquí inició su carrera académica, para presentar luego su pensamiento, en línea con el paradigma constitucional, conforme a la teoría de la argumentación que el mismo ha desarrollado.

La última sección de este ejemplar, como su nombre indica, es una miscelánea que suma dos reseñas, la de Rafael Antuña Egocheaga, Abogado del Ilustre Colegio de Gijón, del libro de Elías Díaz, *Autobiografía en fragmentos. Conversación jurídico-política con Benjamín Rivaya* y la de Benjamín Rivaya, de la obra de Laura Pascual Matellán, *Pedro Dorado Montero. Vida y obra de un pensador heterodoxo*.

En segundo lugar, se incorpora a esta sección, una traducción del artículo “Vulnerabilidad y cuidado en la perspectiva del Estado constitucional de derecho”, de Lucía Re (Profesora Titular de Filosofía del derecho de la Universidad de Florencia), elaborada por Roger Campione, Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo. Este tipo de aportaciones, que esperamos se consolide, brinda la oportunidad de conocer otras regulaciones y pensamientos, que pese a sernos próximos en el espacio y en el tiempo, con frecuencia no conocemos como convendría.

Por último, como en ocasiones anteriores, el presente ejemplar, concluye con una recopilación de algunas de las actividades académicas, en forma de jornadas y seminarios, organizadas por nuestra Facultad y por las distintas áreas que la forman.

Como no podía ser de otro modo, esta presentación ha de finalizar con unas palabras de agradecimiento, en primer término, a mi predecesora en la tarea de



coordinación y subdirección de la revista, Eva María Menéndez Sebastián, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo, cuya minuciosidad y esmero ha facilitado en grado sumo la labor de quien coordina el presente número. Facilitación que se incrementa exponencialmente con la constante disposición y generosa ayuda de Marcos Loredó. Componer el número cinco de nuestra revista ha sido una aventura plagada de encantadores aprendizajes, que sin duda debo agradecer a nuestro decano, José María Roca Martínez, que en su día me encomendó esta ilusionante misión.

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

*Subdirectora y Coordinadora de número*

*Universidad de Oviedo*



# Diálogos jurídicos

---

**ARTÍCULOS**

---



# VALORACIÓN DEL RIESGO Y DISCRECIONALIDAD INFORMADA DEL JUEZ: A PROPÓSITO DEL EVIDENCE- BASED SENTENCING Y EL SIGNIFICADO DEL ERROR DE PREDICCIÓN

## RISK ASSESSMENT AND INFORMED JUDICIAL DISCRETION: ON EVIDENCE-BASED SENTENCING AND PREDICTION ERROR

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

*Universidad de Alicante*

---

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. «EVIDENCE-BASED SENTENCING». CONTEXTO
- III. «EVIDENCE-BASED SENTENCING». PLANTEAMIENTO
- IV. INSTRUMENTOS DE VALORACIÓN DEL RIESGO. ERRORES DE PREDICCIÓN, FALSOS POSITIVOS E INEXORABILIDAD DEL ERROR
- V. EL «EVIDENCE-BASED SENTENCING» Y LA PRÁCTICA JUDICIAL
- VI. EL ERROR COMO SISTEMA
- VII. CONCLUSIONES
- VIII. BIBLIOGRAFÍA

**Resumen:** El presente trabajo examina el debate generado en Estados Unidos en torno al *evidence-based sentencing*. Se considera la propuesta de introducir las valoraciones de riesgo como criterio de uso judicial en la imposición de la pena. La interacción de los instrumentos de valoración del riesgo con la *praxis* judicial permite dudar sobre su utilidad para restringir *per se* el rigor del Derecho penal a los delincuentes de mayor riesgo. Además, se reflexiona sobre significado del error de predicción en la administración de justicia. Se considera que, cuando el Derecho penal asume la falibilidad de los pronósticos de riesgo como parte de su dinámica sancionadora, acepta inevitablemente instrumentalizar a cierto número de condenados como precio a pagar por la seguridad del colectivo.

**Abstract:** This paper examines the evidence-based sentencing debate. The proposal to introduce risk assessments as an element that guides the judge in the imposition of the specific penalty is considered. The interaction of risk assessment instruments with judicial praxis in Spanish courts allows us to cast doubt on its ability to restrict per se the use of criminal law to higher-risk offenders. Additionally, closer examination is given to the incorporation of the prediction error within the administration of justice. It is argued that, when criminal law assumes the fallibility of risk forecasts as part of its sanctioning dynamic, it inevitably accepts to instrumentalize a certain number of convicts as the price to pay for the safety of the collectivity.

**Palabras clave:** Evidence-based sentencing, valoración del riesgo, falso positivo, error de predicción

**Keywords:** Evidence-based sentencing, risk assessment, false positives, prediction error.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>(1)</sup>

La preocupación por la amenaza que determinadas personas representan para quienes las rodean es probablemente una cuestión tan antigua como la propia organización social, por modesta que esta fuera. Así, prevenirse frente a los demás seguramente haya supuesto desde muy pronto la contracara de vivir con los demás. Sea como fuere, quizás resulta mucho más ilustrativo para el lector contemporáneo partir de otra constatación algo más concreta, aunque bastante consensual en la literatura jurídico penal: la especial dificultad que supone la peligrosidad de determinados sujetos es el correlato de la institucionalización del modelo de Derecho Penal basado en la responsabilidad por el hecho cometido. Y esto, más allá de la decimonónica guerra de escuelas, sucede porque en un plano conceptual parece existir una oposición nuclear entre las concepciones preventivas basadas en el riesgo que el autor de un delito presenta, y el principio según el cual la entidad del castigo es proporcional a la culpa que entraña el hecho cometido<sup>(2)</sup>.

Quizás como resultado de la persistencia de esta problemática, hemos podido apreciar una suerte de movimiento pendular que ha marcado, en cierto sentido, la intensidad con que los argumentos de uno y otro lado han ostentado, respectivamente,

---

(1) Una versión previa de este texto fue presentada como comunicación en el *Congreso Nacional de Penología: "Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI"*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo entre el 10 y el 14 de septiembre de 2018. El autor extiende su agradecimiento a los organizadores, así como a todos aquellos que han contribuido, con sus observaciones, a mejorar el contenido del presente trabajo.

(2) Las distintas articulaciones del conflicto entre las dos partes de lo que siempre ha sido presentado como un binomio (prevención-represión) son algo más complejas de lo que una representación simplificada como la anterior puede dar a entender. Con todo, valga por el momento con lo expresado para dar cuenta del mínimo contexto indispensable.

mayor fuerza respecto al otro<sup>(3)</sup>. Y es precisamente en el contexto de una de estas oscilaciones donde se pretende insertar la reflexión que sigue.

Las líneas maestras de la discusión siguen siendo, como se verá, bastante familiares: ante los avances realizados por el conocimiento científico en torno a la estimación del riesgo que representan algunos individuos, el Derecho penal debe adaptarse y hacer uso de los nuevos instrumentos de que dispone para no caer en el anacronismo. Es más, para cumplir mejor con sus propios objetivos (o *algunos* de ellos en particular), se entiende que el sistema de justicia *no puede desoír* las recomendaciones que recibe y las herramientas que se le ofrecen. Así, el Derecho penal se ve abocado a lidiar con un doble “pecado de ingenuidad”: el primero reside en actuar con total desconocimiento del progreso científico; el segundo, en asumir que tales progresos pueden trasladarse al ámbito jurídico sin temor a las distorsiones legales o éticas.

El punto de engarce entre esta discusión recurrente de carácter general y la situación concreta objeto de estudio viene dado por el movimiento del *evidence-based sentencing* y el debate generado a su alrededor. Haciéndonos eco de la problemática con el propósito de contemplarla bajo una lente más acorde a nuestro ámbito, se partirá de una breve descripción de su contexto de emergencia en el apartado II, abriendo paso a un examen de las líneas básicas del planteamiento en el apartado III. Seguidamente, en el Apartado IV, se discuten brevemente los instrumentos de valoración del riesgo, prestando especial atención al problema de los errores de predicción. El Apartado V se ocupa de la hipotética interacción que podría producirse entre valoración del riesgo y práctica judicial, arrojando dudas sobre la capacidad de este modelo para producir los efectos deseados. Por último, y a modo de cierre, se reflexiona sobre las posibles consecuencias sistémicas del planteamiento analizado.

## II. «EVIDENCE-BASED SENTENCING». CONTEXTO

Un examen somero de los términos de la discusión en torno al *evidence-based sentencing* podría hacer pensar que nos encontramos simplemente ante una nueva manifestación del eterno debate sobre las funciones, fines y medios del Derecho penal, en la brecha entre la prevención y el castigo. Esta caracterización puede ser aceptada *grosso modo*, pero sin duda no contribuye demasiado a explicar la aparición del problema en concreto. Más bien, su emergencia como objeto de atención ha requerido de la confluencia de una serie de factores que se encuentran claramente situados en un espacio y tiempo determinados.

Un estudio no exhaustivo del asunto permite detectar, al menos, los siguientes elementos concomitantes: Por un lado, y con carácter general, el creciente apoyo al

---

(3) Con todo, no debería pensarse que ambos posicionamientos han estado en pie de igualdad, alterándose como principios inspiradores del ordenamiento jurídico. Esto sería dudoso a nivel discursivo, y probablemente insostenible si hablamos de Derecho positivo.

movimiento *evidence-based practice*<sup>(4)</sup> como principio orientador de las distintas áreas de toma de decisión (Warren, 2009, p. 597). En segundo lugar, y con mayor vinculación a la temática aquí abordada, la existencia de una necesidad de racionalización del sistema de justicia penal, que se presenta como especialmente acuciante en el contexto estadounidense de los últimos años, asfixiado por una maquinaria penal sobredimensionada y discriminatoria (Harcourt, 2015, p. 237; Monahan & Skeem, 2014, p. 158; Warren, 2009, pp. 588-596). Las proporciones desorbitadas que ha alcanzado el sistema penal en EEUU, con una de las mayores tasas de encarcelamiento mundiales (Gottschalk, 2015, p. 5), han venido acompañadas por una clara percepción de la carga económica que supone (Monahan & Skeem, 2014, p. 158; Oleson, 2011, p. 1336), así como cierto escepticismo sobre sus efectos en materia de prevención de la criminalidad:

*El gran aumento de la población carcelaria no nos ha aportado más seguridad. Cuando la era de la expansión carcelaria comenzó en los años 80, los peores presos ya estaban siendo encarcelados. La expansión de las prisiones desde entonces ha dado como resultado el encarcelamiento de un gran número de delincuentes no violentos y “marginales” que luego se convierten en reincidentes en mayor medida de lo que lo hubieran hecho si hubieran sido castigados fuera de la cárcel (Wolff, 2008, p. 1395, traducción propia).*

Ante esta situación, parecía necesario encontrar nuevas formas de hacer las cosas y, en concreto, descongestionar el sistema carcelario a través de una imposición más precisa de la pena privativa de libertad, restringiéndola a aquellos casos en que fuera estrictamente necesaria. Aquí es donde interviene el tercer elemento que tomaremos como referencia, a saber, la consolidación de un área de tecnología social, la de los instrumentos de valoración del riesgo (IVR), ampliamente utilizada ya en determinados ámbitos de la ejecución de penas (Kopf, 2015, p. 3). La renovada confianza (Martínez Garay & Montes Suay, 2018, p. 6; Monahan & Skeem, 2014, p. 158; Tonry, 2014, pp. 167-9) en la posibilidad de medir y pronosticar científicamente, y con un grado de acierto razonable, el riesgo futuro que un individuo representa, ha propiciado el regreso de estas técnicas al centro del escenario. En este contexto, los IVR funcionan como nexo de unión entre las necesidades político criminales de un sistema sobredimensionado, y la filosofía de racionalización de las decisiones a través del conocimiento científico.

---

(4) El movimiento *evidence-based* surge en la década de los 90 en el campo de la medicina, extendiéndose rápidamente a disciplinas vinculadas para, posteriormente, introducirse en otros terrenos en los que ha sido objeto de adaptación, reformulación y escrutinio crítico (como el trabajo social o la justicia penal). Su punto de partida reside en la constatación de las dificultades aparejadas a la brecha entre investigación y *praxis*, y promueve un programa de interconexión según el cual la práctica debe hallarse informada por la mejor “evidencia” disponible (Reynolds, 2000, pp. 17-9). En campos como la justicia penal, esta traslación resulta especialmente problemática debido a los distintos principios y necesidades que orientan la investigación científica y la práctica jurídica.



### III. «EVIDENCE-BASED SENTENCING». PLANTEAMIENTO

Entendido en un sentido general, el *evidence-based sentencing* es una propuesta, o marco de propuestas, que se orienta a mejorar la toma de decisiones en sede judicial a través de la incorporación de información de carácter científico. Este esquema es susceptible de ser trasladado a diversas áreas de la actividad de los jueces y magistrados, sin embargo, aquí nos interesaremos especialmente en una de las facetas más problemáticas: el empleo de información sobre el riesgo de un individuo para determinar la pena a imponer.

Así entendido, el *evidence-based sentencing* ha sido presentado como una propuesta de alcance modesto que pretende insertarse en el actual organigrama procesal antes que remover los cimientos de la justicia penal. El foco de intervención es el ámbito de discrecionalidad judicial en la individualización de la pena y, concretamente, la sustitución de las valoraciones intuitivas del juez por una “discrecionalidad informada” (Wolff, 2008, pp. 1404-5). A ello han de contribuir los instrumentos de valoración del riesgo, herramientas que han de servir al juez como elemento adicional de juicio que permita racionalizar la selección de la pena adecuada. Este procedimiento, que amalgama riesgo/peligrosidad y medida de la pena, puede resultar un tanto alienante desde una cultura jurídica semejante a la nuestra. Sin embargo, no lo es tanto en el panorama norteamericano, donde la valoración judicial de la peligrosidad del imputado se realiza de manera expresa en varios Estados (Berk & Hyatt, 2015, p. 1; Monahan & Skeem, 2014, pp. 159-60; Starr, 2014, pp. 809-10; van Eijk, 2017, p. 464) y, en general, se percibe como un criterio de uso frecuente, aunque no siempre manifiesto (Oleson, 2011, p. 1338; Starr, 2014, pp. 865; Wolff, 2008, pp. 1405-6). El argumento, por tanto, es que puestos a emplear (de un modo u otro) el riesgo como criterio, conviene que se valore conforme a los estándares científicos contemporáneos y con la vista puesta en minimizar el uso de la prisión para aquellos casos en que resulte especialmente necesario.

A este respecto debe tenerse en cuenta que, para los defensores del *evidence-based sentencing*, aunque el límite superior de la pena abstractamente vinculada a la culpabilidad por el hecho sería un límite infranqueable, no pasaría igual con el límite inferior, que debería poder ser modulado a la baja siempre que ello resultara coherente con las circunstancias del caso y el riesgo asociado al autor (*v.gr.* Wolff, 2008, p. 1416). Si esto vale para la duración de la pena privativa de libertad, presumiblemente valga, por extensión, para expandir el campo de aplicación de las medidas alternativas al internamiento, lo que apunta a una reorientación del sistema de penas hacia un Derecho penal tendencialmente “mínimo” en sus efectos. Este sería, hipotéticamente, un modelo en que la gravedad del hecho cometido impide castigar más allá de la estricta proporcionalidad, mientras que el riesgo (si es bajo) cumple su principal función como mecanismo para caer por debajo del límite mínimo allá donde faltan las necesidades preventivas. De este modo, retribución y prevención se aunarían en un modelo mixto que busca la liberación (o la pena más “abierta” posible) allá donde puede, y emplea la prisión donde no le queda más remedio. Esta es una opción interesante que podría, en algunos casos, paliar los problemas que se

analizan en este trabajo, si bien debe notarse que este no es el único uso imaginable de las valoraciones del riesgo en el ámbito judicial, sino más bien un planteamiento en que estos instrumentos son puestos al servicio de un programa despenalizador de modo que redunden en el cumplimiento de un fin que les precede y orienta su uso.

En suma, el *evidence-based sentencing* no consiste en un posicionamiento drástico a favor de un modelo de Derecho penal preventivo que aspire a sustituir la culpa por la peligrosidad como eje vertebrador de la respuesta sancionadora. Más bien se trata de un “injerto”, la introducción de un elemento adicional que no interviene más que al final del proceso de individualización y *dentro de los límites* marcados por la pena proporcionada. De todas las posibles manifestaciones de la introducción de la peligrosidad en el seno de la justicia penal esta es, sobre el papel, quizás la más respetuosa con los principios rectores del actual modelo penal. Una reforma a nivel “micro” más que un cambio de paradigma.

Este tipo de propuestas han sido, no obstante, objeto de múltiples críticas que van desde el enfoque técnico-estadístico (Harcourt, 2015) hasta el axiológico-constitucional (Starr, 2015; Tonry, 2014), frecuentemente abordados en interrelación (Starr, 2014). Se ha señalado a menudo la trascendencia del principio de igualdad, especialmente en su mandato antidiscriminatorio<sup>(5)</sup>, a la hora de detectar los efectos perniciosos que podría presentar la utilización normalizada de los IVR en la justicia penal (Hannah-Moffat, 2015, pp. 4-5; Harcourt, 2015, p. 237; Starr, 2015, pp. 4-5; Tonry, 2014, pp. 171-2). También se han abordado las posibles consecuencias problemáticas en términos de penalización “invisible” de características personales ajenas al Derecho penal, así como de estilos de vida que se encuentran dentro del espectro de la libre decisión del individuo pero que, sin embargo, son contemplados como “factores de riesgo” (Tonry, 2014, pp. 173-4). Finalmente, se ha cuestionado que los planteamientos del *evidence-based sentencing*, por bienintencionados que fueran, sean capaces de producir la disminución de la presión punitiva que muchos de sus proponentes persiguen (Harcourt, 2015, p. 240-1; Starr, 2014, p. 840).

Con todo, el propósito de este trabajo no es dar cuenta de un debate profundo y lleno de aristas, sino centrar la atención únicamente en alguno de sus aspectos destacables, reflexionando sobre la hipotética traslación de estas propuestas a la actividad jurisdiccional de nuestro contexto. Más concretamente, se pretende reexaminar el problema que los errores de predicción (y, especialmente, los falsos positivos) plantean de cara a la institucionalización de la valoración del riesgo como elemento constitutivo de la discrecionalidad del juez. Asimismo, se plantea la necesidad de sacar a la luz las consecuencias latentes en este tipo de prácticas una vez extendidas a nivel sistémico, con el fin de forzar la discusión sobre un elemento relativamente menos explorado, a saber, qué significa realmente el “error” para un ordenamiento jurídico penal. Para poder abordar cabalmente la discusión procede, en lo sucesivo,

---

(5) Esto nos conduce a otro elemento contextual del debate, el enquistado problema de la “racialización” del sistema carcelario estadounidense (Harcourt, 2015, p. 238; Wacquant, 2010). Cuestión sobre la que resulta imposible detenerse y que, por otro lado, sobrepasaría con mucho el objeto de este trabajo.

prestar atención a ciertas propiedades de la predicción a través de instrumentos de valoración de riesgo.

#### IV. INSTRUMENTOS DE VALORACIÓN DEL RIESGO. ERRORES DE PREDICCIÓN, FALSOS POSITIVOS E INEXORABILIDAD DEL ERROR

Los errores de predicción son indisociables de cualquier intento de establecer un pronóstico (Berk & Hyatt, 2015, p. 3). Los instrumentos de valoración del riesgo, como herramientas para predecir la reincidencia, no se encuentran exentos de dicha problemática, si bien suele aceptarse de manera más o menos acrítica su mejor rendimiento frente al “juicio clínico”<sup>(6)</sup>. Dejando de lado las cuestiones de fondo sobre la perfectibilidad de las predicciones estadísticas<sup>(7)</sup>, podemos aceptar que, por el momento, cualquier juicio pronóstico lleva en sí mismo un cierto porcentaje de error.

De hecho, es ampliamente conocido el esquema general según el cual pueden cometerse dos tipos de error en un pronóstico: falsos positivos y falsos negativos. Los primeros ocurren cuando se estima que el resultado predicho (la reincidencia, por ejemplo) efectivamente se presentará y, sin embargo, finalmente no acontece. Los segundos, al contrario, surgen de pronosticar la no ocurrencia del resultado que, finalmente, se materializa (Loinaz, 2017, p. 88). En el ámbito de la justicia penal, ambos errores conllevan distintas consecuencias en función del contexto específico en que se emite la predicción (asignación de recursos escasos como el tratamiento penitenciario, imposición de medidas de seguridad, determinación de medidas cautelares... *vid* Douglas, Pugh, Singh, Savulescu, y Fazel, 2016, pp. 134-6; Loinaz, 2017, pp. 98-9; Martínez Garay & Montes Suay, 2018, p. 32; Tonry, 2014, p. 171) y son, en consecuencia, valorados de manera diferente. Así, por ejemplo, la enfatización de la seguridad del colectivo frente al riesgo de reincidencia de los sujetos excarcelados lleva implícita una toma de posición sobre el tipo de errores admisibles en este campo: los falsos negativos (resultado de asignar un riesgo bajo a un sujeto que luego reincide) aparecen como especialmente inaceptables frente a los falsos positivos (asignar un riesgo elevado a un sujeto que no hubiera reincidido).

En términos prácticos, el funcionamiento de los instrumentos de valoración de riesgo es tal que la reducción de un tipo de error tiende a producir un incremento del otro como resultado. Esto es lo que se conoce como compensación o conjugación entre sensibilidad y especificidad (Loinaz, 2017, p. 97-9). De este modo, reducir al

---

(6) Término equiparado generalmente a juicio “no estructurado” o “intuitivo”, categoría dentro de la cual entrarían las estimaciones de los jueces, por ejemplo. Sobre su aceptación acrítica véase Starr (2014, pp. 850-5).

(7) Cuestión sobre la que sería imposible detenerse pero que se encuentra vinculada, tanto a la viabilidad de efectuar predicciones cercanas a la perfección en fenómenos complejos como la conducta humana, como a la reflexión en torno a la naturaleza misma del ser humano como agente libre o plenamente determinado por su constitución y medio.

mínimo el número de situaciones en que se clasifica como de bajo riesgo a alguien que finalmente reincide (minimizar los falsos negativos) conlleva el “coste” de multiplicar el número de identificaciones incorrectas (falsos positivos) y viceversa. A esto debe añadirse una constatación adicional, y es que no todos los IVR fueron creados iguales, siendo el caso que, en el ámbito de la predicción de la reincidencia violenta, suele producirse un sesgo de sobrepredicción<sup>(8)</sup> (Martínez Garay, 2014, pp. 19-39). Esto quiere decir que buena parte de estos instrumentos, por la forma en que han sido diseñados, tenderán a cometer más falsos positivos que negativos, resultando (paradójicamente) mucho más adecuados para detectar sujetos inocuos que para señalar peligrosos (Fazel, Singh, Doll y Grann, 2012, p. 4; Martínez Garay, 2016, pp. 16-7).

Visto lo anterior, si la decisión en juego fuese la puesta en libertad, o no, del sujeto en función de su riesgo, tendríamos que, (en un caso hipotético) para cada sujeto peligroso adicional mantenido entre rejas podríamos haber denegado el acceso a la libertad a 2, 5 o 10 sujetos. La *ratio* con que este fenómeno sucede es casi tan importante como su inexorabilidad: probablemente más de uno estaría dispuesto a asumir una relación de 1 a 2 dentro de circunstancias razonables<sup>(9)</sup>, en cambio, una relación de 1 a 10 resulta mucho más difícil de justificar tanto en términos jurídico-éticos como de mera eficiencia. La investigación empírica orientada a calcular esta proporción ha arrojado cifras que oscilan entre 2 y 6 personas recluidas para la evitación de un único delito durante el periodo de un año (Buchanan y Leese, 2001; Fazel, Singh, Doll y Grann, 2012). Finalmente, esta proporción no presenta un comportamiento constante. Más bien al contrario, resulta más adecuado entender que, conforme nos acercamos al cero absoluto (teórico) de falsos negativos (por ejemplo) el número de falsos positivos tiende a dispararse, de modo que reducir un tipo u otro de error se encuentra sujeto a un proceso de *diminishing returns*<sup>(10)</sup> de enorme trascendencia político criminal.

---

(8) Conviene no confundir las dos situaciones descritas en el párrafo pues, aunque se encuentran conectadas, no describen la misma problemática. Por una parte, está el hecho de que los falsos positivos y negativos se encuentren en una relación tal que requieran constantemente una labor de ponderación, una toma de decisión sobre dónde situar el umbral entre positivos y negativos en la predicción. En cambio, el sesgo de sobrepredicción implica una concreta forma de efectuar este balance, en el que las detecciones positivas incorporan no sólo los verdaderos positivos, sino un volumen amplio de falsos positivos. Aunque no se ofrece una definición operacional de lo que es “sobrepredicción”, dada la dependencia del contexto en que se emite la predicción, un examen de la validez predictiva positiva y negativa, así como de la sensibilidad y especificidad del instrumento, resulta un buen indicador de aquello a que nos referimos. Los fragmentos de las obras citadas en el párrafo incorporan información detallada sobre lo discutido, ahondando mucho más de lo que aquí es posible.

(9) Por ejemplo, cuando el riesgo que se trata de evitar es grave y la penuria que se impone a los sujetos afectados por el falso positivo es moderada.

(10) El concepto de *diminishing returns* (rendimiento decreciente) hace referencia, en términos genéricos, a la relación entre el aumento de un determinado coste y el relativo incremento del resultado obtenido. De este modo, cuando para producir un incremento en el resultado se hace necesario un coste cada vez mayor, podemos decir que la inversión (en tiempo, esfuerzo, dinero, etc.) entra en “rendimiento decreciente” pues requiere de recursos cada vez mayores para generar los mismos resultados.

Ahora bien, aunque el problema tiende a plantearse en términos de ponderación de riesgos, en coherencia con el discurso actuarial que inspira el diseño y funcionamiento de los IVR, esta perspectiva contribuye a ocultar un problema que puede permanecer invisible en la vorágine de datos y que tiene que ver con el significado político criminal de aceptar el error como parte integrante del proceder de la justicia. La introducción de un razonamiento de carácter utilitario, una suerte de “Nueva penología” (Feeley & Simon, 1992, 1994; Simon & Feeley, 2003) orientada a la optimización de la gestión del riesgo y que, en su búsqueda de la “justa medida” entre falsos negativos y positivos, ayuda a invisibilizar el carácter esencialmente problemático de articular *a sabiendas* una respuesta jurídica gravosa sobre la base de instrumentos que yerran por diseño.

## V. EL «EVIDENCE-BASED SENTENCING» Y LA PRÁCTICA JUDICIAL

Llegados a este punto, corresponde situar las reflexiones anteriores en un contexto algo más concreto. Como se ha visto, el planteamiento del *evidence-based sentencing* que examinamos puede sintetizarse en la introducción de los IVR como herramienta para orientar la discrecionalidad judicial en la elección de la pena concreta. Por tanto, en el caso hipotético de trasladar esta propuesta a la práctica, el juez debería seguir ejerciendo sus facultades de aplicador del Derecho como hasta el momento, individualizando la respuesta punitiva en función de la constatación de un determinado tipo delictivo, así como las distintas circunstancias legalmente previstas. Finalmente, tras sucesivos acotamientos del marco penal, se encontrará con un límite máximo y mínimo que marcan la horquilla dentro de la cual habrá de situarse la pena concreta. En este punto es donde, se entiende, entran en acción los IVR como herramientas de apoyo a la decisión inexorablemente discrecional que caracteriza este momento de la actividad judicial.

La viabilidad del uso de los IVR para modular la pena concreta viene condicionada al argumento (un tanto formal) de que, una vez valoradas todas las circunstancias legales pertinentes, al sujeto le corresponde (en abstracto) cualquiera de las penas que pudieran considerarse necesarias dentro de la horquilla disponible. Así, imponer la pena máxima no sería, de acuerdo con la ley, más desproporcionado que imponer la mínima, siempre que existiesen argumentos para sostenerlo. Valorar el riesgo dentro del abanico de penas adecuadas a la culpabilidad permite salvar la práctica de severas objeciones, al tiempo que ofrece a los Jueces un asidero aparentemente más confortable para la toma de decisión.

En este punto interviene un segundo elemento que hace la discusión más interesante. Si pensamos en la práctica judicial observable en nuestro ordenamiento jurídico, no es infrecuente que se aluda a cierta pauta que conduce a que los jueces y tribunales se decanten por imponer la pena mínima disponible para el caso concreto en ausencia de circunstancias adicionales que justifiquen un mayor desvalor. Esto viene indirectamente corroborado por un criterio jurisprudencial que apunta a la necesidad de motivar toda pena que, en su duración concreta, se aleje del mínimo

establecido por la horquilla de discrecionalidad (v. gr. SSTS 836/2000, de 19 de mayo; 850/2003, de 11 de junio).

Tomemos esto por una práctica institucionalizada y reflexionemos sobre las repercusiones que, en tales casos, tendría la introducción de la información aportada por los IVR. Por una parte, un pronóstico de riesgo bajo no sería susceptible de producir efecto alguno, puesto que conduciría al mismo resultado que si no se hubiese tenido en cuenta, es decir, la imposición de la pena mínima<sup>(11)</sup>. Contrariamente, un resultado de riesgo moderado o alto tendería a conducir a incrementos en la respuesta punitiva, al actuar como elementos de ponderación al alza<sup>(12)</sup>. El resultado de esto sería que la introducción, en tales casos, de la “evidencia” dentro del juicio discrecional del juez sólo sería susceptible de funcionar *contra reo*, es decir, como un mecanismo para el incremento punitivo.

Este efecto será, además, tanto mayor cuanto más amplio sea el margen de individualización (el marco penal), lo que apunta, en principio, a los delitos más penalizados del Código. En estos supuestos, la diferencia entre imponer el mínimo legalmente disponible o asignar una pena de prisión que se encuentre cerca del límite máximo puede implicar una sobrepenalización por una cantidad nada desdeñable de años<sup>(13)</sup>. En este sentido, los IVR aparecen como un arma insospechadamente eficaz para la inocuización de los condenados y un factor adicional para el inflacionismo penal.

Frente a esta panorámica, presentada en términos ciertamente un tanto extremados<sup>(14)</sup>, se alza, finalmente, otra posibilidad: el riesgo estimado por la herramienta podría entrar en ponderación con otras circunstancias del caso que el juez pudiera considerar en el momento de concretar la pena. Esto podría conducir tanto a reforzar la decisión de superar el mínimo de pena, como a permanecer en el mismo incluso ante la concurrencia de elementos fácticos desfavorables. En este punto, sin embargo, el nivel de incertidumbre sobre la pauta que seguirían los jueces crece considerablemente, pues

---

(11) La reflexión hipotética aquí efectuada asume la ausencia de cambios significativos a nivel legislativo o en la pauta jurisdiccional marcada, excluyendo, por tanto, la posibilidad de hacer descender la pena concreta por debajo del límite mínimo disponible. Con todo, como hemos visto, los proponentes del *evidence-based sentencing* no ignoran las potencialidades de este proceder.

(12) Ciertamente, el criterio adoptado podría ser diferente: podría seguirse la pauta de que tan solo una predicción de riesgo alto implique restricciones de derechos o, en este caso, un incremento punitivo. No obstante, esto parece contraintuitivo e, incluso, contradictorio con la finalidad para la que los IVR fueron diseñados, que no es sino contribuir a detectar y prevenir el riesgo futuro. Esto tiene, además, conexión con el problema de qué valor político criminal otorgar al “riesgo moderado” si entendemos que este se da en casos en que la probabilidad asociada se encuentra próxima al 50%, es decir, al azar.

(13) A título meramente ilustrativo, imaginemos la diferencia sustancial que implicaría distanciarse del mínimo en delitos que típicamente atraen consideraciones de riesgo: el homicidio, sin otras circunstancias, permite una variación de hasta 5 años, sobre un marco penal que parte de los 10 y se extiende hasta los 15 años de internamiento; las agresiones sexuales del 179 CP, por su parte, permitirían (potencialmente) duplicar el mínimo de pena, al moverse en una horquilla que abarca de 6 a 12 años.

(14) Pues su propósito no es tanto ofrecer una crítica a la totalidad del *evidence-based sentencing* ni argumentar que siempre y en todo caso tendería a producir efectos como los aquí señalados. Más bien se trata de visibilizar un problema de fondo que ha sido objeto de menor atención en relación con otros.

los criterios empleados para valorar el riesgo no son necesariamente commensurables con los que se emplean en un juicio de responsabilidad (Monahan y Skeem, 2016).

## VI. EL ERROR COMO SISTEMA

Examinada la situación para un caso singular, procede ahora interrogarse, a modo de cierre, por las consecuencias sistémicas de semejante proceder. Existe una primera conclusión que se deduce directamente de aplicar un procedimiento sumativo: si el planteamiento del *evidence-based sentencing*, en nuestro contexto y en los términos expuestos, no parece ser capaz producir otra cosa que incrementos punitivos, el resultado a nivel “macro” no puede ser sino la inflación de un aparato penal ya sobredimensionado. Desde luego, esta es una perspectiva poco halagüeña en contraste con los fines progresistas que han inspirado a buena parte de los proponentes de esta nueva práctica judicial. El proyecto gerencial eficientista sale igualmente mal parado, dejando poco espacio al abaratamiento del sistema de prisiones a través de la restricción de su uso a los individuos de mayor riesgo. El único caso en que esta situación puede ser invertida (albergando, pues, cierto potencial), como hemos visto, es también el más incierto e impredecible de todos: la ponderación de elementos fácticos y prospectivos que suponen un ejercicio de “bilingüismo penal” derivado de tener que valorar conjuntamente elementos de riesgo y culpabilidad.

Pero existe otra consecuencia más disimulada que procede, no ya de la manera en que la información aportada por los IVR repercutiría en la praxis judicial, sino del problema ya examinado de la inexorabilidad del error y, más en particular, de los falsos positivos. Partamos del siguiente planteamiento: en las decisiones tomadas por los jueces al individualizar la pena conforme al riesgo previsto, será inevitable incurrir en un determinado porcentaje de errores. Algunos serán falsos negativos, otros falsos positivos. Para los primeros, seguramente todo siga como si no hubiese existido pronóstico alguno (por lo anteriormente indicado en relación con los pronósticos de riesgo bajo); para los segundos, en cambio, el tiempo pasado en prisión se incrementará sustancialmente. A ello se añade la dificultad arriba señalada de que muchos IVR tienden a sobredimensionar el riesgo, generando un elevado volumen de falsos positivos que, en términos de justicia penal, se traducen en autores de delitos que vendrían a ser tratados como peligrosos y condenados a penas superiores a pesar de no suponer un riesgo real para la sociedad.

En términos político criminales se añade a esto el problema de la visibilidad: y es que, normalmente, sólo los falsos negativos son fácilmente constatables, pues implican la nueva comisión de un delito por un sujeto puesto en libertad. Contrariamente, los falsos positivos, en el contexto de la justicia penal, esquivan la comprobación en tanto que suelen implicar el mantenimiento de una serie de medidas de control o, incluso, de la reclusión (Martínez Garay & Montes Suay, 2018, p. 21). Así, un falso positivo siempre es “verdadero” en la práctica, mientras que el falso negativo es visto a menudo como el error por antonomasia. ¿Mas qué ocurre si la excesiva visibilidad de los falsos negativos conduce a la adopción de medidas tendentes a reducirlos? Si

aceptamos que sucesivas disminuciones de los falsos negativos vendrán acompañadas de un incremento significativo de los falsos positivos, vemos asomarse la silueta de un colectivo creciente de sujetos cuyos derechos vendrían extensivamente limitados como subproducto del tesón con que tratamos de alcanzar el esquivo “riesgo cero”.

Lo expuesto representa la cara generalmente menos visible del sistema, que genera un colectivo formado por individuos sometidos a un nivel de constricción penal innecesario “por si acaso”. Mas resulta incluso problemático plantear el problema en estos términos, como si el núcleo de la cuestión residiera en la decisión de un agente cualquiera encargado de valorar el grado de riesgo que corresponde asumir en relación con un condenado. La dificultad nuclear se encuentra más bien en la comprensión de que el error y, concretamente, el falso positivo, forma parte del procedimiento de predicción mismo y que, al incorporarlo como parte integrante del sistema de justicia, hace igualmente “orgánico” el mecanismo según el cual, para atajar el riesgo presentado por algunos sujetos, admitimos como coste la restricción de los derechos de otros.

El carácter constitutivo y “calculable” del error en las valoraciones del riesgo, además, nos sitúa en la peculiar situación de tener que asumirlo *ab initio* como parte de la respuesta penal, lo cual parece una cuestión ética distinta a la mera aceptación de un volumen desconocido de posibles errores derivados de la perenne “imperfección” del conocimiento humano. En este último caso, nos resignamos ante la contingencia mientras que, en el primero, la domesticamos (Hacking, 1991) transmitiendo en el proceso el mensaje de que, para que el Derecho penal pueda cumplir con sus funciones (preventivas), algunas víctimas deberá cobrarse.

Ahora pensemos nuevamente en el fin que se encuentra en el origen de toda esta problemática, que no es tanto la suavización del sistema penal (esta es una consecuencia deseada, una finalidad secundaria o, si se quiere, el *modo* en que se quiere alcanzar el fin), sino el cumplimiento por el Derecho penal de funciones preventivo-especiales y esto, a poder ser, de la forma más selectiva y racional posible. Como hemos visto, no obstante, resulta dudoso que el *evidence-based sentencing* alcance los objetivos de selectividad y racionalidad a los que aspira. En el proceso, sin embargo, contribuye a institucionalizar un mecanismo concreto: un mecanismo según el cual perseguir la finalidad de proteger más y mejor a la sociedad frente a los delincuentes más peligrosos lleva aparejada una inexorable tasa de “daños colaterales”, un volumen variable pero imposible de neutralizar de sujetos que vienen sobrepenalizados irrazonablemente como mera consecuencia de un artificio estadístico hecho ley.

Este conjunto de “damnificados por los falsos positivos” no son más que el precio a pagar por un incremento eventual de la seguridad del colectivo. Sujetos que sirven, por tanto, a un fin ajeno a sí mismos, costeano directamente con su libertad el precio de la seguridad de otros. Instrumentos<sup>(15)</sup> de una sociedad temerosa que asume

---

(15) La instrumentalización de la que aquí se habla no es idéntica a la que señala Martínez Garay (2014, p. 61). Aquí no nos referimos (o no sólo) al sujeto al que se “instrumentaliza” al encerrarlo para prevenir su propio riesgo, sino al que se recluye como consecuencia de prevenir el riesgo ajeno.



con indolencia (hace asumir, más bien) la carga de mantener a más sujetos inocuos privados de libertad durante más tiempo, si con ello se hace posible dejar encerrados en el proceso a un puñado de “auténticos peligrosos”. A distancia nos encontramos del imperativo kantiano de tratar a cada hombre como un fin en sí mismo, pero también de cualquier noción racional de la pena útil que aspirase a ser respetuosa de la dignidad humana. La aceptación incuestionada de los falsos positivos representa, pues, una dinámica social perversa, en que los afectados son el combustible que alimenta la maquinaria preventiva, sacrificios humanos en el altar de la seguridad.

## VII. CONCLUSIONES

Con la discusión en torno al *evidence-based sentencing* se ha reavivado todo un conglomerado de problemas en torno al ejercicio del *ius puniendi*, así como los fines que legítimamente puede perseguir. A pesar de que un examen superficial de las propuestas concretas podría conducir a una relativización de la cuestión, lo cierto es que un escrutinio más pormenorizado revela que incluso cambios aparentemente pequeños pueden producir efectos significativos.

En el presente trabajo se ha podido examinar con mayor detenimiento la interacción entre ciertas características de los instrumentos de valoración de riesgo y el proceso de decisión discrecional del juez en la imposición de la pena concreta. Esto ha permitido poner de manifiesto algunas dificultades que proceden de esta interrelación, centrando la atención en las repercusiones prácticas que podría tener la introducción de pronósticos de riesgo en este resquicio del proceso. Los indicadores de que disponemos hacen pensar que una aplicación semejante difícilmente sería capaz de alcanzar, en nuestro ordenamiento, los fines perseguidos por la mayoría de quienes abogan por el *evidence-based sentencing*. Así, no parece que pueda aceptarse sin más que esta metodología de “juicio informado” conduzca de modo consistente a un Derecho penal orientado selectivamente a responder frente a los individuos de alto riesgo, relajando la presión sobre aquellos que no lo son. El contraste con la práctica jurídica permite atisbar, de hecho, resultados contraproducentes que convierten la valoración del riesgo, las más de las veces, en un factor de dilatación penal.

Adicionalmente, se ha tratado de llevar la reflexión un paso más allá, abordando el problema del error de predicción y las implicaciones que se deducen del mismo a partir del momento en que queda institucionalizado como parte integral del proceso sentenciador. En este sentido, la mecánica misma de los instrumentos de valoración del riesgo nos permite anticipar algunas de sus consecuencias. En concreto, en este trabajo la atención se ha focalizado sobre el carácter tan disimulado como esencialmente problemático de la aceptación consciente de los falsos positivos como parte indisociable de toda predicción. Y esto no tanto porque la sobrepredicción sea inadmisibile *per se*, sino porque, cuando viene vinculada a fines preventivos, se transforma en el instrumento mismo de dicha prevención, cuya manipulación ya no es incidental sino calculada. La imposibilidad de reducir los falsos negativos sin aumentar los falsos positivos instrumentaliza a los individuos de bajo riesgo, al

sobrepenalizarlos para minimizar el número de “auténticos peligrosos” devueltos a la sociedad. La libertad de cada uno de ellos queda así convertida en un tributo involuntario a la seguridad del colectivo, una deuda adquirida junto con el estatus de delincuente.

En el fondo, nada de lo expuesto es sustancialmente nuevo, sin embargo, algunas cuestiones requieren ser enfocadas desde otros ángulos para ser adecuadamente comprendidas. En este sentido, una Nueva Penología de corte gerencial-actuarial, que toma como fin explícito la gestión y balance eficiente de los riesgos criminales, no deja de ser una visión contemporánea del sistema penal. Sin embargo, resulta indispensable evitar el segundo “pecado de ingenuidad” aceptando prematuramente que la asepsia estadística pueda permitirnos esquivar las profundas implicaciones éticas que se encuentran ínsitas en la labor de administrar justicia.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Andrés-Pueyo, A. (2013). Peligrosidad criminal: Análisis crítico de un concepto polisémico. En E. Demetrio Crespo (Dir.), y M. Maroto Calatayud (Coord.), *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, pp. 483-504.
- Andrés Pueyo, A. (2017). Predicción de la reincidencia penitenciaria en Cataluña por medio del RisCanvi. En E. Orts Berenguer, A. Alonso Rimo y M. Roig Torres (2017), *Peligrosidad criminal y Estado de Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 371-388.
- Berk, R., & Hyatt, J. (2015). Machine learning forecasts of risk to inform sentencing decisions. *Federal Sentencing Reporter*, 27 (4), 222-228. doi:10.1525/fsr.2015.27.4.222.
- Castro Liñares, D. (2019). *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*. Madrid: Reus.
- Douglas, T., Pugh, J., Singh, I., Savulescu, J., y Fazel, S. (2016). Risk assessment tools in criminal justice and forensic psychiatry: The need for better data. *European Psychiatry*, 42, 134-137. doi:10.1016/j.eurpsy.2016.12.009.
- Fazel, S., Singh, J. P., Doll, H. & Grann, M. (2012). Use of risk assessment instruments to predict violence and antisocial behaviour in 73 samples involving 24827 people: systematic review and meta-analysis. *BMJ*, 345, 1-12. doi: <https://doi.org/10.1136/bmj.e4692>
- Feeley, M., & Simon, J. (1992). The new penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, 30 (4), 449-474. doi:10.1111/j.1745-9125.1992.tb01112.x
- Feeley, M., & Simon, J. (1994). *Actuarial justice: The emerging new criminal law*. (pp. 173-201) Sage Publications.
- Fleminger, S. (1997). Number needed to detain. *British Journal of Psychiatry*, 171, 287.
- Gottschalk, M. (2015). *Caught: The prison state and the lockdown of American politics*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press.

- Hacking, I. (1991). *La domesticación del azar: La erosión del determinismo y el nacimiento de las ciencias del caos*. Barcelona: Gedisa.
- Hannah-Moffat, K. (2015). The uncertainties of risk assessment. *Federal Sentencing Reporter*, 27 (4), 244-247. doi:10.1525/fsr.2015.27.4.244.
- Harcourt, B. E. (2015). Risk as a proxy for race: The dangers of risk assessment. *Federal Sentencing Reporter*, 27 (4), 237-243. doi:10.1525/fsr.2015.27.4.237.
- Juanatey Dorado, C. (2017). Función y fines de la pena: la ejecución de penas privativas de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco. *Revista penal*, 40, 137-145.
- Kopf, R. G. (2015). Federal supervised release and actuarial data: The camel's nose and the use of actuarial data at sentencing. *Federal Sentencing Reporter*, 27 (4), 207.
- Loinaz, I. (2017). *Manual de evaluación del riesgo de violencia: Metodología y ámbitos de aplicación*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Martínez Garay, L. (2014). La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2014 (2).
- Martínez Garay, L. (2016). Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia. La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas. *Revista Española De Investigación Criminológica*, 14 (3), 11-31.
- Martínez Garay, L., & Montes Suay, F. (2018). El uso de valoraciones del riesgo de violencia en derecho penal: Algunas cautelas necesarias. *Indret*, 2018 (2), 1-47.
- Monahan, J., & Skeem, J. L. (2014). Risk redux: The resurgence of risk assessment in criminal sanctioning. *Federal Sentencing Reporter*, 26 (3), 158-166. doi:10.1525/fsr.2014.26.3.158.
- Monahan, J. & Skeem, J. L. (2015). Risk Assessment in Criminal Sentencing. *Annual Review of Clinical Psychology*, 12, 489-513.
- Oleson, J. C. (2011). Risk in sentencing: Constitutionally suspect variables and evidence-based sentencing. *SMU Law Review*, 64 (4), 1329.
- Reynolds, S. (2000). The anatomy of evidence-based practice: Principles and methods. In L. Trinder (Ed.), (pp. 17-34). Oxford, UK: Blackwell Science Ltd. doi:10.1002/9780470699003.ch2.
- Rivera Beiras, I. (2015). Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España. *Crítica Penal y Poder*, 9, pp. 102-144.
- Simon, J., & Feeley, M. M. (2003). The form and limits of the new penology. En T. G. Blomberg, & S. Cohen (Eds.), *Punishment and Social Control* (2nd ed. ed., pp. 75-116). London: Transaction Publishers.
- Singh, J. P. (2013). Predictive Validity Performance Indicators in Violence Risk Assessment: A Methodological Primer. *Behavioral Sciences and the Law*, 31, 8-22.
- Starr, S. B. (2014). Evidence-based sentencing and the scientific rationalization of discrimination. *Stanford Law Review*, 66 (4), 803.
- Starr, S. B. (2015). The new profiling: Why punishing based on poverty and identity is unconstitutional and wrong. *Federal Sentencing Reporter*, 27 (4), 229-236. doi:10.1525/fsr.2015.27.4.229

- Tonry, M. (2014). Legal and ethical issues in the prediction of recidivism. *Federal Sentencing Reporter*, 26 (3), 167-176. doi:10.1525/fsr.2014.26.3.167.
- Van Eijk, G. (2017). Socioeconomic marginality in sentencing: The built-in bias in risk assessment tools and the reproduction of social inequality. *Punishment & Society*, 19 (4), 463-481. doi:10.1177/1462474516666282.
- Wacquant, L. J. D. (2010). *Castigar a los pobres. el gobierno neoliberal de la inseguridad social*. (1.<sup>a</sup> ed.). Barcelona: Gedisa.
- Warren, R. K. (2009). Evidence-based sentencing: The application of principles of evidence-based practice to state sentencing practice and policy. *University of San Francisco Law Review*, 43, 585-634.
- Wolff, M. A. (2008). Evidence-based judicial discretion: Promoting public safety through state sentencing reform. *New York University Law Review*, 83 (5), 1389.

**LA FALTA DE CAUSA Y OTRAS CUESTIONES  
CONTROVERTIDAS EN EL CONTRATO DE ALIMENTOS**  
**LACK OF CAUSE AND OTHER CONTROVERSIAL ISSUES  
IN THE SPANISH “CONTRATO DE ALIMENTOS”**

CARMEN FLORIT FERNÁNDEZ

*Profesora del Departamento de Ciencias Jurídicas y políticas de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación  
de la Universidad Europea de Madrid*

---

**SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN
- II. BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO Y LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL CONTRATO DE ALIMENTOS
- III. SOBRE LA FALTA DE CAUSA CONTRACTUAL
- IV. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA
- V. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA FALTA DE CAUSA EN EL CONTRATO DE ALIMENTOS: FRAUDE DE LEY, SIMULACIÓN E INCOMPATIBILIDAD CON LOS ALIMENTOS LEGALES
- VI. OTRAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS QUE DILUYEN LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR EN EL CONTRATO DE ALIMENTOS
  - 1. **La no exigencia de forma**
  - 2. **La convivencia de las partes**
- VII. CONCLUSIONES
- VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Resumen:** En el año 2003 se publicó la Ley de protección patrimonial de personas con discapacidad, que introdujo el contrato de alimentos. La intención que declara la propia norma en su Exposición de Motivos es la de regular los mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrándose en el concreto aspecto de la protección patrimonial de dichas personas, que es el hilo conductor que justifica y da incluso nombre a la Ley. Sin embargo, en el contrato puede aparecer como beneficiario cualquier persona, sea o no considerada discapacitada y tenga o no necesidad de

cuidados, ayuda o compañía. Ello llevaría a la falta de causa del contrato y por ende a su inexistencia. Además, otras cuestiones controvertidas del contrato, a mi juicio sin la adecuada regulación, empañan el muy loable fin que se propuso, que debería modificar la regulación del contrato, para lo que haré una propuesta de *lege ferenda*.

**Abstract:** In 2003, the Law of Patrimonial Protection of Persons with Disabilities was published, which introduced the “contrato de alimentos”. The intention stated by the regulation itself in its Statement of Motives is to regulate the protection mechanisms of persons with disabilities, focusing on the specific aspect of the patrimonial protection of these persons, which is the guiding thread that justifies and even gives name to the Law. However, in the contract can appear as a beneficiary any person, whether or not considered disabled and have or not need care, help or company. This would lead to the lack of cause of the contract and therefore to its nonexistence. In addition, other controversial issues of the contract, in my opinion without adequate regulation, tarnish the very commendable purpose that was proposed, which should modify the regulation of the contract, for which I will make a *lege ferenda* proposal.

**Palabras clave:** contrato de alimentos, falta de causa contractual, discapacidad.

**Keywords:** contrato de alimentos, Lack of cause, disability.

### I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En el año 2003 se publicó en España la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria<sup>(1)</sup>, que introdujo en el Título XII del Libro IV del Código civil –que regula los contratos aleatorios– el contrato de alimentos, aprovechando los artículos 1791 a 1797<sup>(2)</sup>.

La intención que declara la propia norma en su Exposición de Motivos es la de regular los mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrándose en el concreto aspecto de la protección patrimonial de dichas personas, que es el hilo conductor que justifica y da incluso nombre a la Ley<sup>(3)</sup>.

---

(1) Deben también destacarse la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal y la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de fomento del empleo público de los discapacitados. Este conjunto de normas se publicó coincidiendo con el año europeo de la discapacidad. Además, se deben tener presentes: la Ley de dependencia o Ley 39/2006, el conocido como *libro blanco* de la dependencia, el II plan de acción para las personas con discapacidad, la declaración de Madrid aprobada en la celebración del Congreso europeo de personas con discapacidad y la Ley 41/2007.

(2) Estos artículos habían quedado sin contenido desde la reforma de la Ley 50/1980, de 8 de octubre. ZURITA MARTÍN dice que ello explica que se regule aquí el contrato de alimentos y no a continuación de la renta vitalicia. ZURITA MARTÍN, I., “Anotaciones al nuevo contrato de alimentos”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 12, 2004-1, p. 148.

(3) MESA MARRERO, C., *El contrato de alimentos. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 13.

Sin embargo, según los artículos incorporados al Código civil regulando dicho contrato y a pesar de lo establecido en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, en el contrato puede aparecer como beneficiario cualquier persona, sea o no considerada discapacitada y tenga o no necesidad de cuidados, ayuda o compañía. De modo que, aunque la figura contractual está lógicamente dirigida a que pueda ser de utilidad a estas personas que necesitan asistencia, como puedan ser discapacitados o ancianos, la Ley en su articulado no recoge requisito alguno que deban cumplir los intervinientes. De este modo, no limita la posibilidad de que a este contrato pueda acogerse cualquier persona, tal y como afirma Echevarría de Rada, puesto que “a pesar de esa declaración contenida en la Exposición de motivos, si se tiene presente el ámbito del Código Civil en el que se ha introducido el contrato de alimentos, el mismo, en principio, podrá utilizarse en cualquier supuesto en el que las partes deseen regular sus intereses mediante esta figura, sin necesidad de que se trate de personas que demanden una especial protección”<sup>(4)</sup>.

Calaza López ve en esto una ventaja: “... la tipificación del contrato de alimentos... implica la ampliación del espectro de potenciales destinatarios, constituido, no solo por personas con discapacidad, sino por mayores, o cualquier otro supuesto en que, al menos dos partes, quieran someterse a esta fórmula para concretar sus relaciones jurídicas. Téngase en cuenta, que la norma ni limita, ni impone, ni fija, edad o condición o estado de salud de os contratantes, entre otras circunstancias dada la criticable ausencia de beneficio fiscal alguno...”<sup>(5)</sup>. Sin embargo, la autora dice más adelante, reconociéndole un fin tasado al contrato tipificado, que “Atendiendo al grupo de potenciales destinatarios del contrato, constituido no sólo por las personas mayores, sino también por aquellas aquejadas por una enfermedad persistente de carácter degenerativo, con un estado de salud en franco deterioro, menores con discapacidad intelectual diagnosticado *v. gr.*, con síndrome de Down, autismo, espina bífida, o las denominadas enfermedades «raras»<sup>(6)</sup>...”

Esta circunstancia llevaría a la falta de causa del contrato de alimentos pues, como expondré, a pesar del contenido literal de los artículos del Código civil mencionados, deben contemplarse, entre otras, las normas de interpretación de las leyes. Deben tenerse en cuenta, también, las posibles implicaciones de la causa viciada, y no sólo la inexistencia contractual por la carencia de causa, sino también el fraude de ley y la simulación.

En este sentido, afirma Riera Álvarez que lo que no es permisible es que el contrato sea un recurso para que los contratantes puedan actuar al margen del tipo recogido en la ley<sup>(7)</sup>.

---

(4) ECHEVARRÍA DE RADA, T., *El contrato de alimentos en el Código Civil*, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, p. 13.

(5) CALAZA LÓPEZ, C., “El contrato de alimentos como garantía de bienestar: análisis y propuestas de *lege ferenda*”, *Diario La Ley*, núm. 8777, Sección Doctrina, 7 de junio de 2016, pp. 2-3.

(6) CALAZA LÓPEZ, C., “El contrato de alimentos...”, *cit.*, p. 7.

(7) RIERA ÁLVAREZ, J. A., “Las instituciones de prevención patrimonial: la renta vitalicia, los contratos de alimentos y los seguros de dependencia”, en *La defensa jurídica de las personas vulnerables*,

El objeto de este trabajo es por tanto analizar la posible falta de causa en el contrato de alimentos cuando, a pesar de no exigir el Código civil requisito subjetivo alguno a la persona del alimentista –o beneficiaria –, no se celebre por persona que se encuentre en las circunstancias en las que pensaba la Ley 41/2003, esto es, una persona que necesite asistencia y ayuda de otra –el alimentante –, como explica la propia Exposición de Motivos, y como deben entenderse el espíritu y la intención de las normas aprobadas el mismo año en el marco del año europeo de la discapacidad. Igualmente, se tratarán otras cuestiones controvertidas que, sin la importancia del problema de la falta de causa, creo que empañan el fin que el legislador se propuso y deberían ser también modificadas.

## II. BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO Y LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL CONTRATO DE ALIMENTOS

El artículo 1791 del Código civil establece que por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos<sup>(8)</sup>.

En el contrato de alimentos, el alimentista es el acreedor de la prestación, pudiendo ser él mismo el cedente de los bienes o derechos a cambio de los que el alimentante se obliga a la misma o simplemente el tercero beneficiario de la prestación alimenticia pactada a su favor entre el cedente y el alimentante o cesionario<sup>(9)</sup>. Lo que más frecuentemente ocurre es que coincidan en la misma persona la posición de alimentista y cedente. En este caso necesita tener suficiente capacidad<sup>(10)</sup> para disponer de sus bienes y derechos. Cuando se trate de persona incapacitada o menor de edad será su representante legal quien podrá contratar, y dependiendo de lo establecido en la sentencia de incapacitación, necesitando además autorización judicial. En caso de menor emancipado aunque en principio tiene capacidad para disponer de sus bienes, el artículo 323 del Código civil impone la necesidad de autorización de sus padres o del curador para el caso de gravar o enajenar viene inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

El Código civil no exige ningún requisito, como anuncié, para ser alimentista cedente o simplemente beneficiario en el contrato de alimentos. Por tanto, y a pesar

---

Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (julio-agosto de 2007), 1.ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 297.

(8) Como características del contrato se deben destacar que es consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, personal y vitalicio.

(9) Sobre esta modalidad, ver LAMBEA RUEDA, A., “Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimentos a favor de tercero”, revista *Aranzadi Civil*, t. 15, v. 3, 2006, pp. 2447-2496.

(10) Sobre contratos de alimentos celebrados por personas “incapaces naturales”, ver el trabajo de BERENGUER ALBALADEJO, C., *Contrato de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 390-398.



de lo establecido en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, cualquier persona puede, en principio, serlo.

En cuanto al alimentante, que es quien se obliga a la prestación pactada, recibiendo a cambio un capital en bienes o derechos, debe tener lógicamente la capacidad suficiente para celebrar el contrato, por lo que deberá ser mayor de edad o emancipado y no encontrarse incapacitado, *sensu contrario* de lo establecido en el artículo 1263 del Código civil. En el caso del menor de edad emancipado no requiere completar la capacidad<sup>(11)</sup>, por lo que establece el artículo 323 del Código civil.

Además, puede existir una pluralidad de alimentantes y el alimentante puede ser también una persona jurídica.

En cuanto a la transmisibilidad de la posición del alimentante, si es *mortis causa* se considerará imperativa, siendo nulo el pacto por el que se impida, dado que el contrato perdería el carácter de vitalicio, que es esencial. De modo que será transmisible a los herederos, los herederos de parte alícuota y los legatarios cuando toda la herencia se haya distribuido en legados. Si el causante ha legado los concretos bienes o derechos recibidos como contraprestación a su obligación, podrá hacerlo con la carga de cumplir la prestación o la pensión sustituta. Pero si el causante lega lo anterior sin esta concreta estipulación, en principio parece que serán los herederos, aunque hay que tener en cuenta que el artículo 876.3 del Código civil establece que cualquier otra carga distinta de la prenda o la hipoteca, perpetua o temporal a que se halle afectada la cosa legada, pasa con ésta a la cosa legada<sup>(12)</sup>.

### III. SOBRE LA FALTA DE CAUSA CONTRACTUAL

El Capítulo II, del Título II, del Libro IV del Código civil, denominado “De las obligaciones y contratos” comienza diciendo que “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca”<sup>(13)</sup>.

El Código civil por tanto exige tres requisitos para la validez del contrato: voluntad de las partes, en qué consisten las prestaciones de las partes y, por último, qué objetivo persigue la relación contractual.

La causa se puede definir como el objetivo perseguido mediante la relación *inter partes*, implícita<sup>(14)</sup> o explícita, recogida en el contrato. Es decir, nos encontramos

---

(11) MESA MARRERO, C., *El contrato de alimentos...*, cit., p. 68.

(12) En referencia a este aspecto, el artículo 97 de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995 decía que la obligación de prestar alimentos era transmisible a los herederos y legatarios. La doctrina apuntó varias posibles interpretaciones. Actualmente, el artículo 151 de la nueva Ley gallega contempla la transmisión *mortis causa* de la obligación a los sucesores, sin especificar más. ECHEVARRÍA DE RADA, T., *El contrato de alimentos...*, cit., pp. 49-50.

(13) Artículo 1261 del Código civil.

(14) El artículo 1277 dice que “Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario”.

ante el fin del contrato. Los preceptos recogidos en el ordenamiento jurídico español exponen que, cuando nos encontramos ante un contrato sin causa, o con una causa ilícita, no producirá efecto. Y se entiende por ilícita la causa que es contraria a la ley o a la moral<sup>(15)</sup>.

Díez-Picazo y Gullón la definen como el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio<sup>(16)</sup>. De Castro, por su parte, dice en referencia a la misma que “El problema de la causa es el cruce donde confluyen un conflicto de intereses y las diversas corrientes ideológicas que propugnan la imposición del cumplimiento del pacto, sin considerar origen y contenido, y las que favorecen al control de las promesas para no considerar obligatorias las que no merezcan, por su contenido, protección jurídica. En este sentido, la primera corriente entiende que se puede afectar repetidas veces la seguridad del tráfico jurídico por medio de causas ilícitas, mientras que la segunda es norma positiva”<sup>(17)</sup>.

El art. 1275 del Código civil establece que los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno y que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. En cuanto a los contratos onerosos, como es el caso del de alimentos, dice el art. 1274 que se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la parte. “Las teorías sobre la causa siempre se han empeñado en distinguirla adecuadamente de los propósitos de las partes. La voluntad de éstas, se dice, se dirige hacia un fin abstracto, típico y constante... o hacia un fin socialmente útil... La razón o razones que hayan movido a esa voluntad fuera de la consecución de aquel fin son irrelevantes”<sup>(18)</sup>.

Sin embargo, esta concepción abstracta de la causa, como dicen Díez-Picazo y Gullón, no siempre es real pues cuando una persona compra o arrienda, por ejemplo, lo hace por algo, y cuando las partes celebran el negocio para alcanzar fines ilícitos o socialmente reprobables el negocio tendrá una causa ilícita<sup>(19)</sup>.

Y el contrato que carece de causa es inexistente<sup>(20)</sup> o nulo de pleno Derecho. Nulo será también, como he dicho, cuando la causa adolece de ilicitud.

---

(15) Artículo 1275 del Código civil.

(16) DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. II (tomo 1). El contrato en general. La relación obligatoria*, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 37.

(17) DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 164.

(18) DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho...*, cit., p. 37.

(19) DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho...*, cit., p. 37.

(20) Como categoría distinta a la de nulidad radical, alguna jurisprudencia y cierta doctrina contraponen la de la inexistencia. “Un contrato inexistente sería aquel en que se omite cualquiera de los elementos que su naturaleza o tipo exige (el precio de la compraventa, la merced en el arrendamiento, etc.), lo que impide identificarle o, en términos generales, carece de alguno de los elementos esenciales de todo negocio (el contrato celebrado por un menor incapaz de entender y querer; el contrato celebrado a nombre de otro sin su representación (...)). El concepto de inexistencia es una construcción artificiosa de la doctrina francesa, que, con fundamento en la jurisprudencia que había establecido el carácter taxativo de las causas de nulidad –*pas de nullité texte* –, se vio forzada a construir un concepto distinto que albergara aquellos defectos negociales necesariamente relevantes que, sin embargo, no habían sido tenidos en cuenta expresamente por

La causa del contrato guarda una estrecha relación con la clasificación en los distintos tipos establecidos reiteradamente por la doctrina. Así, como antes he apuntado, el contrato de alimentos es oneroso, pues exige intercambio de prestaciones, siendo la causa de la prestación de cada parte la de la otra, dado que así lo define el art. 1791: Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos. Sin embargo, cuando el alimentante no presta estos servicios porque el beneficiario no lo necesita, la causa del contrato que realmente se ha celebrado para una de las partes sería como la establecida objetivamente para la donación, convirtiendo el contrato en gratuito<sup>(21)</sup>.

Además, es un contrato aleatorio para el que el art. 1290 del Código civil establece que una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.

En el caso del contrato de alimentos la obligación que asume el alimentante consiste en atender, cuidar, ayudar, alimentar, acompañar, etc., al beneficiario. La aleatoriedad viene del desconocimiento de cuánto tiempo se deberá asistir al beneficiario porque se desconoce cuánto tiempo vivirá, y también en el hecho del desconocimiento igualmente de las necesidades que realmente tendrá en adelante en relación a su salud o su autonomía, de tal modo que llegado el momento en que se extinga su obligación podrá saberse si existió equivalencia material entre las prestaciones.

La causa debe tener un significado objetivo según la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, separándose de los motivos subjetivos que las partes pretendan conseguir (entre otras, SSTs de 8 de febrero de 1996, 17 de diciembre de 2004 y 19 de febrero de 2009), aunque reconoce un valor relativo y accesorio dando relevancia a los motivos particulares de las partes que les llevan a celebrar el contrato (entre otras, SSTs de 8 de julio de 1977, 1 de abril de 1982, 11 de julio de 1984, 30 de diciembre de 1985). Pero dichos motivos personales que llevan a las partes a celebrar el contrato no pueden sustituir la causa objetiva del contrato, no pudiendo por tanto convertirse en causa principal del mismo, y por supuesto, no pudiendo ser ilícita. En este sentido, dice Mato Pacín, que “junto al carácter abstracto y objetivo

---

la Ley. No es en modo alguno pacífica la admisión de esta categoría. En contra puede alegarse que es inútil desde el momento en que no da lugar a unas consecuencias jurídicas distintas de la nulidad radical (...). DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. II...* cit., p. 90. Para saber más sobre la causa *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, 2009.

(21) Berenguer Albaladejo rechaza la posición doctrinal y jurisprudencial que ha considerado la posibilidad, basándose en la autonomía de la voluntad, de establecer un contrato de alimentos a título gratuito, es decir, en el que sólo una de las partes se compromete a proporcionar al otro alimentos y cuidados a cambio de nada. Se he discutido si se trata más bien de un contrato de renta vitalicia gratuito o de una donación. Por su parte, otros lo han calificado de *contrato gratuito de mantenimiento atípico*. Berenguer Albaladejo lo considera más bien una *liberalidad contractual* puesto que hay una concesión gratuita de algo –asistencia y cuidados –pero no una donación en sentido estricto. BERENGUER ALBALADEJO, C., *Contrato...*, cit., p. 269.

de la causa como finalidad económico-social típica, a veces también son importantes para determinar la causa de un contrato los motivos particulares de los sujetos en la celebración del mismo (*causa concreta*), pero sólo cuando sean conocidos y exteriorizados por ambas partes contratantes y hayan sido determinantes para la celebración del contrato. Por ejemplo, si en un arrendamiento de local se especifica que la finalidad es la instalación de un negocio de hostelería, el móvil concreto de los contratantes formará parte de la causa del contrato”<sup>(22)</sup>.

De modo que, si el Código civil no contiene requisito alguno de carácter subjetivo a la persona del beneficiario en el contrato de alimentos, pero existe una causa objetiva y lícita enunciada por la Exposición de Motivos, ésta debe constituir el motivo por el cual las partes celebren dicho contrato, y no cualquier otro, como pueda ser, por ejemplo, tener “asistentas” gratis de por vida sin derechos laborales o sin seguridad social a cambio del traspaso de un bien. Dicho contrato entiendo que estaría celebrado en fraude de ley y sería nulo por tanto. Poniendo otro ejemplo, tampoco sería válido el contrato celebrado en fraude de los derechos hereditarios de los herederos forzosos a cambio de la transmisión de los bienes a uno de los hijos del beneficiario/cedente cuando éste no es una persona que necesite asistencia, ayuda, compañía o alimentos por mucho que este hijo conviva con él, porque la causa de dicho contrato no sería la objetivamente tasada para el contrato de alimentos, y sin embargo, si sólo atendemos a la falta de exigencia de requisitos por parte del Código civil, convertiríamos un contrato con causa onerosa en uno con causa a todas luces gratuita y por tanto con posibilidad de ser declarado sin efecto cuando defrauda los derechos de los herederos<sup>(23)</sup>.

Así, establece la STS 366/2009, de 25 de mayo, que de acuerdo al contrato de alimentos una de las partes entrega a la otra alimentos o prestaciones de cualquier tipo que convengan, normalmente a cambio de la entrega de bienes, de manera que en dicho contrato “... la causa, como contrapunto de la entrega de unos bienes inmuebles transmitidos en propiedad, es decir, aquello en consideración a lo que se hace la entrega a los efectos del art. 1274, es la prestación de los servicios, cuidados y atenciones, durante todo el tiempo de la «vida contemplada», no pudiéndose hablar de precio porque éste ni existe ni tiene por qué existir...”

También en este sentido, y referida precisamente a la falta de causa en el contrato de alimentos, cabe destacar la Sentencia 352/2015 de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela, Sección 6.<sup>a</sup>, de 2 de octubre de 2015: “Se pretende la nulidad del negocio jurídico por fraude de ley, derivada de la ausencia de causa... No cabe la abstracción causal en nuestro Derecho... como el concepto de causa comúnmente aceptado y con base en el artículo 1274, es el del fin que las partes pretenden conseguir por medio del contrato (propósito práctico que los contratantes quieren

---

(22) MATO PACÍN, N., “El contrato”, en *Lecciones de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 62.

(23) En este sentido, pueden verse: SAP Pontevedra 760/2010, de 2 de noviembre; SAP Tenerife 612/2011, de 19 de diciembre; SAP La Coruña 279/2009, de 19 de junio.

alcanzar), valorado por el ordenamiento como digno de protección y susceptible de producir efectos jurídicos, la inexistencia de causa podrá apreciarse en dos casos: A) cuando no se quiere contratar, no se busca realmente ninguna finalidad aunque se exprese otra y externamente parezca que existía un propósito de contratar, no hay causa, no hay contrato y lo expresado al formalizar el contrato es falso. Por eso el problema de la inexistencia de la causa se conecta con el de la expresión de la causa falsa. El ejemplo típico de esta forma de proceder se da la simulación absoluta. B) cuando, aunque haya causa o propósito contractual, éste no es suficiente para tener la protección jurídica del contrato en cuestión, ya que el fin económico social perseguido por las partes no justifica el camino utilizado para su consecución. Se habla entonces de la desproporción entre la finalidad buscada el medio jurídico empleado como sucede en los negocios fiduciarios”.

Aplicando esta doctrina al contrato de alimentos y a su posible falta de causa cuando el beneficiario no sea una persona necesitada de ayuda, asistencia o compañía, podría entenderse a mi juicio que adolecería de un defecto que, como establece la Sentencia, haría que el propósito contractual perseguido no justificara suficientemente la utilización del contrato, existiendo una clara desproporción entre el fin perseguido y el medio utilizado. En relación a esto, como establece Mato Pacín, “Un negocio con una *causa inexistente* o con una *causa ilícita* es nulo, no produce efecto alguno (art. 1.275 C.c.). Hablamos de causa ilícita cuando las partes, al celebrar el contrato, persiguen una finalidad que es contraria a las leyes o a la moral y, por tanto, no digna de ser protegida por el ordenamiento jurídico... Habrá causa falsa cuando la finalidad concreta perseguida por las partes no coincida con la finalidad económica típica de ese contrato. Por ejemplo, las partes aparentan celebrar una compraventa pero la parte que actúa como vendedor no recibe ningún precio por la cosa «vendida»”(24).

En el caso que nos ocupa, un contrato de alimentos en el que, por ejemplo, el alimentante sea una empleada del hogar y el beneficiario y cedente fuera una persona joven y sana que a cambio de la realización de las labores del hogar (lavar y planchar la ropa, hacer la comida, hacer la compra, limpiar, ayudarle en sus gestiones particulares, etc.) le cediera la propiedad de un derecho o una cosa, se habría realizado bajo una causa ilícita, pues para dicha relación contractual se debería celebrar un contrato de trabajo en el que la persona que asiste a la cedente estuviera, entre otras cosas, bajo la cobertura de los derechos que le otorga el Derecho laboral.

Para clarificar esta cuestión puede ayudar analizar cuál es la causa en los contratos similares y considerados de tipo *asintencial*(25). Así, hallamos el vitalicio –que sigue vigente como contrato atípico a pesar de la regulación de contrato de alimentos(26),

---

(24) MATO PACÍN, N., “El contrato”, cit., p. 63.

(25) Vid. GÓMEZ LAPLAZA, C., “Consideraciones sobre la nueva regulación el contrato de alimentos”, Revista de derecho privado, Año n.º 88, Mes 2, 2004, pp. 156 y ss.

(26) Entre otros, COBACHO GÓMEZ, J. A.

según parte de la doctrina—, como en la renta vitalicia, en Derecho común, y figuras similares existentes en los diversos Derechos forales: el contrato de vitalicio gallego, el pacto de acogida catalán, la dación personal en Aragón o el acogimiento en la Casa de Navarra<sup>(27)</sup>. Existe una causa para transmitir los bienes por parte del cedente en todas ellas, esto es, el compromiso de la otra parte de atenderle y/o alimentarle durante su vida:

- Así, por el contrato de vitalicio, que según Cobacho Gómez, “sigue existiendo un contrato de alimentos que no se regula en estos artículos y al que se aplica el artículo 153 del Código Civil”<sup>(28)</sup>, “Al amparo del principio de libertad contractual las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestar alimentos en la extensión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado “vitalicio» que no es una modalidad de la renta vitalicia regulada en los artículos 1.802 a 1.808 del Código Civil, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo, en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público”. (SSTS de 28 de mayo de 1.965, de 12 de noviembre de 1.973 y 1 de julio de 1.982).
- Por otro lado, la renta vitalicia, que Quiñonero Cervantes define como aquel negocio de ejecución periódica que genera una situación en cuya virtud el que ostenta la posición pasiva se vincula a satisfacer al que ostenta la posición activa una renta, en dinero u otras cosas fungibles, por el tiempo que dure su vida<sup>(29)</sup>. Sin embargo, la onerosidad que se da en el contrato de alimentos no siempre se da en el de renta vitalicia, pues éste puede constituirse también a título gratuito.

Según Gómez Laplaza, estableciendo la comparación entre el contrato de alimentos y el de renta vitalicia, “Se ha dicho que ambos se dirigen a proporcionar al preceptor medios de subsistencia... En efecto, el contrato de alimentos, a diferencia del de renta vitalicia, siempre cumple una función alimenticia... quien recibe alimentos in natura y cuidados no puede disponer de nada y puede decirse que en ese caso el contrato sí persigue una función alimenticia y asistencial que asume el valor de causa del negocio. En definitiva, hay que subrayar la función acusadamente asistencial que cumple este negocio”<sup>(30)</sup>.

---

(27) Se debe señalar también la existencia en Derecho comparado de figuras análogas, como el *bail à nourriture* francés, el *vitalizio alimentare* italiano o el *Verpfändungsvertrag* suizo.

(28) COBACHO GÓMEZ, J. A., “Del antiguo al nuevo contrato de alimentos”, en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, p. 74.

(29) QUIÑONERO CRVANTES, E., *La situación jurídica de la renta vitalicia*, Universidad de Murcia, 1979, p. 24.

(30) GÓMEZ LAPLAZA, C., “Consideraciones...”, cit., p. 157.

#### IV. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

El artículo 3.1 del Código civil establece los criterios de interpretación de la norma jurídica, disponiendo que “Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu o finalidad de aquéllas”.

Pues bien, como ya he explicado el problema se suscita al no establecer la regulación del contrato de alimentos los requisitos de carácter subjetivo que debe reunir el alimentista, sea el cedente o no, para ser el beneficiario de los alimentos, atenciones y cuidados por parte del obligado a la prestación. Por ello, en principio, podría ser parte en dicha posición cualquier persona –que además debería tener capacidad suficiente para disponer de sus bienes o derechos en el caso de ser también el cedente–.

Según Calaza López, “No obstante, la tipificación del contrato de alimentos, materializada en el precedida Ley 41/2003..., implica la ampliación del espectro de potenciales destinatarios, constituido, no sólo por personas con discapacidad, sino por mayores, o cualquier otro supuesto en que, al menos dos partes, quieran someterse a esta fórmula para concretar sus relaciones jurídicas. Téngase en cuenta, que la norma ni limita, ni fija, edad o condición o estado de salud de los contratantes, entre otras circunstancias dada la criticable ausencia de beneficio fiscal alguno”<sup>(31)</sup>.

Pero, teniendo en cuenta los criterios de interpretación del Código civil, hay que tener presente cuál fue el objetivo de la Ley 41/2003 para regular el contrato de alimentos. Y a ello se puede llegar fácilmente si nos detenemos en lo siguiente:

- El propio nombre de la Ley que lo regula, “de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”.
- Lo establecido por dicha norma en su Exposición de Motivos: “Esta ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial. Efectivamente, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos. En gran parte, tales medios son proporcionados por los poderes públicos, sea directamente, a través de servicios públicos dirigidos a estas personas, sea indirectamente, a través de distintos instrumentos como beneficios fiscales o subvenciones específicas. Sin embargo, otra parte importante de estos medios procede de la propia persona con discapacidad o de su familia, y es a esta parte a la que trata de atender esta ley... En tercer término, se introduce dentro del título XII del libro IV del Código Civil, dedicado a los contratos aleatorios, una regulación sucinta pero suficiente de

---

(31) CALAZA LÓPEZ, C., “El contrato...”, cit., p. 2.

los alimentos convencionales, es decir, de la obligación alimenticia surgida del pacto y no de la ley, a diferencia de los alimentos entre parientes regulados por los artículos 142 y siguientes de dicho cuerpo legal. La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista. Su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan a alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1257 del Código Civil”.

- El marco histórico en que se introdujo esta modificación en el Código civil: en el año 2003 fueron promulgadas en España tres leyes para la protección de las personas con discapacidad: la propia Ley 41/2003, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal y la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de fomento del empleo público de los discapacitados.

Por todo lo expuesto, aun cuando la regulación del contrato de alimentos no exija explícitamente ningún requisito subjetivo a la persona del alimentista, si se tienen en cuenta, como establece el Código civil, los criterios de interpretación mencionados, es obvio que las personas en las que el Legislador estaba pensando eran aquellas que podemos considerar *vulnerables*. Y estas personas *vulnerables* pueden ser discapacitados –incapacitados judicialmente o no–, enfermos o ancianos, pero en cualquier caso personas que necesiten de la asistencia de otra para atender sus necesidades vitales, pudiendo ser éstas concretadas en la mera compañía y asistencia en cuestiones personales<sup>(32)</sup>. Por tanto, si el contrato fuera dirigido a atender a una

---

(32) Piénsese en la persona de avanzada edad que no está enferma pero necesita compañía y ayuda para aspectos diarios como realizar la compra, hacer la comida, vestirse o incluso no sentirse desamparada y al arbitrio de su soledad que pudiera ser aprovechada por personas sin escrúpulos. Esta idea que apunta debe conectarse con el contenido de la obligación del alimentante: el artículo 1791 de Código civil dice que el alimentante so obliga a proporcionar vivienda, manutención y *asistencia de todo tipo* al alimentista. Esta última expresión, como dice ECHEVARRÍA DE RADA “ha llevado a cierta posición doctrinal a admitir la posibilidad de configurar dos situaciones negociales distintas. La primera consistiría en celebrar un contrato de alimentos en sentido estricto en el que la única obligación del cesionario sería la de cubrir las necesidades económicas del alimentista. En tal caso estaríamos ante una prestación no de dar y hacer, sino sólo de dar que, al no comprender el elemento asistencial, alejaría el contrato de alimentos del Código civil del contrato de vitalicio. La segunda posibilidad sería la de celebrar un contrato de alimentos como vitalicio siempre que las partes hayan acordado expresamente no sólo la asistencia material, sino también la efectiva. En este supuesto, el cesionario asumiría una prestación mixta de dar y hacer. En definitiva, el legislador estatal no ha dotado de carácter imperativo al deber de asistencia en el contrato de alimentos, influido probablemente por cierta corriente jurisprudencial que admite que la prestación del cesionario pueda consistir en la satisfacción de una pensión de alimentos en sentido estricto, sin asistencia, o en sentido amplio, con asistencia y cuidados”. La autora cree, además y como una parte de la doctrina, que la prestación debe comprender también la asistencia afectiva. ECHEVARRÍA DE RADA, T., *El contrato de alimentos...*, cit., pp. 93 y 94. Por ello, se dice que



persona que no necesitara de ningún tipo de asistencia, podríamos estar ante una falta de causa que haría al contrato de alimentos así celebrado inexistente o nulo.

## V. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA FALTA DE CAUSA EN EL CONTRATO DE ALIMENTOS: FRAUDE DE LEY, SIMULACIÓN E INCOMPATIBILIDAD CON LOS ALIMENTOS LEGALES

En otro orden de cosas, y no siendo lo que pretende ser defendido en este trabajo, creo importante hacer mención a la posibilidad también del fraude del ley del artículo 6.4 del Código civil y de la simulación. Mesa Marrero opina al respecto que los litigios dependerán de la valoración de la prueba que haga el juzgador, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes para poder concretar si existe simulación negocial o no<sup>(33)</sup>. Asimismo, será necesario valorar todas las circunstancias teniendo en cuenta el carácter oneroso del contrato, así como los conceptos de equivalencia y proporcionalidad de las prestaciones que se desprenden del contrato. Algunas sentencias del Tribunal Supremo entienden que, del mismo modo que la sentencia del 18 de enero de 2001, “un contrato vitalicio, contrato autónomo, innominado o atípico, que participa en parte del carácter del de renta vitalicia aunque no es enteramente el mismo, por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes... es claro que no puede calificarse como contrato gratuito; es oneroso y al no poder predecirse la duración de la vida de los cedentes es aleatorio. En definitiva, es un contrato vitalicio”<sup>(34)</sup>.

Berenguer Albaladejo sintetiza la existencia de tres casos: en primer lugar –para cuyo fin se recogió la figura contractual en el Código– la celebración de un verdadero contrato de alimentos; en segundo lugar, que aun con los requisitos cumplidos conforme a Derecho –esto es, existiendo intercambio de prestaciones– el ánimo de una de las partes sea favorecer a la otra, en cuyo caso, si bien el contrato no pierde su carácter oneroso, al favorecer a una de las partes puede ser declarado como *negotium mixtum cum donatione*; y en tercer y último lugar, que bajo la apariencia de un negocio jurídico lícito, como es el contrato de alimentos, las partes celebren otro negocio jurídico, entrando en conflicto la voluntad externa del negocio y la voluntad interna, constituyendo una simulación contractual<sup>(35)</sup>.

---

la obligación del alimentante es compleja, pues consiste no sólo en dar lo necesario al alimentista para su sustento –como en el contenido de los artículos 142 y siguientes del Código civil –, teniendo en cuenta en cualquier caso lo pactado, sino también en prestarle determinados servicios de carácter asistencial. MESA MARRERO, C., *El contrato de alimentos...*, cit., p. 92. De modo que, por un lado el alimentante se obliga a proporcionar bienes meramente y, por otro, servicios o actividades de naturaleza eminentemente personal. BERENGUER ALBALADEJO, C., *Contrato de alimentos...*, cit., p. 519.

(33) MESA MARRERO, C., *El contrato de alimentos...*, cit., p. 28.

(34) En esta línea ver las SSTs de 11 de enero y de 26 de febrero de 2007, 6 de abril de 2000, 16 de julio de 2004, 9 de mayo de 1988, 19 de noviembre de 1992 y 18 de enero de 2001.

(35) BERENGUER ALBALADEJO, C., *Contrato de alimentos...*, cit., p. 32.

Pasando a otra cuestión, íntimamente relacionada con la que trato de manera principal es este trabajo, debo hacer referencia a la falta de causa del contrato de alimentos por el hecho de ser el obligado como alimentante el mismo que debiera encontrarse en dicha posición con respecto al alimentista en virtud de la obligación de alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código civil<sup>(36)</sup>. En primer lugar, creo que debe descartarse esta situación por imposible, dado que la premisa para detentar el derecho de alimentos entre parientes es la situación de necesidad. Sin embargo, en el contrato de alimentos, el cedente –que no tiene por qué coincidir con el alimentista– tiene patrimonio, puesto que a cambio de la cesión de un bien o derecho<sup>(37)</sup> es como el alimentante accede a prestar alimentos y cuidados al alimentista. En el caso de que cedente y alimentista sean la misma persona, el tener patrimonio le excluye como poseedor del derecho de alimentos entre parientes. El único resquicio sería cuando el cedente y el alimentista no son la misma persona. En tal caso, no veo obstáculo para que sean compatibles, puesto que el contenido del contrato es más amplio que el de los alimentos legales, dado que comprenden no sólo alimentos en el sentido y con el contenido de los artículos 142 y siguientes del Código civil, sino que incluye compañía, ayuda, asistencia e incluso, como ya he referido en la opinión de algún autor, afectividad<sup>(38)</sup>.

## VI. OTRAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS QUE DILUYEN LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR EN EL CONTRATO DE ALIMENTOS

Sin ánimo de ser exhaustiva y dado que no es el objeto principal de este trabajo tratar todas las cuestiones controvertidas sobre el contrato de alimentos que creo pueden diluir y van en detrimento del fin perseguido por la figura contractual, a continuación enuncio algunas de estas cuestiones, las que considero más destacables.

### 1. La no exigencia de forma

Como he anunciado someramente más arriba, el contrato de alimentos es de carácter consensual y no formal<sup>(39)</sup>. Por tanto, no se exige forma alguna para su validez, y es

---

(36) Tanto doctrina como jurisprudencia admiten con carácter general que nada impide que el obligado a prestar alimentos legales celebre un contrato de alimentos con el alimentista, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y de la ausencia de prohibición legal expresa acerca de celebrar este contrato entre ascendientes y descendientes.”, CEDRÓN MARTÍNEZ, M. N., “El contrato de alimentos: análisis jurisprudenciales y cuestiones controvertidas”, *Diario La Ley*, núm. 8734, 1, 2016, p. 10.

(37) Debe tenerse en cuenta, además, que a pesar de tratarse de un contrato aleatorio las prestaciones han de tener un valor a priori relativamente equivalente.

(38) Para ampliar los conocimientos sobre la posible incompatibilidad ver el trabajo de CEDRÓN MARTÍNEZ, M. N., “El contrato de alimentos...”, cit., p. 11.

(39) En esto difiere de la Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia. “Desde otra perspectiva, en contra de lo anterior, se ha afirmado que se trata de un contrato real, ya que se perfecciona desde que se produce la

válido por el mero acuerdo de las partes<sup>(40)</sup>, debiendo aplicar el principio de libertad de forma consagrado en el artículo 1278 del Código civil y siendo de aplicación además el artículo 1280.1 del mismo cuerpo legal cuando el capital cedido consista en bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos cualquiera de las partes tiene la facultad de una vez concluido válidamente el contrato exigirse recíprocamente que conste en escritura pública para tener acceso al Registro de la Propiedad para su exigencia frente a terceros o para que constituya un medio más eficaz de prueba<sup>(41)</sup>.

La gran mayoría de la doctrina ha criticado abiertamente este aspecto del contrato por la enorme cantidad de problemas que suscita el no haber concretado en un documento público las concretas prestaciones a las que se obliga el alimentante. Sobre todo, conociendo los antecedentes problemáticos del vitalicio el legislador podría haber aprovechado la ocasión, ahora que lo ha tipificado para incluir la exigencia de forma.

En este sentido Echavarría de Rada afirma que “si en todo contrato resultan fundamentales los términos en los que se redacte y su claridad, en el contrato de alimentos, por su naturaleza, caracteres y especial función, lo anterior tiene un significado especial” y que “se propone no sólo la exigencia de escritura pública para la formalización del contrato de alimentos, sino también la necesidad de una información exhaustiva por parte de los Notarios sobre el contenido y consecuencias de este contrato en el que, en definitiva, deberán implicarse de forma especial, sin perjuicio de que, tal y como me consta, en los casos en los que el contrato se otorgue en escritura pública, dicha necesidad es atendida por la actividad notarial”<sup>(42)</sup>.

## 2. La convivencia de las partes

El artículo 1791 del Código civil establece que una de las partes se obliga a proporcionar a la otra vivienda, manutención y asistencia.

Anteriormente a la regulación del contrato, el vitalicio suscitaba abundantes problemas con respecto a la convivencia de las partes cuando se hacía difícil por desavenencias entra las partes. Es obvio que no se trata de un elemento esencial del

---

efectiva transmisión de los bienes o derechos convenidos. Según esta posición, dicho carácter no resulta de la propia definición que ofrece el artículo 1791 Cc, que precisamente induce a pensar lo contrario, sino que se deduce, sobre todo, de la obligación de restitución que se impone como la principal en el supuesto en que el alimentista opte por la resolución en caso de incumplimiento de la obligación del alimentante (arts. 1795 y 1796 Cc)”, ECHEVARRÍA DE RADA, “El nuevo contrato de alimentos...”, cit., p. 3468.

(40) Esta opinión no es unánime. COBACHO GÓMEZ, por ejemplo, considera que por la vía indirecta el Código civil opta por la exigencia de forma. COBACHO GÓMEZ, J. A., “Del antiguo...”, cit., p. 90.

(41) NÚÑEZ ZORRILLA, M. C., “La nueva regulación del contrato de alimentos vitalicio en el Código Civil”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Colegio de Registradores y Mercantiles de España, 2006, p. 588.

(42) ECHEVARRÍA DE RADA, T., *El contrato de alimentos...*, cit., pp. 81 y 86.

contrato porque no lo impone la regulación del Código civil y porque de haberse pactado puede desaparecer por incumplimiento o porque por la misma dificultad de la convivencia en concreto lleve a la transformación de la obligación en el pago de una pensión periódica.

Lo que puede suscitar un problema grave en la vida del contrato es la *imposibilidad* de la convivencia de la que trata el Código civil para poder solicitar esa modificación de la prestación.

En este sentido, afirma Anderson que la imposibilidad no se predica en términos absolutos, sino que la inclusión del adjetivo *pacífica* señala que debe configurar el presupuesto de aplicación de la norma toda falta de entendimiento que imposibilite una convivencia normal, sin más roces que los derivados de lo cotidiano. La autora también destaca que precisamente la posibilidad de conversión de la deuda en una pensión, refleja claramente que la convivencia no es un requisito esencial<sup>(43)</sup>. A juicio de Calaza López, “la convivencia ha de entenderse como elemento esencial del contenido contractual, de tal modo que, salvo pacto en contrario, es inherente al negocio en sí. Por tanto, sería posible exigir su cumplimiento en cualquier momento, aunque inicialmente, por las circunstancias que fueren, al alimentista residiera en otro domicilio distinto”<sup>(44)</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

Como he expuesto, los artículos 1791 y siguientes del Código civil, que introdujo la Ley 41/2003, regulan el contrato de alimentos en el marco de la legislación que en un plano de acción mucho más amplio trata de paliar las penalidades de las personas con discapacidad o necesitadas de apoyo personal en su desenvolvimiento diario. Sin embargo, la citada Ley no exige requisito alguno de carácter subjetivo al alimentista o beneficiario para acogerse a dicho contrato. Pero los criterios de interpretación establecidos en el Código civil obligan a tener en cuenta cuál fue el motivo por el que el legislador introdujo dicha figura.

De la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, así como del marco legislativo en el que fue dictada, se desprende que el legislador quiso proteger a las personas que podemos considerar *vulnerables*.

Por ello, y en base a lo expuesto de manera más amplia a lo largo de este trabajo, entiendo que el contrato de alimentos celebrado en beneficio de una persona que no cumpla con la consideración de *vulnerable* –en el sentido amplio que le he dado anteriormente– adolecería de una falta de causa que provocaría la inexistencia del

---

(43) ANDERSON, M., “El contrato de alimentos: consideraciones en torno a la convivencia de las partes”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI: jornadas sobre las reformas de Derecho de familia: ponencias y comunicaciones*, UNED, El Derecho, Madrid, 2005, p. 195.

(44) CALAZA LÓPEZ, C., “El contrato de alimentos...”, cit., p. 10.

contrato –sin entrar a valorar ahora las cuestiones limítrofes como el posible fraude de ley, la simulación y la incompatibilidad con la figura de los alimentos legales–.

Esta falta de previsión del legislador, además, empaña el muy loable fin que se propuso, pues al poder acceder al contrato cualquier persona, y de no contemplarse la falta de causa que propongo, diluye el objetivo marcado por la propia ley.

Además, ello también ocurre, y como he tratado de forma mucho más somera, en otras varias cuestiones que sobre el contrato de alimentos el legislador ha pasado por alto, como son la no exigencia de forma y el problema de la convivencia de las partes.

El legislador debería, como propongo ahora, modificar la regulación del contrato de alimentos en el sentido que he apuntado, ganando con ello la siempre querida seguridad jurídica y la visualización del fin que el propio legislador pretende, esto es, proteger a las personas discapacitadas y en general a aquellas que puedan ser consideradas *vulnerables*.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERSON, M., “El contrato de alimentos: consideraciones en torno a la convivencia de las partes”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI: jornadas sobre las reformas de Derecho de familia: ponencias y comunicaciones*, UNED, El Derecho, Madrid, 2005.
- BERENGUER ALBALADEJO, C., *Contrato de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012.
- CALAZA LÓPEZ, C., “El contrato de alimentos como garantía de bienestar: análisis y propuestas de *lege ferenda*”, *Diario La Ley*, núm. 8777, Sección Doctrina, 7 de junio de 2016.
- CEDRÓN MÁRQUEZ, M. N., “El contrato de alimentos: análisis jurisprudencial y cuestiones controvertidas”, *Diario La Ley*, núm. 8734, Sección Doctrina, 5 de abril de 2016.
- COBACHO GÓMEZ, J. A., “Del antiguo al nuevo contrato de alimentos”, en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005.
- DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. II (tomo 1). El contrato en general. La relación obligatoria*, 11.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2016.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T., *El contrato de alimentos en el Código Civil*, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T., “El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 60, núm. 2019-2020, 2006, pp. 3461-3481.
- GÓMEZ LAPLAZA, C., “Consideraciones sobre la nueva regulación el contrato de alimentos”, *Revista de derecho privado*, Año n.º 88, Mes 2, 2004.

- LAMBEA RUEDA, A., “Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimentos a favor de tercero”, revista Aranzadi Civil, t. 15, v. 3, 2006.
- MESA MARREO, C., *El contrato de alimentos. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.
- NUÑEZ ZORRILLA, M. C., “La nueva regulación del contrato de alimentos vitalicio en el Código Civil”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Colegio de Registradores y Mercantiles de España, 2006.
- QUÍÑONERO CRVANTES, E., *La situación jurídica de la renta vitalicia*, Universidad de Murcia, 1979.
- RIERA ÁLVAREZ, J. A., “Las instituciones de prevención patrimonial: la renta vitalicia, los contratos de alimentos y los seguros de dependencia”, en *La defensa jurídica de las personas vulnerables*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (julio-agosto de 2007), 1.<sup>a</sup> ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2008.
- SANTOS MORÓN, M. J., *Lecciones de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 2014.
- ZURITA MARTÍN, “Anotaciones al nuevo contrato de alimentos”, Revista de Derecho Patrimonial, núm. 12, 2004-1.1.

**DE LA EXPECTACIÓN CONSTITUCIONAL A LA  
EUFORIA SUPRANACIONAL: 1978–2018**

**FROM THE CONSTITUTIONAL EXPECTATION TO  
THE SUPRANATIONAL EUPHORY: 1978–2018**

ELOY MIGUEL GAYÁN RODRÍGUEZ

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado. Universidade da Coruña*

---

**SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y CONSTITUCIÓN: PREFACIOS, PREÁMBULOS Y ESTUDIOS. DE LA VIRULENCIA A LA COTIDIANIDAD DOCTRINAL
- III. CONVERGENCIA DE TRIBUNALES Y DERECHOS HUMANOS EN LA INTERNACIONALIDAD CONSTITUCIONAL
  - 1. **Retrospección y futuro: aspectos generales**
  - 2. **El carácter residual de las normas de Derecho internacional privado frente a los “intereses particulares supranacionales”**
  - 3. **El aumento de actividad en el TEDH como fruto de la evolución interpretativa**

**Resumen:** Un relato sobre los pioneros del Derecho internacional privado que culminaron con éxito su adaptación a los principios constitucionales del 78, tras recorrer un camino repleto de luces y sombras, de sobresaltos normativos, de interpretaciones críticas, para, finalmente, consolidar su disciplina. Luces y sombras que retornan con el actual proceso de internacionalidad constitucional, que devora las normas de Derecho internacional privado nacionales, el orden público en el que se sustentan. Un proceso dirigido y amparado por un Tribunal Europeo de Derechos Humanos que aventaja a las Constituciones nacionales, que ejerce su poder supranacional y convierte a los ordenamientos estatales, a sus principios y valores, en especies invasoras del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

**Abstract:** A story about the pioneers of Private International Law who successfully completed their adaptation to the constitutional principles of 78, after traveling a path full of lights and shadows, of normative shocks, of critical interpretations, to

finally consolidate their discipline. Lights and shadows that return with the current process of constitutional internationality, which devours the norms of national Private International Law, the public order in which they are based. A process directed and protected by an European Court of Human Rights that is ahead of the national Constitutions, that exercises its supranational power and converts national law systems, their principles and values, into invaders species of the European Convention on Human Rights.

### I. INTRODUCCIÓN

La nostalgia inherente a las efemérides aflora, aún más, con la temporalidad. Así ocurre al recordar los cuarenta años de vigencia de la Constitución Española (en adelante CE), tiempo en el que hemos pasado de la virulencia doctrinal a un proceso decreciente en el interés por su estudio, lógico y proporcional a las reformas que adecuaron el sistema de Derecho Internacional privado (en adelante DIPr) a los principios constitucionales. La evolución y consolidación del orden constitucional fue pareja, durante esos años, a un Derecho comunitario pujante, a la notoriedad de un Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha generado nuevas tendencias con sus variadas y, en ocasiones, discutidas sentencias.

Ofreceremos un compendio doctrinal de lo acaecido en estos años, de la impronta de autores que disfrutaron con pasión de una parte esencial de nuestra historia; luces y sombras en la adaptación del DIPr a la CE. A pesar de la relevancia de esa adaptación, son escasos los trabajos específicos elaborados a lo largo de estos años, distanciados, en exceso, en publicaciones periódicas. Por ello, hemos creído conveniente conjugarlos con obras generales, cuyas sucesivas ediciones permiten mantener la continuidad en el estudio, sin sobresaltos. Tomaremos de ellas prefacios y preámbulos: páginas que, en ocasiones, pasan desapercibidas pero contienen una esencia digna de valorar que no debe desperdiciarse. Son esos cuarenta años de CE los que nos obligan a presentar un boceto del trabajo desarrollado por varias generaciones destacadas de internacional privatistas. Señalaba S. Sánchez Lorenzo al prologar, en 2008, la obra: *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, de J.M.<sup>a</sup> Espinar Vicente, que: "... con este libro echa ancla toda una generación, (...) una manera de ver y de aproximarse al DIPr"<sup>(1)</sup>. Se cierra un ciclo, interesante y meritorio por la complejidad de los inicios, apasionante por los retos a los que se enfrentaron los pioneros, un ciclo que nos permite entender el propio sentido del DIPr. Por ello, teniendo en cuenta lo que esas generaciones han representado, algunos de sus componentes ya tristemente fallecidos, otros felizmente jubilados o a las puertas de hacerlo, solo cabe alcanzar una conclusión: ¡gracias!

---

(1) Cf. ESPINAR VICENTE, J.M.<sup>a</sup>, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2008, p. 8.



El paso del tiempo nos conciencia y nos permite ver que, en la actualidad, son otros los problemas que afectan no solo al DIPr español, sino al conjunto de ordenamientos europeos. Problemas que se han generado por un conflicto evidente entre tribunales nacionales e internacionales, al verse superados los valores constitucionales por una tendencia globalizadora en lo social y en lo jurídico. Constataremos, así, que hemos superado el constitucionalismo estatal para adentrarnos, sin pudor, en un constitucionalismo internacional que, tal vez, nos devore; temática que centrará la segunda parte del trabajo.

La nostalgia, la mirada retrospectiva, condicionan este estudio incluido en *Diálogos jurídicos*, elaborado por un autor que se licenció, doctoró e impartió docencia en el Caserón de San Francisco; que tuvo su primer contacto con el DIPr en 1987, a través del manual del profesor J.C. Fernández Rozas: *Tráfico Jurídico externo y sistema de Derecho internacional privado*, no solo un referente para los estudiantes, sino para todo operador del derecho de la época; y un segundo contacto, ya definitivo, al incorporarse al Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Oviedo, en 1989, dirigida, ya por entonces, por una joven y destacada profesora: P. Rodríguez Mateos.

## II. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y CONSTITUCIÓN: PREFACIOS, PREÁMBULOS Y ESTUDIOS. DE LA VIRULENCIA A LA COTIDIANIDAD DOCTRINAL

Partimos de un prefacio de J.D. González Campos, fechado en Fuengirola el 14 de julio de 1978, es decir, cinco meses antes del nacimiento de nuestra Constitución. Señalaba al respecto: "... puede decirse que el proceso de cambio ha acelerado su ritmo, al compás de la adopción del texto de la nueva Constitución Española por las Cortes; pues el nuevo texto, sin duda alguna, deberá modificar, en un futuro inmediato, algunas de las soluciones del derecho hoy en vigor...; sino también para mostrar que la nueva realidad constitucional afecta directamente al sistema de normas de Derecho internacional privado"<sup>(2)</sup>. Sin embargo, ese entusiasmo ideal e inicial es

---

(2) Cf. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Prácticas de Derecho Internacional Privado*, vol-I, 6.ª ed., Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1978, p. 1.; Vid. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M.ª P., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ RODRIGÚEZ, L.I., VILLÁN DURAN, C., *Lecciones de Derecho internacional privado. Derecho de la nacionalidad. Derecho de extranjería*, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS (dir.), Oviedo, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1979, pp. 6-9. Algunas de las obras generales de referencia de DIPr reaccionaron de forma tardía al nacimiento y relevancia de la Constitución, actualizaciones retardadas tal vez por cuestiones puramente editoriales o personales. En la 8.ª ed. de A. MIAJA DE LA MUELA, de 1979, se mencionaba: "... normas de DIPr incluidas en constituciones o leyes... así ocurre en el Fuero de los Españoles" (cf. *Derecho internacional privado*, t-I, 8.ª ed., Madrid, 1979, p. 52). Si bien el profesor MIAJA DE LA MUELA falleció en 1981, será en la 9.ª ed. revisada, 1985, cuando A. BORRÁS y J.L. BUHIGUES desarrollan contenidos constitucionales: "La actual Constitución se limita a establecer los principios básicos en materia de nacionalidad y condiciones de los extranjeros, siendo muy escasa la referencia expresa al conflicto de leyes y de jurisdicción. Cuestión distinta

rebajado por una descripción elocuente de J.C. Fernández Rozas: “Tras los años de euforia renovadora, las expectativas de transformación del sistema español de DIPr han quedado devoradas por los monstruos que alimentan secularmente el panorama jurídico español: la rutina, el centralismo, la oposición cerril a los vientos del cambio, la intransigencia y la ignorancia prepotente”<sup>(3)</sup>. La complejidad de la situación era evidente dada la incompatibilidad del nuevo orden con fundamentos jurídicos previos que impedían introducir factores de racionalización en el contenido del DIPr. La imposibilidad de conjunción fue provocada por varias causas: la inconsciencia ante la urgente necesidad de actuar, la falta de visión global del legislador, la falta de atención por la Cámaras, el descuido de la política convencional, la inexistencia de una ley especial de DIPr, una jurisprudencia sin el dominio técnico de los instrumentos normativos<sup>(4)</sup>. Demasiadas trabas que incidieron en una deficiente formación de los juristas, a los que se les impidió captar la vertiente operativa y práctica de la disciplina, dada la ausencia de contenidos específicos de DIPr en oposiciones y concursos<sup>(5)</sup>. Algunas de estas reflexiones se mantienen en pleno siglo XXI, tanto a

---

es la influencia que los preceptos constitucionales están llamados a ejercer sobre la redacción, interpretación y aplicación de la materia objeto de DIPr” (*op. cit.*, p. 61). M. AGUILAR NAVARRO, en la edición de 1979 de su manual, sigue pautas similares en sus referencias al Fuero de los Españoles (*vid. Derecho Internacional Privado*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1979, p. 471).

(3) Cf. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tráfico jurídico...*, *op. cit.*, p. 5. La euforia convivió con cierto desaliento, al considerarse que se trataba de una Constitución en la que no constaban excesivas referencias al DIPr.: nacionalidad (art. 11), condición del extranjero (art. 13), una exclusiva denominación del conflicto de leyes en el art. 149.8 (conflictos internos)..., y se echaba en falta en las disposiciones finales, adicionales o transitorias, una referencia a una legislación especial que revisara todos los sectores del DIPr (percepción esta última que aún se mantiene en pleno siglo XXI), (*cf.* FERRER SANCHÍS, P.A., “Algunas cuestiones interesantes en la Constitución Española de 1978 con especial referencia al Derecho internacional privado”, *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miñaca de la Muela*, t-II, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 1075-1082). Fue una constante referirse al alto grado de desconstitucionalización de los sectores referentes a la nacionalidad y a la extranjería (*vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho internacional privado*, 2.ª ed. revisada, Oviedo, 1985, pp. 120 y 121; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., *Curso de Derecho internacional privado*, vol-II, Oviedo, 1983, p. 20; ESPINAR VICENTE, J.M.ª, “La función de la nacionalidad y la extranjería en el Derecho internacional privado contemporáneo”, *AEDIPr*, t-XII, 2012, pp. 58-60. Para un análisis de la evolución de los derechos de los extranjeros, *vid.* VIDAL FUEYO, M.ª C., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de Derechos Fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”, *REDC*, núm. 85, 2009, pp. 355-362.

(4) Cf. ESPINAR VICENTE, J.M.ª, “Constitución, desarrollo, legislatura y Derecho internacional privado”, *REDI*, vol-XXXVIII, 1986-1, pp. 109-113. Téngase en cuenta que en la *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, hasta 1986, ni en su sección de Estudios, ni en la de Notas, ni en la de Documentación, aparecen trabajos específicos sobre la Constitución Española. Sí destacan varios estudios de especial trascendencia pero sectoriales (*vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Nacionalidad, vecindad civil y vecindad administrativa: consideraciones sobre el desarrollo constitucional”, *REDI*, vol-XXXIII, 1981-1, pp. 145-159; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M., “El principio de igualdad y su incidencia en el nuevo Derecho español de la nacionalidad”, *REDI*, vol-XXXV, 1983-2, pp. 431-446; ARCE JANÁRIZ, A., “Claves constitucionales de revisión de los conflictos de leyes internos. Comentario la STC 72/1983, de 29 de julio”, *REDI*, vol-XXXVI, 1984-2, pp. 547-576.

(5) Cf. ARROYO MONTERO R., “Proyección en la Jurisprudencia española de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, *REDI*, vol-XL, 1988-2, pp. 89 y 102. En idéntico sentido se manifestaba J.M.ª ESPINAR VICENTE sobre la falta de formación de los juristas en la materia, así como cierto desinterés en su aplicación (*cf.* “Constitución...”, *loc. cit.*, pp. 112 y 113). De hecho, en el momento de

nivel interno como institucional, y constatan que el conocimiento del DIPr es una tarea imposible<sup>(6)</sup>. La dificultad en el aprendizaje, en el manejo de fuentes y técnicas, continúa en la actualidad, si bien las causas difieren de las referidas al hablar de la CE. El problema actual lo origina la vasta producción del Derecho comunitario que, en ocasiones, no se caracteriza, precisamente, por su claridad expositiva y de aplicación.

Con la evolución doctrinal se presenció el abandono del estudio de cuestiones genéricas y formales, para centrarse en aspectos clave del DIPr, configurado en base legal y amparado en la seguridad jurídica y en intereses constitucionales: se venció la rigidez del método de atribución a través del perfeccionamiento de la localización y la consecución de un resultado material<sup>(7)</sup>, de técnicas flexibles con conexiones de carácter sucesivo, se crearon foros de competencia de carácter concurrente, y la justicia del resultado obtuvo su reconocimiento al aplicarse las normas con un gran margen de apreciación en la solución del supuesto concreto<sup>(8)</sup>, todo ello amparado

---

la aplicación de las normas de DIPr se detectó una doble actividad de los jueces ordinarios. Una consistente en no aplicar las normas materiales o de conflicto, no depuradas (contrarias a la Constitución). Otra, aplicando, en función de las circunstancias del caso concreto, normas ya depuradas, pero sometidas en su interpretación a los valores constitucionales (función de interpretación), (cf. RODRÍGUEZ MATEOS, P., "La proyección de la Constitución en el sistema español de Derecho internacional privado", en *Homenaje a la Constitución Española. XXV Aniversario*, Oviedo, Servicio de Publicaciones, Universidad de Oviedo, 2005, pp. 65-71).

(6) Un análisis demoledor de la situación actual lo lleva a cabo S. SÁNCHEZ LORENZO. Afirma que: "lamentablemente, el Derecho internacional privado no solo no está al alcance de los mortales comunes, sino que desborda generalmente las aptitudes de buenos juristas que no sean realmente expertos en Derecho internacional privado. Y entre ellos se encuentran, además de los atónitos estudiantes, los propios jueces, notarios o registradores encargados de aplicarlo" (cf. SÁNCHEZ LORENZO, S., "Cincuenta años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea: el lado oscuro", *50 años de Derecho Internacional privado de la Unión Europea en el diván*, C. ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., (eds.), Valencia, Tirant lo Blanch 2019, p. 64. Detalla el citado autor, como ejemplo muy gráfico, la dificultad que implica para un jurista resolver una crisis matrimonial internacional, dada la variedad y complejidad de textos normativos que mutan en ocasiones de forma desproporcionada: Reglamento Bruselas II bis (competencia en materia de divorcio y de responsabilidad parental); Reglamento "Bruselas III" (competencia sobre alimentos de los hijos y pensión compensatoria, con reglas diferentes y complejas); Reglamento 2016/1103 (competencia sobre la disolución del régimen económico matrimonial); Reglamento Roma III (ley aplicable al divorcio); Convenio de La Haya de 1996 (ley aplicable a la responsabilidad parental); Protocolo de La Haya de 2007 (ley aplicable a la pensión compensatoria y a los alimentos de los hijos); Reglamento 2016/1103 (ley aplicable al régimen económico matrimonial).

(7) Cf. RODRÍGUEZ MATEOS, P., "Una perspectiva funcional del método de atribución", *REDI*, vol-XL, 1988-1, p. 125.

(8) Cf. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Lecciones de Derecho internacional privado*, Oviedo, 1988, p. 110. Vid. OLIVARES D'ANGELO, J.J., "Algunas observaciones sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la condición jurídica del extranjero", *REDI*, vol-XXXVI, 1984-1, pp. 103-121. La inconstitucionalidad sobrevenida de las normas de DIPr, la incidencia de los valores constitucionales en la aplicación del sistema, la tutela judicial efectiva; materias que engloban las principales sentencias en los primeros doce años de vigencia de la Constitución: Sent. TS (Sala 1.ª), de 6 de octubre de 1986; Auto TS (Sala 1.ª), de 24 de octubre de 1979; Sent. Juzgado de 1.ª Instancia de Gijón, de 13 de octubre de 1986; Sent. TC (Sala 2.ª) núm. 146, de 24 de septiembre de 1987, Recurso de amparo 304/1987; Sent. TC (Sala 1.ª) 43/1986, de 15 de abril; Auto TC (Sala 1.ª, Sec. 2.ª), de 13 de mayo de 1987; Sent. T.C. (Sala 2.ª) 54/1989, de 23 de febrero (vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., FERNANDEZ ROZAS, J.C., "Prácticas...", *op. cit.*, pp. 35-76).

en los nuevos principios. Asentados los pilares formales y conceptuales del sistema, se perfiló la concepción del orden público<sup>(9)</sup>, configurado por la determinación de los principios y valores fundamentales de la CE<sup>(10)</sup>. De este modo, las normas constitucionales sirvieron para colmar las lagunas de las reglas de conflicto en una determinada orientación material, o para controlar y valorar el contenido del Derecho extranjero reclamado, al igual que se estableció como límite en el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales<sup>(11)</sup>.

Sin embargo, la ampliación y modernización gradual del sistema de DIPr<sup>(12)</sup>, lograda a través de la incorporación de numerosos tratados internacionales que contenían normas de DIPr<sup>(13)</sup>, y de las sucesivas reformas del derecho material, tanto en el CC. como en leyes especiales<sup>(14)</sup>, provocaron una dislocación o fraccionamiento

---

(9) El articulado constitucional que se valoró como relevante para el DIPr y que, sin duda, influyó en la configuración del orden público, se corresponde con: la libertad, la justicia y la igualdad (art. 1); sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento público (art. 9); libre desarrollo de la personalidad (art. 10); interpretación de las normativas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce conforme a la Declaración Universal de derechos humanos (art. 10), (aspecto este último que cobra especial relevancia dado el papel protagónico que ha ido alcanzando el TEDH), igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14); libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16); derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18), (en este se incluye la intimidad personal y familiar, y debe ser analizado conjuntamente con el art. 8 del CEDH, artículo que ha provocado un aumento de sentencias del TEDH en los últimos años, dada la falta de concreción de sus conceptos); derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica del hombre y la mujer (art. 32); protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39). *Vid.* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El Derecho internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 63-219.

(10) *Vid.* GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., FERNÁNDEZ ROZAS J.C., *Derecho internacional privado español. Textos y materiales*, vol-I (*Derecho Judicial internacional*), Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1990, p. 12; GARCÍA VELASCO, I., *Derecho internacional privado. Reflexiones introductorias*, Salamanca, Librería Cervantes, 1994, pp. 136 y 137. La imbricación del orden público y los principios constitucionales fue claramente asumida por el TC, al afirmar que “el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución en la que, sin discusión, penetra el conjunto de principios que inspiran el orden constitucional y, entre ellos, muy especialmente los derechos fundamentales y las libertades públicas” (Sent. 132/1991, de 17 de junio, Recurso de amparo 1926/1988), (*cf.* RODRÍGUEZ MATEOS, P., “La proyección...”, *op. cit.*, p. 66). *Vid.* STC 43/1986, de 15 de abril.

(11) *Cf.* ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., *Derecho Internacional Privado Español y Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1988, p. 255.

(12) *Vid.* BORRÁS, A., “30 años de España en la Unión Europea: su significado en el ámbito del Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t-XVI, 2016, p. 38. La evolución prosigue actualmente con la europeización del DIPr (*vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S., “España y Europa, treinta años para una nueva mentalidad jurídica”, *AEDIPr*, t-XVI, 2016, pp. 43-49).

(13) *Vid.* DASTIS QUECEDO, A.M.<sup>a</sup>, “La noción de Tratados que implican obligaciones financieras para la Hacienda Pública (en torno a ciertos problemas prácticos de aplicación del art. 94 de la Constitución)”, *REDI*, vol-XXXVIII, 1986-1, pp. 135-149.

(14) *Cf.* GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate”, *REDI*, vol-LII, 2002-2, pp. 354 y 355. Señala al respecto los arts. 21 a 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial; la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje; Ley 11/1981, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen eco-

excesivo del sistema, por lo que hubo que esperar más de una década para ajustar las normas de conflicto a la Constitución. Una etapa compleja que no ha dejado indiferente a la doctrina, al afirmar que esos años se han traducido en una miseria normativa, prisionera de tecnicismos y de prácticas retrospectivas esclerotizantes que se acusó en los órganos de la Administración. Un periodo torpe, oscuro y sin la proyección que exigía el ritmo de la transformación social<sup>(15)</sup>.

A pesar de todos los obstáculos, de esas luces y sombras a las que nos hemos referido al inicio, con los principios constitucionales se logró el abandono del imperialismo jurisdiccional reinante hasta el momento; y las reformas consiguieron equilibrar un sistema discriminatorio respecto de la mujer, la protección de los menores..., y se inició un aperturismo que dio fruto a nuevas esperanzas<sup>(16)</sup>. Así, el art. 32.2 CE al reconocer el divorcio impulsó la reforma del derecho de familia (Ley 30/1981, de 7 de julio; respecto a la forma del matrimonio)<sup>(17)</sup>, los arts. 14, 16, y 32 de la CE tuvieron su incidencia en la redacción de los arts. 49 a 51, 65 y 80 del CC. Igualmente, y con un retraso de diez años, los valores constitucionales contenidos en los arts. 14 y 39.2, referidos a la igualdad jurídica y a la protección del hijo, se proyectaron en la reforma de los párrafos 4.º y 5.º del art. 9 del CCc<sup>(18)</sup>, operada por la Ley 21/1987, por la que se modificaron determinados artículos del CC y de la LEC en materia de adopción<sup>(19)</sup>. Algunos preceptos (art. 9,2 y 9,3 CC) tuvieron una larga pervivencia aun a pesar de atentar contra el principio de igualdad en general y de igualdad de los cónyuges, hasta que vio la luz la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del CC en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo<sup>(20)</sup>. Esta última supuso la modificación de las normas de conflicto

---

nómico del matrimonio; Ley 11/1990, de reforma del CC en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo; Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (*op. cit.*, pp. 356 y 357). *Vid.* ARCE JANÁRIZ, A., “Claves constitucionales...”, *loc. cit.*, pp. 547-548.

(15) *Cf.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 8.

(16) *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tráfico jurídico...*, *op. cit.*, pp. 122 y 123. *Vid.* CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol-I, 17.ª ed., 2017, pp. 76-79.

(17) *Vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S., “Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol-XLI, 1989-2, pp. 500 y 501.

(18) *Vid.* BORRÁS, A., “Cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 9.2 del Código Civil en su redacción anterior a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, *AEDIPr*, t-IV, 2004, pp. 1036-1040; RODRÍGUEZ PINAU, E., “La inconstitucionalidad del art. 9.2 del CC de 1974”, comentario a la STC 39/2002, de 14 de febrero, *REDI*, vol-LIV, 2002-1, pp. 243-254.

(19) *Cf.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 114.

(20) *Cf.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Desarrollo y normalización constitucional del Derecho internacional privado español”, en *Pacis Artes, Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t-II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1146 y 1147; *vid.* STC 39/2002, de 14 de febrero; *vid.* BORRÁS, A., “La Ley 11/1990 de 15 de octubre: de la no discriminación por razón de sexo a la discriminación entre los ordenamientos jurídicos”, *REDI*, vol-XLIII, 1991-1, pp. 272-275. La citada autora consideraba que: la dimensión internacional de la reforma se refiere esencialmente a los efectos del matrimonio y a los derechos del cónyuge superviviente. No puede olvidarse que la cuestión básica planteada por la reforma era la supresión de las discriminaciones existentes en el texto vigente con anterioridad a la Constitución de 1978 (*cf. loc. cit.*, p. 273); *vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La familia en la Constitución Española”, *REDC*, núm. 58, 2000, pp. 19-36;

relativas a los efectos del matrimonio, régimen matrimonial pactado y adopción, e introdujo el sometimiento de los derechos del cónyuge superviviente a la ley rectora de los efectos del matrimonio. En similar medida se adaptó al principio de igualdad el régimen de la vecindad civil, al tiempo que, en función del art. 149, 1.8.º CE se perfilearon normas de Derecho aplicable para la solución de los llamados conflictos internos<sup>(21)</sup> (derecho de viudedad de la Compilación aragonesa y efectos del matrimonio entre españoles con distinta vecindad civil)<sup>(22)</sup>. En cuanto a la competencia judicial internacional<sup>(23)</sup> los principios del texto constitucional se aglutinaron en torno a los arts. 24.1 y 2, 117.3: juez predeterminado por la ley, derecho a la tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión<sup>(24)</sup>, y su entrada en vigor obligó a arrumbar la indeterminación y la consiguiente inseguridad que, hasta entonces, informaba la legislación y la jurisprudencia; de modo que toda interpretación sobre si existía o no competencia judicial internacional exigía constatar la adecuación a los principios y

---

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “La jurisprudencia sobre parejas de hecho: entre digo y Diego”, *Persona y Derecho*, núm. 55, 2006, pp. 933-947; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.ª O., “Constitución y parejas de hecho”, *REDC*, núm. 58, 2000, pp. 45-69.

(21) *Vid.* ALVAREZ GONZÁLEZ, S., “Derecho interregional: claves para su reforma”, *AEDIPr*, t-III, 2003, pp. 44-48; *id.* “Extensión de la plurilegislación civil española. La competencia legislativa en materia de Derecho civil en la STC 31/2010”, en *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum J.L. Iglesias Buhigues*, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO (eds.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 23-39; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *REDI*, vol-LII, 2002-2, pp. 690-695; ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Derecho Interregional. Conflictos internos y Derecho comunitario privado”, *Liber Amicorum J.L. Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 41-55. *Vid.* STC 72/1983, de 29 de julio; STC 93/2013, de 23 de abril; STC 156/1993, de 6 de mayo; STC 93/2013, de 23 de abril.

(22) *Cf.* RODRÍGUEZ MATEOS, P., “La proyección...”, *op. cit.*, p. 68.

(23) STC 61/2000, de 13 de marzo: “...cuando la resolución judicial aprecia falta de competencia judicial internacional o de jurisdicción, el señalamiento de otro órgano judicial como competente carece de sentido... y se resuelva en la pura y simple ausencia de competencia, pero sin señalar órgano judicial alguno que pueda conocer de la resolución del asunto”; STC 140/1995, de 28 de septiembre: “... el legislador no ha querido atribuir una ilimitada extensión a la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles sino solo un volumen razonable en atención a la proximidad o vinculación de los supuestos con nuestro ordenamiento”; STC 61/2000, de 13 de marzo: “... de modo que el demandado en el proceso civil solo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados”; STC 10/2000, de 31 de enero: “... la debida diligencia por parte del juez no solo ha lesionado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) sino que además, causándole indefensión (art. 24.1) desestimó su demanda de separación a consecuencia, precisamente, de la frustración de dicha prueba, solo imputable al órgano judicial”; STC 43/1986, de 15 de abril: “...nuestras autoridades públicas, incluidas los jueces y tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan una vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a españoles y extranjeros”; STC 54/1989, de 23 de febrero: “... estas exigencias no suponen solo que la resolución extranjera no haya sido dictada en rebeldía. Requiere también en aplicación del apartado 3.º del mismo art. 954 LEC que el Tribunal español, a la hora de decidir sobre la ejecución en España de una resolución judicial extranjera tenga en cuenta las garantías contenidas en el art. 24 CE”. Para un estudio detallado de todas ellas *vid.* BORRÁS, A., “Constitución Española y Derecho internacional privado”, en *La Constitución y el ordenamiento jurídico*, J.M.ª CASTELLÁ ANDREU, (coord.), Barcelona, Atelier, 2005, pp. 118-128.

(24) *Cf.* RODRÍGUEZ MATEOS, P., “La proyección...”, *op. cit.*, pp. 65-71.

valores constitucionales<sup>(25)</sup>. La aplicación judicial del derecho extranjero se enriqueció con la nueva perspectiva constitucional de tres sentencias del TC (10/2000, de 17 de enero; 155/2001, de 2 de julio; 33/2002, de 11 de febrero)<sup>(26)</sup>. Concretamente, en la última, se estimó que al no haberse acreditado el contenido del derecho extranjero y desestimar la demanda, se vulneraba el principio de tutela judicial efectiva de los demandantes. Sin embargo, la aplicación judicial del derecho extranjero ha sido y sigue siendo un elemento de continua reflexión en el sistema español, debido a la falta de claridad con la que el legislador se expresó en la reforma del CC de 1974 y en la reglamentación de la LEC 2000<sup>(27)</sup>, incluso con la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil<sup>(28)</sup>.

Son suficientes unas páginas para dejar constancia de la pasión que la doctrina mostró en un periodo necesariamente convulso por la novedad que supuso la CE, años de adaptaciones e interpretaciones que originaron desajustes y discrepancias doctrinales y jurisprudenciales, alargándose en exceso en el tiempo<sup>(29)</sup>. Las nuevas normativas adaptadas y la jurisprudencia marcaron el discurrir y la evolución del DIPr, sin perjuicio de interpretaciones posteriores para amoldarse a la realidad social<sup>(30)</sup>. Si bien es evidente que la Constitución ha sido relevante en el DIPr, sobre todo en sus veinticinco primeros años de existencia y relaciones, una vez llevada a cabo la labor de depuración del sistema, su papel, sin discutir su relevancia jerárquica, es menor; dato que se constata con el tratamiento meramente descriptivo, incluso inexistente, que, de forma progresiva, han ido mostrando la mayor parte de obras generales de DIPr<sup>(31)</sup>. Como afirma la doctrina, debemos ser cuidadosos para no convertir en cuestiones constitucionales lo que son meras cuestiones de legalidad ordinaria<sup>(32)</sup>.

Superado un periplo, las tendencias apuestan por nuevas materias derivadas de la innovación, de las nuevas tecnologías aplicadas a todos los sectores de la vida. Así, resulta

---

(25) Cf. AMORES CONRADI, M.A., “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, *REDI*, vol-XLI-1, 1989, pp. 113 y 154.

(26) Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Desarrollo y...”, *op. cit.*, p. 1149; HEREDIA CERVANTES, I., “Competencia de los Tribunales españoles para modificar decisiones extranjeras (Comentario a la STC 61/2000, de 13 de marzo)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 185-205.

(27) Cf. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La aplicación judicial del derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, vol-LIV, 2002-1, pp. 206, 212, 213, 222.

(28) Vid. DIAGO, M.ª P., “La prueba del derecho extranjero tras la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *AEDIPr*, t-XVII, 2017, p. 534; CALVO CARAVACA, A.L., “Aplicación judicial del derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *REDI*, vol-LXVIII-2, 2016, pp. 143-145.

(29) Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S., “Las parejas...”, *loc. cit.*, pp. 500 y 501.

(30) Vid. Sobre tendencias actuales normativas y sociales, DE MIGUEL ASENSIO, P., “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr*, t-I, 2001, pp. 37-87.

(31) Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., PALAO MORENO, G., *Manual de Derecho internacional privado*, 10.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 97 y 98; AAVV, *Derecho internacional privado*, P. Abarca Junco, (dir.), Madrid, UNED, 2013, pp. 62 y 63.

(32) Cf. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, 4.ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2017, p. 40. Para un estudio detallado del papel de la Constitución en el DIPr, *vid.*, CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 73-88.

ilustrativa la enumeración parcial, aunque muy significativa que lleva a cabo F. Garau Sobrino: *Smart contract, blockchain*, filiación 3.0: maternidad subrogada, el estatuto personal de los robots<sup>(33)</sup>. Estos y otros sectores sobrepasarán la propia normativa interna, y todas aquellas cuestiones parejas a ellos que deban enmarcarse en valores y principios constitucionales, en los derechos humanos, inevitablemente deberán ser leídas en clave del llamado constitucionalismo internacional. Por ello, tras cuarenta años de CE, es probable que no solo deba plantearse una reforma para su adaptación a los nuevos tiempos, sino prepararse para la posición que ocupará, dada la tendencia creciente y abrumadora del Derecho comunitario, del papel que ha jugado, que juega y jugará con mayor intensidad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), cuya actuación en el desarrollo del Convenio Europeo de Derechos humanos (en adelante CEDH), fruto de la interpretación evolutiva, ha dado y dará lugar a nuevas luces y sombras.

### III. CONVERGENCIA DE TRIBUNALES Y DERECHOS HUMANOS EN LA INTERNACIONALIDAD CONSTITUCIONAL

#### 1. Retrospección y futuro: aspectos generales

De la expectación constitucional nos trasladamos a la euforia supranacional, lo que provoca, por una parte, problemas de convergencia de la CE con otras instancias, en una realidad inevitable y que debemos asumir. Por otra, vivimos un presente y avanzamos hacia un futuro que devora las legislaciones nacionales bajo el amparo del TEDH, un atlante dormido para el DIPr, más de cincuenta años sin referencias específicas en sus sentencias. Pero ha despertado en el comienzo del siglo XXI para establecer valores materiales que deben presidir el DIPr y someter el orden público internacional al servicio de dichos valores<sup>(34)</sup>. De esta forma, debemos señalar que la discusión sobre el posicionamiento de la CE en las relaciones internacionales es prolija<sup>(35)</sup>, al igual que resulta inquietante la incidencia que se le atribuye al DIPr sobre

---

(33) Cf. GARAU SOBRINO, F., “El Derecho internacional privado que viene: el futuro ya está aquí”, *AEDIPr*, t-XVII, 2017, pp. 303-332.

(34) Cf. CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestión por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol-7, núm. 2 (2015), p. 94, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558>, 25 de noviembre 2109.

(35) Debería resultar adecuado que la CE contemplase expresamente, en su articulado, el fundamento jurídico de la participación española en la construcción europea, sus consecuencias jurídicas e institucionales y los valores que deberían presidir el proceso, legitimando de una forma más precisa la articulación jurídica y política en el plano interno y el comunitario (cf. PALOMARES AMAT, M., “La Unión Europea, el Derecho Comunitario y la Constitución Española”, en *La Constitución y el Ordenamiento Jurídico*, J.M.ª CASTELLÁ ANDREU (coord.), Barcelona, Atelier-Facultad de Derecho Universidad de Barcelona, 2005, p. 116). El Consejo de Estado ha asumido en sus pronunciamientos la conveniencia de europeizar la CE, ya que la ausencia de mención expresa a la UE implica que no hay referencia alguna al fenómeno de integración europea ni en el plano teológico ni en el plano instrumental. Una posible reforma del art. 93 debería incorporar esta cláusula



la vida privada al aplicarse sus normas, un derecho en el que interfieren instancias supranacionales favorables al reconocimiento de decisiones extranjeras contrarias al orden público de los Estados y que afectan a la vida familiar<sup>(36)</sup>. Por ello, hemos creído conveniente y necesario introducir una reflexión, general y detallada, sobre la actuación del TEDH en asuntos que superan el ámbito constitucional interno, sobre su encumbramiento; y, a continuación, disponer de algunas sentencias relevantes que permiten constatar el papel del TEDH y su incidencia en el DIPr.

Sin duda, el TEDH ha desempeñado un importante bagaje supranacional respecto de la CE y del propio TC, a la hora de interpretar principios contenidos en el CEDH<sup>(37)</sup>. Si bien la actitud del TC responde al cumplimiento del mandato de interpretación conforme al art. 10.2 CE<sup>(38)</sup>, desde la perspectiva interna utiliza el canon europeo

---

europea que afiance la garantía de estatalidad y constitucionalidad, (cf. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Europa en la Constitución”, en *La Constitución Española: 1978-2018*, M.ª I. ÁLVAREZ VÉLEZ; C. VIDAL PRADO (coords.), Madrid, Lefebvre, 2018, pp. 538 y 539). El TJUE en la Sentencia *Melloni*, de 26 de febrero de 2013, niega la posibilidad de que se puedan aplicar las previsiones del ordenamiento de producción interna, en este caso, la CE y la legislación española, en lugar del Derecho de la UE, en relación con la orden de detención europea. La invocación por un Estado miembro del Derecho nacional, incluso si es de rango constitucional no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (cf. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *op. cit.*, pp. 543 y 544). Entre los Tribunales de los Estados miembros y los Tribunales comunitarios no existe subordinación de los primeros a los segundos en una relación de jerarquía, y operan como presupuesto: Principio de la integración del ordenamiento comunitario en los órdenes nacionales, [(TJCE en su Sentencia de 15 de julio de 1964 (asunto *Costa c. ENEL*)]]; Principio de primacía del Derecho comunitario sobre la totalidad del Derecho interno de los Estados miembros y el de efecto directo del primero sobre el segundo. El Derecho comunitario, pese a su supremacía sobre el Derecho interno no posee rango constitucional. La contradicción entre el contenido de una norma comunitaria y el de una norma interna no convierte en litigio constitucional lo que solo es un conflicto de normas infraconstitucionales, [ (cf. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre Tribunales comunitarios y Tribunales nacionales”, en *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), ALONSO GARCÍA, R. (subdir.), Madrid, Civitas, 2002, pp. 494-499)]; *Vid.* ARZOZ SANTISTEBAN, X., “La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los Derechos fundamentales constitucionales”, *REDC*, núm. 74, 2005, p. 69; RODRÍGUEZ MATEOS, P., “Técnica normativa, Derecho extranjero y pluralidad de fuentes”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t-II, Madrid, Eurolex, 2005, p. 1724.

(36) *Vid.* BARATTA, R., “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de la familia”, *AEDIPr*, t-XVI, 2016, p. 106.

(37) *Vid.* ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R., “Los Derechos en el constitucionalismo: tipología y tutela *multilevel*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 247-254; CASCAJO CASTRO, J.L., “Constitución y Derecho constitucional en la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm., 15, 2005, pp. 89-106; DÍEZ-PICAZO, L.M.ª, “Límites internacionales al poder constituyente”, *REDC*, núm. 76, 2006, p. 18; JAESTADT, M., “La liga constitucional europea. El encanto teórico constitucional y la insuficiencia teórica del principio de incertidumbre”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, pp. 167-173; *vid.* RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., (ed.), *Jurisprudencia y sistema de Derechos en la Unión Europea*, Sevilla, Athenaica, 2016, pp. 9-57; QUERALT JIMÉNEZ, A., *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 68-70.

(38) *Vid.* para un estudio detallado, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El Derecho internacional de los Derechos humanos en la Constitución española: 25 años de Jurisprudencia constitucional*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 19-49; BOROWSKI, M., “La restricción de los Derechos Fundamentales”, *REDC*, núm. 59, 2000, pp. 29-56. Todo depende del concepto de interpretación que se emplee: bien como proceso o resultado; la utilización de la realidad social como método no

como instrumento interpretativo de manera ordinaria, como fuente de autoridad y garantías de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución<sup>(39)</sup>. Ahora bien, sería conveniente incluir, en una eventual reforma de la CE, una serie de referencias relativas a la posición del CEDH, así como a la obligatoriedad del cumplimiento de sus sentencias, bajo un sustrato de confianza en la legitimidad tanto del Convenio como del TEDH<sup>(40)</sup>. Debe tenerse en cuenta que, en teoría, el CEDH no es un tratado que tenga por fin reemplazar o sustituir a los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, sino el complementarlos con garantía y control<sup>(41)</sup>. Así se manifiesta el TEDH en el “Dictamen emitido sobre el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre

---

tiene que llevar más allá de la letra de la norma. Las discusiones son frecuentes y la interpretación evolutiva es criticada porque juega contra ella el temor a la hipertrofia de los poderes del intérprete privilegiado de la Constitución, el TC, que no es sino la manifestación del mismo miedo al activismo judicial existente en la aplicación de la ley y aún más cuando se rechaza con enérgica y expresiva frase que aquel se convierta en una cámara legislativa [ (cf. LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la STC sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio permitiendo el de personas del mismo sexo)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 191, 195 y 196)]; vid. LIMBACH, J., “Papel y poder del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 1999, pp. 93-97; RODRÍGUEZ RUIZ, B., “Matrimonio, género y familia en la Constitución Española: Trascendiendo la familia nuclear”, *REDC*, núm. 91, 2011, pp. 69-99; CARMONA CUENCA, E., “La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos humanos: un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *REDC*, núm. 104, 2015, pp. 297-328. Es posible que el Estado constitucional mantenga vigente de manera simultánea y plenamente compatibles, la Ley, los Principios constitucionales y los Derechos fundamentales, de manera que legisladores y jueces asuman el papel que la propia Constitución le asigna (cf. SUÁREZ ROMERO, M.A., “Leyes, Principios jurídicos y Derechos fundamentales en el actuar de los jueces y legisladores. Una propuesta positivista ante la templanza del constitucionalismo”, *Derechos y Libertades*, núm. 36, 2017, p. 245). Resulta necesario redefinir el papel del TC, que ha determinado el contenido constitucionalmente válido de los derechos fundamentales y tomado buena consideración de la doctrina del TEDH que ha utilizado en numerosas ocasiones como ratio de sus sentencias (STC 167/2002, de 18 de septiembre FJ 9; STC 120/2009, de 18 de mayo FJ 6), al igual que ha desarrollado una función explicativa del Derecho español contribuyendo de forma indirecta a la calidad y a la legitimidad de la jurisprudencia del TEDH relativa a España, (cf. RIPOLL CARULLA, S., VELÁZQUEZ GARDETA, J.M., PARIENTE DE PRADA, I., UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., *España en Estrasburgo. Tres décadas bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi-Universidad del País Vasco, 2010, pp. 15 y 16). Vid. BLANCO VALDÉS, R.L., “La política y el Derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (Apuntes para un balance)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 1999, 241-272.

(39) Cf. QUERALT JIMENEZ, A., “Los usos del canon europeo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Una muestra del proceso de armonización europea en materia de Derechos Fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 469 y 470; vid. *id.*, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; RIPOLL CARULLA, S., “Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH”, *REDC*, núm. 79, 2007, pp. 344 y 345; ZUMAQUERO, J., “La Constitución Española de 1978 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Persona y Derecho*, núm. 8, 1981, p. 347.

(40) Cf. GUILLÉN LÓPEZ, E., “Ejecutar en España las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho Constitucional Europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, p. 369.

(41) Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Protección de la intimidad y tratamiento autorizado de datos de carácter personal en el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol.-XLIV, 1992-2, p. 432.

un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente, solicitado por el Tribunal de Casación francés (Demanda n.º P16-2018-001), y emitido el 10 de abril de 2019 (solicitud de dictamen formulado en el contexto de un procedimiento interno destinado a revisar el recurso interpuesto por los demandantes en la STEDH de 24 de junio de 2014, asunto *Menesson c. Francia*)". Considera el TEDH que el objeto del procedimiento del dictamen es fortalecer la interacción con las autoridades nacionales, reforzando la aplicación del Convenio y orientando al órgano judicial solicitante. Es un instrumento de definición del comportamiento nacional, un instrumento de armonización de efecto mínimo del derecho interno de los Estados contratantes<sup>(42)</sup>. Así, cierta doctrina afirma que las disposiciones de DIPr se incluyen de pleno en el escrutinio de los órganos internacionales que velan por los derechos humanos, no siendo libres los Estados de confiar en ellos cuando administran procedimientos, ni para conceder efectos a estados civiles adquiridos correctamente en el extranjero<sup>(43)</sup>. No obstante, una cuestión es la incorporación del Convenio y otra que sus normas sean auto ejecutorias, dependiendo de las condiciones jurídicas de cada Estado Parte<sup>(44)</sup>. Según el art. 96 de la CE, el CEDH forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. Su rango es cuasiconstitucional porque no puede ir contra la Constitución, pero tampoco puede ser derogado, modificado o suspendido por leyes internas ordinarias<sup>(45)</sup>. Así, el TEDH en su Sentencia de 13 de junio de 1979, asunto *Marckx c. Bélgica*, tras limitar los efectos retroactivos de sus sentencias, señaló que en ciertos Estados partes que disponen de un Tribunal Constitucional, se ha hallado una solución similar: su derecho público limita los efectos retroactivos de aquellas decisiones del Tribunal que anulan una ley<sup>(46)</sup>. En ocasiones, no solo ha declarado el

---

(42) Cf. Ministerio de Justicia. Abogacía del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado, p. 8, [https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429190384?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDictamen\\_de\\_10\\_de\\_abril\\_de\\_2019\\_en\\_relacion\\_con\\_el\\_reconocimiento\\_en\\_el\\_Derecho\\_interno\\_de\\_una\\_rela.PDF&blobheadervalue2=Docs\\_TEDH\\_Tribunal](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429190384?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDictamen_de_10_de_abril_de_2019_en_relacion_con_el_reconocimiento_en_el_Derecho_interno_de_una_rela.PDF&blobheadervalue2=Docs_TEDH_Tribunal), 20 de noviembre 2019.

(43) Cf. BARATTA, R., "Derechos fundamentales...", *loc. cit.*, p. 107.

(44) *Vid.* sobre el margen de apreciación estatal, GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pp. 377-384. El citado autor considera que su uso produce inseguridad jurídica, imprevisibilidad e impredecibilidad del resultado, y afirma que el TEDH debe mirar más allá de la dependencia del contexto en sus sentencias y alejarse de una excesiva subjetividad en los enjuiciamientos; *vid.* ARLETTAZ, F., "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre las libertades religiosas: un análisis jurídico-político", *Derechos y Libertades*, núm. 27, 2012, pp. 225-235.

(45) Cf. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., "La aplicabilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos internos", *REDI*, vol-XXXIX, 1987-2, pp. 444 y 445.

(46) Relacionado con el art. 10.2 CE, el TC ha otorgado a los tratados y convenios internacionales un carácter interpretativo de las normas constitucionales, de modo que configura el sentido y alcance de los derechos constitucionales (STC 254/1993), y define los perfiles exactos de su contenido (STC 28/1991), aunque ha negado que los tratados y convenios sean parámetros de constitucionalidad (STC 64/1991), ya que la interpretación a que alude el citado art. 10.2 no convierte a tales tratados y convenios en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales (*cf.* GOMÉZ SÁNCHEZ, Y., "Europa...", *op. cit.*, p. 542). (STC 36/1991, de 14 de febrero; STC 292/2000, de 30 de noviembre; STC 53/2002, de 27 de febrero). *Vid.* CASAS BAAMONDE, E., "25 años de jurisprudencia

TEDH que un Estado ha violado el Convenio, sino que también ha emprendido un control directo de las normas jurídicas de tal Estado parte (asuntos *Luediche, Belkacem y Koç c. Alemania*, de 28 de noviembre de 1978; *Klass y otros c. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978), en los que realizó un control abstracto de la ley interna e incluso (asunto *Klass*) de la Constitución<sup>(47)</sup>. Sin duda alguna, si bien se considera que forja un orden público europeo, tal actuación es compleja y repercute en la esfera constitucional de los Estados miembros, con la correspondiente modulación por parte de instrumentos convencionales y, en particular, del TEDH. Todo implicaría una notable cesión de soberanía e importantes reformas constitucionales<sup>(48)</sup>.

El elemento de mayor complejidad en la integración de los Estados miembros ha sido, precisamente, el establecimiento y consolidación de un sistema jurídico multinivel<sup>(49)</sup>, aunque también podríamos sumar el término de “desbordamiento de las fuentes del Derecho”<sup>(50)</sup>. Tanto el TJUE<sup>(51)</sup> como el TEDH han trabajado y tra-

del Tribunal Constitucional”, *Persona y Derecho*, núm. 54, 2006, p. 34 y 35; GÓMEZ FERNÁNDEZ I., *Conflicto y Cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 416-440; VIDAL, C., “La compatibilidad del Tratado Constitucional Europeo con la Constitución Española”, *Persona y Derecho*, núm. 55, 2006, pp. 999-1040.

(47) Cf. RIPOLL CARULLA, S., *España en Estrasburgo...*, op. cit., p. 30.

(48) Cf. ORÓ MARTÍNEZ, C., “Control del Orden Público y supresión del exequátur en el espacio de libertad, seguridad y justicia: perspectivas de futuro”, *AEDIPr*, t-IX, 2009, p. 221.

(49) Vid. REQUEJO PAGES, J.L., “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el Ordenamiento español”, *REDC*, núm. 34, 1992, pp. 47-55; SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, núm. 33, 1991, pp. 206 y 207; RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los Derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, *REDC*, núm. 22, 2002, pp. 13-52; WEBER, A., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea(1)”, *REDC*, núm. 22, 2002, pp. 79-97; RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., (ed.), *Jurisprudencia y sistema de Derechos en la Unión Europea*, Sevilla, Athenaica, 2016, pp. 9-57; BASEDOW, J., “Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea”, *AEDIPr*, t-VI, 2006, pp. 141-159; id. “Coherencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *AEDIPr*, t-XVI, 2016, pp. 71 y 72; ALÁEZ CORRAL, B., en “Encuesta sobre la integración política de Europa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, pp. 13 y 14; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo”, en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 161-208; RUIZ, J.J., “El refuerzo del diálogo entre Tribunales y la triple prejudicialidad de los Derechos Fundamentales: en torno al Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 365-380; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La Europeización de decisiones de Derecho Privado”, *REDI*, vol-LX, 2008-1, pp. 41, 47 y 48.

(50) Vid. PÉREZ LUÑO, A.E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Jurisprudencia y Legislación, Sevilla, 1993; MELLACE, L., “La crisis del constitucionalismo europeo”, *Derechos y Libertades*, núm. 40, 2019, pp. 261-277; UGARTAMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I., “¿Quién es el juez de los Derechos Fundamentales frente a la ley en el ámbito interno de aplicación del Derecho comunitario? (Reflexiones sobre el control iusfundamental del Derecho interno a la luz de la recepción nacional de los Derechos fundamentales de la Unión Europea)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 402-433, esp., p. 428; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “La aplicabilidad del CEDH en los ordenamientos internos”, *REDI*, vol-XXXIX, 1987-2, p. 443.

(51) Vid. LASAGABASTER HERRARTE, I., “Las Comunidades Europeas y los Derechos Fundamentales”, *REDC*, núm. 18, 1986, pp. 57-64; GARAU SOBRINO, F., “El TJUE nuevo legislador comunitario

bajan por una coexistencia armoniosa de los sistemas europeos de protección de los derechos fundamentales. Ambos tratan de promover la convergencia<sup>(52)</sup>: el TJUE lo hace incorporando la jurisprudencia del TEDH en la suya<sup>(53)</sup>. Por su parte, el TEDH se hace eco de preocupaciones que son propiamente europeas considerándolas como intereses generales aptos para actuar como límites de los derechos individuales<sup>(54)</sup>. En la práctica, el TEDH se ha convertido en un referente esencial, y el Tribunal de Justicia suele optar entre identificar la jurisprudencia relevante de aquél y aplicarla al caso, o proponer un alcance del derecho fundamental en cuestión y valorar si respeta el canon marcado por el TEDH. Sin embargo, en los últimos años, el CEDH no es fuente de convergencia, y la balanza se desplaza hacia una creación conceptual propia<sup>(55)</sup>.

---

(o como crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)", *AEDIPr*, t-VII, 2007, pp. 643-659. Comienza el citado autor su análisis crítico con una interesante reflexión que puede ser aplicada a todo lo planteado en este epígrafe: "si Vd. sufrido lector, es de los que todavía cree que en el nuevo Derecho las cosas son lo que son y no lo que un tribunal quiere que sea, no pierda su valioso tiempo y absténgase de leer la STJCE, de 13 de diciembre de 2007" (*cf. loc. cit.*, p. 641); *vid. DESANTES REAL, M., IGLESIAS BUHIGUES J.L., "Hacia un sistema de Derecho internacional privado de la Unión Europea", AEDIPr*, t-IX, 2009, pp. 115-128.

(52) *Vid. HESS, B., "La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho procesal civil europeo", AEDIPr*, t-XIV-XV, 2014-2015, p. 51. Para un estudio detallado, *vid. DIÉZ-PICAZO, L.M.ª, "La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos humanos", Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, 2005, pp. 159-170; PUENTE EGIDO, J., "¿Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos? Cuestión disputada", en *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, t-II, Sevilla, Universidades de Córdoba, Sevilla, Málaga, Servicio de Publicaciones, 2005, pp. 1139-144; MATIA PORTILLA, F.J., "Los Derechos Fundamentales y Humanos en la CIG '2004", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, 2005, pp. 260-267.

(53) *Vid. HERMIDA, C., "Una salida a los conflictos entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo", Persona y Derecho*, núm. 63, 2010/2, pp. 111-135; GONZÁLEZ PASCUAL, M., "El CEDH como parte del Derecho Constitucional Europeo", en *El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europeo*", Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 109.

(54) *Cf. REQUEJO ISIDRO, M., "Nota a la STEDH de 25 de febrero de 2014, Avotins c. Letonia", REDI*, vol-LXVII, 2015-1, p. 234. En el 2005 el test *Bosphorus* fue saludado como una forma de evitar y de resolver, en su caso, potenciales conflictos entre las obligaciones de los Estados miembros de la UE en tanto que tales, y los compromisos que pudieran haber asumido como partes en el CEDH (*id. loc. cit.*, p. 233).

(55) *Cf. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., "Los Derechos Fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio. Acerca del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, sobre la compatibilidad con los Tratados Constitutivos del Proyecto de acuerdo internacional de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", REDC*, núm. 104, 2015, pp. 255 y 263. La indefinición y la generalidad del propio Convenio en cuanto a conceptos se refiere, al igual que muchos de los problemas suscitados por su jurisprudencia, provienen de la dificultad de objetivar las ponderaciones entre fines y medios (*cf. ARZOZ SANTISTEBAN, X., "Art. 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar", en Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, I. LASA-GABASTER HERRARTE (dir.), 2.ª. ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 298 y 299). De esta forma, para comprender su actuación debemos mencionar la discusión que se planteó en torno al grado de concreción de los conceptos que incluye el CEDH. Este se abrió a la firma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. España se adhirió el 4 de octubre de 1979. La elaboración resultó compleja y se produjo el debate sobre los derechos y libertades que deberían ser recogidos en el texto por los países negociadores: bien como una simple enumeración o facilitando una definición detallada. El carácter selectivo quedó expuesto en el preámbulo del Convenio, así como en el asunto *Golder c. Reino Unido* (*vid. PASTOR*

## 2. El carácter residual de las normas de Derecho internacional privado frente a los “intereses particulares supranacionales”

Tomando como referencia el ámbito familiar y personal, el TEDH crea un cosmos conceptual que sirve para evitar problemas de discontinuidad de las decisiones judiciales, para favorecer su reconocimiento, para evitar situaciones claudicantes<sup>(56)</sup>. Todo en aras de potenciar la función social del DIPr, que debe alcanzar una regulación justa de la sociedad y sus necesidades conexas, entendido como medio para amparar los derechos fundamentales. Así, la justicia distributiva del DIPr tendrá una importancia secundaria e indirecta como disciplina jurídica<sup>(57)</sup>. Ahora bien, la función social no debería anular, en su totalidad, la voluntad de los Estados, su propia forma de articular las relaciones privadas internacionales conforme a su derecho y costumbres. Pero no siempre los argumentos esgrimidos por el TEDH para alcanzar su propio cosmos son personales, humanitarios o sociales, sino que, en ocasiones, son formales y derivados de interpretaciones estrictamente normativas, como ocurre en la STEDH de 18 de junio de 2013, asunto *Povse y Povse c. Austria*, en la que fue partidario de una interpretación restrictiva para rechazar la ejecución de retorno de un menor objeto de un secuestro internacional<sup>(58)</sup>. Defendió la ejecución automática

---

RIDRUEJO, J.A., “La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el *Ius Cogens* internacional”, en *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 581-590), aceptándose la argumentación parcial del Gobierno británico según la cual la Convención no tiene como objeto la protección de los derechos humanos en general, sino únicamente la protección de algunos derechos enunciados en la Declaración Universal. El *Informe Teitgen* recoge los derechos esenciales y las libertades fundamentales que, hoy en día, son definidos y consagrados por todos los regímenes democráticos: seguridad de la persona, prohibición de esclavitud y servidumbre, inmunidad contra toda forma de arresto o detención, exilio y otras formas arbitrarias, inmunidad contra todas interferencia arbitraria en la vida privada y familiar, en el domicilio o en la correspondencia, libertad de pensamiento, de conciencia y religión, libertad de expresión y opinión, libertad de reunión, de asociación, de sindicación, de casarse y fundar una familia, derecho a la propiedad (cf. RIPOLL CARULLA, S., *España en Estrasburgo...*, op. cit., pp. 16 y 19). Sin duda, la falta de concreción es fruto de la diversidad y de la inexistencia de una idea clara y colectiva que deberían adoptar los estados involucrados en su elaboración. Aunque el concepto no tiene *droit de cite* en el dispositivo del CEDH, el TEDH ha reconocido el derecho al respeto de la autodeterminación sexual como uno de los aspectos del respeto a la vida privada del art. 8 del convenio, ha decantado unos métodos originales de interpretación a través de los cuales se afianza la idea de una autonomía en el proceso interpretativo. En todo caso la fórmula está sujeta a límites, pues el Tribunal ha declarado que no puede llevar al extremo de crear derechos no incluidos en el Convenio (cf. GONZÁLEZ VEGA, J., “Interpretación, Derecho internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual”, *REDI*, vol-LVI, 2004-1, pp. 166-184). Si no hay concreción conceptual la flexibilidad está servida, y se genera inseguridad, fruto de la falta de certeza de las premisas empíricas o normativas, flexibilidad que juega un papel esencial en los exámenes de idoneidad y necesidad (cf. ALEXY, R., “Epilogo a la teoría de los Derechos Fundamentales (1)”, *REDC*, núm. 22, 2002, p. 49).

(56) Vid. VELÁZQUEZ GARDETA, J.M., “Algunas reflexiones en torno a la sentencia *Negrepon-tis-Giannis* contra Grecia y la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras”, *RVAP*, núm. especial, 99-100, mayo diciembre 2014, pp. 2989-2990.

(57) Cf. BARATTA, R., “Derechos fundamentales...”, loc. cit., p. 124.

(58) Vid. HERRANZ BALLESTEROS, M., que, en su comentario a la STEDH de 3 de junio de 2014, asunto *López Guió c. Eslovaquia*, apunta que habría que reflexionar sobre si el recurso al TEDH en estos casos no se ha hecho más habitual de lo deseado (*REDI*, vol-LXVII-1, 2015, p. 238).

e incondicionada de la restitución, sin consideración de las alegaciones realizadas por la recurrente sobre los cambios de circunstancias producidas después de haberse dictado orden de retorno<sup>(59)</sup>, mecanismo compatible con el art. 8 del CEDH, basado en la desaparición del ejecutivo e incluyendo la cláusula de orden público<sup>(60)</sup>, argumento derivado de la interpretación del art. 42 del Reglamento Bruselas II *bis*, según el cual las autoridades del Estado carecerían de margen de apreciación para valorar el interés del menor y deberían, en todo caso, proceder a la ejecución solicitada<sup>(61)</sup>. Lo relevante es que rompe con el criterio establecido en la sentencia *Neulinger*<sup>(62)</sup>. Hay que evidenciar que los excesos interpretativos desde la superioridad pueden originar problemas, y emplearse con tintes políticos y jurídicos que condicionan la voluntad de los Estados, de los ciudadanos, sobre todo cuando la construcción normativa y los condicionantes sociales se pretenden introducir desde esa superioridad. Como veremos, el diálogo y el entendimiento razonable deben ser una constante cuando hablemos de relaciones internacionales, ya sean entre particulares, entre estados, o entre tribunales y Estados.

Para tratar de salvar impedimentos resulta más apropiado hablar de actualización, de redimensión de las cuestiones de derecho de familia: adopción, gestación subrogada, matrimonio de personas del mismo sexo..., en un intento por comprender la pérdida de autoridad de las normas de DIPr. Así, en el ámbito de las adopciones resultan significativas las SSTEDH de 28 de junio de 2007, asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, y de 3 de mayo de 2011, asunto *Negreptotis-Giannis c. Grecia*,

---

(59) Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, p. 62.

(60) Cf. HESS, B., “La influencia del Tribunal Europeo...”, *loc. cit.*, p. 45.

(61) Vid. WILDERSPIN, M., “Derechos fundamentales en materia de Derecho de familia: en particular, la sustracción de menores”, *AEDIPr*, t-XI, 2011, pp. 550-557. Considera el citado autor que el TEDH está fuera de lugar, hasta el punto de que sus sentencias no responden al mandato de respetar los tribunales de los Estados contratantes, mientras que el TJUE ha interpretado correctamente el Reglamento Bruselas II *bis* (cf. *loc. cit.*, p. 557); GASCÓN INCHAUSTI, F., “El Derecho procesal europeo *comparece* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos *Povse c. Austria* y *Avontins c. Letonia*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol-6, núm. 2, octubre 2014, pp. 6 y 15, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2262/1201>, 30 de noviembre 2019.

(62) Vid. STEDH (Gran Sala), de 6 de junio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*. La sentencia considera que la ejecución de la orden de retorno supondría una vulneración del CEDH. Claramente se afirma en el párrafo 145 de la sentencia que es dudoso que la injerencia en la vida familiar de la sustractora y del niño, que la orden de retorno esté justificada... y que la medida, según el tribunal, está todavía cubierta por el margen de apreciación del que gozan los Estados contratantes en la materia, lo cual parece indicar que se ha forzado el concepto. Todo acaba dando un peso definitivo al transcurso del tiempo desde que se produjo el traslado ilícito. Se abre camino a la tesis de que el interés superior del niño, que ha de ser determinado en función de las circunstancias del caso, prevalece sobre consideraciones generales como la evitación de la sustracción de menores [ (cf. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Nota a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 6 de junio de 2010. Caso *Neulinger y Shuruk* contra Suiza”, *REDI*, vol-LXII, 2010-2, pp. 233-235); JIMÉNEZ BLANCO, P., “Nota a la STEDH (Sección 1.ª), de 18 de junio de 2013, asunto núm. 3890/11, *Povse y Povse c. Austria* y STEDH (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto núm. 27853/09, *X c. Lituania*”, *REDI*, vol-LVI, 2014-1, pp. 243 y 244)].

en las que el orden público internacional opera de modo restrictivo y proporcionado, como excepción a una resolución dictada en el extranjero. De esta forma, cuando el reconocimiento de decisiones extranjeras afecta al art. 8 del CEDH, el orden público pierde toda su eficacia al pretender las autoridades nacionales evitar situaciones contrarias a sus normativas.

Con más detalle, en el asunto *Negrepontis*, el TEDH consideró correcto que un miembro del clero ortodoxo griego adoptara en EE. UU. a un sobrino. Es decir, permite establecer una relación de filiación con un “hijo” que adquiere derechos sucesorios, aunque se considere contrario al orden público griego. Puede interpretarse que admite una filiación adoptiva intencional o de conveniencia<sup>(63)</sup>. El TEDH avala el reconocimiento de la decisión norteamericana sobre la interpretación que realiza del CEDH: destierra normativas y principios religiosos al considerar que, con la decisión de las autoridades griegas de no reconocer la adopción, se produce una injerencia en la “vida familiar” (art. 8 CEDH), aunque el derecho de adopción no esté reconocido en dicho artículo. De esta forma, el TEDH reinterpreta conceptos, los amplía y atenúa la normativa griega. Considera que cuando la denegación de reconocimiento no responda a una necesidad imperiosa, implica que se ha hecho un empleo arbitrario y desproporcionado del orden público<sup>(64)</sup>, que, aunque sigue siendo un mecanismo nacional está sometido a un control europeo impuesto por el TEDH<sup>(65)</sup>.

Similar incidencia del TEDH en el DIPr se manifiesta en el ya citado asunto *Wagner y J.M.W.L. c Luxemburgo*. El respeto a la vida familiar (interés y protección del menor) se constituye en el elemento que permite el reconocimiento de una decisión peruana de adopción plena llevada a cabo por una mujer soltera, cuando no se contempla tal capacidad en el derecho luxemburgués. El TEDH considera que los jueces nacionales, para denegar el executur, ofrecen carácter prioritario a las normas de conflicto de Luxemburgo sobre la realidad social y la situación de los afectados, quedando desprotegido el menor e impidiendo su integración<sup>(66)</sup>. Lo que pone de relieve es que no puede rechazarse en un Estado la validez de una adopción

(63) Vid. ECHEZARRETA, M., “Filiación biológica versus filiación intencional: dos caminos para asumir la misma responsabilidad”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, vol-4, núm. 2, 2015, p. 235, <https://journals.epistemopolis.org/csociales/issue/view/111/270>, 30 de noviembre 2019.

(64) Vid. BARATTA, R., “Derechos fundamentales...”, *loc. cit.*, p. 110.

(65) Cf. CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 492.

(66) Vid. BARATTA, R., “Derechos fundamentales...”, *loc. cit.*, p. 109. El TEDH ha declarado la compatibilidad con el CEDH de aquellos sistemas nacionales que deniegan la adopción cuando sus normas de conflicto remiten al ordenamiento de la nacionalidad del menor. Vid. STEDH (sala 5.ª) de 4 de octubre de 2012, asunto *Harroudj c. Francia*. En esta, se recuerda el contenido del art. 20, párrafos 1 y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”. “Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.



legalmente constituida en otro Estado por el simple hecho de que la autoridad de este segundo Estado aplicó, para constituir la adopción, una ley distinta a la que en el mismo caso hubiera aplicado una autoridad del Estado de destino de la adopción<sup>(67)</sup>. Es evidente que las autoridades luxemburguesas aplican sus normas de conflicto, las que contienen su propia realidad social e identidad. Sin embargo, esta sentencia corrobora que las normas de DIPr no han de recibir ningún tipo de tratamiento especial y pueden resultar una injerencia en el derecho a la vida familiar que debe estar justificada y ser proporcional<sup>(68)</sup>.

Igualmente, la STEDH (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto *X c. Lituania* (secuestro internacional de menores), consideró que se vulneraba el citado art. 8 por un retorno, sobre la base del Convenio de La Haya de 1980, por incumplimiento del procedimiento. No obstante, resulta paradójico constatar que el Tribunal incorpore como un derecho, en el marco del art. 8, no separar a un hijo de su madre, con la que ha consolidado una relación, para no romper un vínculo esencial que se ha logrado tras un secuestro, tras una acción ilegal, sin que se valore el derecho a la vida familiar que al padre le correspondía antes de que sus derechos fueran vulnerados<sup>(69)</sup>. Resulta peligroso que acciones ilegales se conviertan en legales por el transcurso del tiempo, sobre todo cuando se ven afectados intereses dispares. Los tribunales de los Estados miembros deben procurar el equilibrio adecuado<sup>(70)</sup>. Mismamente, la Gran Sala del TEDH, el 24 de enero de 2017, poniendo término al asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (STEDH, Sección 2.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 2015), relativa a la gestación por sustitución, reconoció que sería erróneo imponer un período mínimo de convivencia, y consideró que la duración del vínculo es clave, por la breve duración de la convivencia con el menor (casi ocho meses), unida a la ausencia del vínculo genético entre este y los comitentes... lo que lleva a la conclusión de que no existe vida familiar. La Gran Sala, en contra de la Sección 2.<sup>a</sup>, que sentenció anteriormente el caso, valoró que la relación entre las partes, pese a su brevedad, se produjo en las etapas más importantes de la vida del menor, consideró que no existe vida familiar<sup>(71)</sup>. Todo parece indicar que la composición del Tribunal deja una marcada discrepancia sobre el parecer de sus miembros sobre la gestación por sustitución.

---

(67) Cf. CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 493.

(68) Cf. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Nota a la STEDH de 28 de junio de 2007, asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*”, *REDI*, vol-LX-1, 2008, p. 250.

(69) Esta interpretación amplia sobre la apreciación del interés del menor ha merecido críticas doctrinales por entender que contraviene la finalidad del Convenio de La Haya, dirigida a lograr la rápida restitución del menor, e invade la competencia de los tribunales del Estado de origen para conocer de cuestiones de fondo. EL TEDH es conocedor de tales críticas al esforzarse en matizar la posición expuesta en el asunto *Neulinger* y en negar que ésta haya establecido un principio específico para la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (cf. JIMÉNEZ BLANCO P., “Nota a la...”, *loc. cit.*, pp. 241 y 244).

(70) Cf. HESS, B., *loc. cit.*, p. 42.

(71) Cf. FARNÓS-AMORÓS, E., “Paradiso y Campanilli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 40, 2017, 236.

Algunos autores consideran que deberíamos resolver, convencionalmente, en qué ocasiones el TEDH debe autocontenerse y en cuáles puede armonizar un entendimiento cultural común de los derechos de los europeos (situación compleja); y el margen de actuación debería ser mínimo, necesitado de una justificación expresa y centrada en derechos de configuración legal, fundado en realidades sociales y culturales<sup>(72)</sup> y no en obstáculos fácticos<sup>(73)</sup>. Lo cierto es que como apunta la doctrina constitucionalista, estamos ante lo que se ha denominado “superpoblación” de niveles de protección de derechos humanos en Europa<sup>(74)</sup>: los niveles nacionales (tribunales supremos y constitucionales de los Estados), el nivel del CEDH, y tras 2009, el derivado de la Carta de Niza y su protección por el Tribunal de Justicia<sup>(75)</sup>. Incluso se habla de un proceso de globalización de derechos humanos, superando a la económica y a los mercados<sup>(76)</sup>. Sin duda, una sobreprotección que dota de carácter residual a los principios y a las actuaciones nacionales, a las propias normas de DIPr, que incita a la sociedad a recurrir a unas instancias en las que los interesados esperan obtener todo aquello que no logran en su propio Estado conforme a principios nacionales que no atienden a sus intereses.

### 3. El aumento de actividad en el TEDH como fruto de la evolución interpretativa

Si enlazamos todo lo planteado con la idea de interpretación dinámica del Convenio, como un instrumento vivo que ha de interpretarse conforme a la actualidad<sup>(77)</sup>, las valoraciones se complican. Según parecer de la doctrina, las sentencias del TEDH destacan por su gran calidad y alta originalidad, incluso por su alta sofisticación<sup>(78)</sup>,

(72) Vid. MASSINI, C., “Inmanencia, trascendencia y Derechos Humanos”, *Persona y Derecho*, núm. 21, 1989, pp. 172-184.

(73) Cf. GARCÍA ROCA, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 143; REVENGA SÁNCHEZ, M., “Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos”, *REDC*, núm. 22, 2002, pp. 104-107.

(74) Hemos pasado de los escasos derechos recogidos en los tratados constitutivos y de una creación jurisprudencial del TJUE, a un exceso. Vid. DIEZ-PICAZO, L.M.<sup>a</sup>, “¿Una Constitución sin declaración de Derechos?”, *REDC*, núm. 32, 1991, pp. 137-144.

(75) Cf. LÓPEZ GUERRA, L., “La evolución del Sistema Europeo de protección de Derechos humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 129 y 130. Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Los Derechos humanos en la Comunidad Europea”, *Derecho y Persona*, núm. 22, 1980, pp. 86-90; BANASZAK, B., “Ventajas e inconvenientes de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Derecho y Persona*, núm. 58, 2008, pp. 19-43.

(76) Vid. ROLLA, G., “Las perspectivas de los Derechos de la persona a la luz de las recientes sentencias constitucionales”, *REDC*, núm. 54, 1998, p. 43.

(77) Vid. RIPOL CARULLA, S., *España en Estrasburgo...*, op. cit., p. 27 y 29; CORCHETE MARTÍN, M.<sup>a</sup> J., “Los nuevos Derechos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 535-556.

(78) Como ejemplo, vid. Asunto *Cossey c. Reino Unido*: el precedente judicial está en el interés de la seguridad jurídica y en el desarrollo ordenado de la jurisprudencia sobre la Convención. Lo conveniente es que el Tribunal respete y se atenga a su propia jurisprudencia. El Tribunal no ha tenido problema en cambiar su línea jurisprudencial cuando ha encontrado razones, sobre todo con el fin de reflejar cambios y en los

si bien se considera que el TEDH ha generado con las demandas individuales una casuística que excede de las previsiones iniciales de los redactores del Convenio<sup>(79)</sup>. La interpretación dinámica y la aprobación de Protocolos Adicionales han sido las vías de expansión del Convenio<sup>(80)</sup>. El papel de órgano cuasiconstitucional del TEDH, no recogido en el CEDH inicialmente, como instrumento vivo<sup>(81)</sup>, ha llevado al propio Tribunal a referirse a este último como instrumento constitucional del orden público europeo en el campo de los derechos humanos, y no ha dudado en compararse en algunas de sus acciones a los tribunales constitucionales<sup>(82)</sup>.

---

sentimientos sociales (cf. PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: temas escogidos”, en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2007, p. 241). Al referirnos a las sentencias del TEDH es obligado mencionar las sentencias piloto, que van más allá de ser meramente declarativas y con ellas se orienta a los Estados en el desarrollo legislativo interno, asumiendo el TEDH rasgos más propios de un tribunal constitucional que de una institución judicial internacional. Se convierte el TEDH en un poder normativo peculiar, en un legislador positivo que dice al Estado cómo debe legislar. La evolución de estas sentencias lleva a valorar la función para-constitucional del TEDH (cf. ABRISKETA URIARTE, J., “Las sentencias piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Juez a Legislador”, *REDI*, vol-LXV, 2013, pp. 74 y 83; vid. QUERALT JIMÉNEZ, A., “Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 395-424; CANO-PALOMARES, G., “El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Principales novedades desde la entrada en vigor del Protocolo n.º 14 al CEDH”, en *El tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europeo*, A. QUERALT JIMÉNEZ, (coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 47-50.

(79) Vid. PASTOR RIDRUEJO, J.A., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la reforma de la reforma”, *Persona y Derecho*, núm. 44, 2001, pp. 51-64.

(80) Vid. STEDH *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994. Se realizó una interpretación extensiva del art. 8, para deducir del mismo la existencia de un derecho al medio ambiente sano (cf. RIPOLL CARULLA, S., *España en Estrasburgo...*, op. cit, p. 27).

(81) En cuanto a la interpretación es evidente que existe un constante crecimiento de la dimensión europea del Derecho privado, aunque existe también el movimiento contrario, partidario de mantener su carácter nacional. Se suele señalar que las interconexiones entre el modelo judicial, la enseñanza jurídica, la organización de la profesión jurídica, la jerarquía del sistema de fuentes, el papel de la doctrina científica, el método legislativo y el modo de concebir el fenómeno jurídico, son tan estrechas en un Estado determinado que el producto resultante es más o menos inmune a la armonización internacional. Dicha armonización estaría condenada al fracaso pues solo puede conseguirse una uniformidad de textos y nunca del derecho vivo. Se alcanzaría una uniformidad aparente, permaneciendo las diferencias básicas entre los distintos sistemas (cf. BASEDOW, J., “La progresiva europeización del Derecho contractual”, *REDI*, vol-LVI, 2004-1, pp. 16-19).

(82) En cuanto a lo que puede considerarse como interpretación dinámica, nuestro TC, en Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, mantiene: “habida cuenta de que el texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos,...se hace imprescindible asegurar su protección no solo frente a injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”. Como señala I. VILLAVERDE MÉNENDEZ, la Constitución que no crece y no se renueva, se muere, y esto no es cosa buena para nadie (cf. “Larga vida a la Constitución”, en *Homenaje a la Constitución Española. XXV Aniversario*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 2005, p. 32). El TC incluyó en el FJ 2 de la Sentencia 155/2009, de 25 de junio, un elenco no cerrado de supuestos que podrían llevar al TC a considerar que un asunto en cuestión tiene especial trascendencia constitucional, entre ellos por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 (cf. RIPOLL CARULLA, S., “Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal

Sin embargo, la exclusividad interpretativa en manos de los tribunales supranacionales, al margen del resto de operadores, crea cierta inseguridad, independientemente de que se trate de posicionamientos de base judicial. Sirva de ejemplo la figura de la gestación por sustitución, objeto de debate social, moral y jurídico, tanto a nivel interno como internacional. La Gran Sala del TEDH, en su Sentencia de 24 de enero de 2017, ya reseñada, que puso término al asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, contó con varias opiniones concurrentes, algunas de las cuales constituyen una crítica severa de la gestación por sustitución, opiniones que asumen que el consentimiento de las mujeres gestantes nunca puede ser libre ni informado, o las que la presentan como mujeres con pocos recursos, de países subdesarrollados y que gestan para personas ricas y glamurosas. La Gran Sala dicta una sentencia con efectos disuasorios claros para los ciudadanos de los Estados miembros que, como Italia, no permiten la gestación subrogada<sup>(83)</sup>, siempre y cuando no exista vinculación genética y no se haya sobrepasado un límite temporal que permita constatar que se han estrechado unos lazos que permitirían hablar de vida familiar. A su vez, y en similar materia, en el asunto *Mennesson*, ya citado, prima el interés del menor sobre la prohibición que establecen los Estados. Resulta evidente que la

---

Europeo de Derechos humanos”, *REDI*, vol-LXVI, 2014-1). Es bien conocida la enorme virtualidad del art. 10,2 que ha permitido integrar la jurisprudencia del TEDH; suficiente ver al respecto la jurisprudencia del TC invocándola constantemente (cf. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M.<sup>a</sup> P., “La Constitución española veinticinco años después: un balance desde el Derecho Internacional Público y el Derecho de la Unión Europea”, *Homenaje a la Constitución Española. XXV Aniversario*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 2005, p. 15; vid. ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Crítica al régimen especial de rechazados en la frontera de Ceuta y Melilla”, *REDI*, vol-LXVIII, 2016-2, p. 327. Es evidente que cuando se aceptó el CEDH se conocía su contenido, pero no el papel que el TEDH iba a atribuirse al interpretarlo, sobre todo al no existir la concreción conceptual anteriormente señalada. El CEDH no contiene ninguna cláusula específica que obligue a los Estados a incorporar sus normas al derecho interno. La mera existencia de reservas justifica a algunos autores a considerar que el Convenio no tiene aplicación directa, puesto que dependerá de las reservas de los Estados (cf. ARROYO LARA, E., “Consideraciones sobre el alcance y contenido del art. 96.1” *in fine*” de la Constitución Española”, *REDI*, vol-XXXIX, 1987-2, p. 419). Los tribunales constitucionales deben actuar como interlocutores privilegiados del TEDH en un diálogo jurídico entre todas las instancias, como mediadores, divulgando la jurisprudencia europea a los órganos judiciales y a las autoridades nacionales, y haciéndolas compatibles con las jurisprudencias constitucionales mediante una interpretación conforme (cf. GARCÍA ROCA, J., “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, p. 223).

(83) Cf. FARNÓS-AMORÓS, E., “Paradiso y Campanelli...”, *loc. cit.*, p. 239. Aunque pueda parecer un efecto disuasorio, (que no lo es), el TEDH en su Sentencia de 14 de diciembre de 2017, asunto *Orlandi y otros c. Italia*, mantiene una interpretación amplia de los Estados para admitir el matrimonio de personas del mismo sexo, la inexistencia de obligación de reconocer este tipo de matrimonio celebrado en el extranjero, si bien considera que al no registrar Italia los matrimonios celebrados por ciudadanos italianos en el extranjero se vulnera el art. 8 CEDH, y aporta el dato de que el Derecho italiano permite la inscripción de matrimonios entre personas del mismo sexo, aspecto que cumple el mandato del TEDH al no provocar el vacío legal en este tipo de uniones (vid. CARBALLO PIÑEIRO, L., “Unión Europea: dos sentencias de interés del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cartas Blogatorias*, 16 de mayo de 2018, pp. 1-4, <https://cartasblogatorias.com/2018/05/16/union-europea-dos-sentencias-de-interes-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos/>, 25 de noviembre 2019. Considera la citada autora que no admitir este tipo de situaciones implicaría la imposibilidad de divorciarse en el extranjero al no encontrar apoyo en un foro de competencia que ampare la actuación de los tribunales.

acción dinámica del TEDH puede inutilizar las normativas nacionales al emplear los viajes al extranjero para consolidar todas aquellas conductas prohibidas en ciertos Estados. Una actividad interpretativa sin límites o con límites excesivamente amplios, permite crear modelos de vida a través de la interpretación de principios fundamentales, fruto de una serie de demandas que amparan derechos individuales que no son reconocidos por la colectividad<sup>(84)</sup>, y provocan un enfrentamiento que solo el tiempo y el entendimiento pueden relajar. Para evitarlo debe partirse de la concepción del Derecho como cultura, de la incidencia de las normas en la identidad cultural de un pueblo, para descubrir que las imposiciones externas tienen incidencia cuando los modelos de convivencia no coinciden<sup>(85)</sup>. El problema no es de fácil solución, ya que las demandas han de conjugarse con un progreso indiscutible que la ciencia permite, pero que no siempre atribuye el Derecho. Podría superponerse el sentir general sobre el particularismo y renunciar a nuevos derechos. Pero este parecer despliega críticas por un oscurantismo que provoca la renuncia en función de tabúes o prejuicios éticos<sup>(86)</sup>. Sin embargo, la conjunción de intereses puede ser arriesgada ya que en la coexistencia se unen la exigencia de fundamentar de forma no contingente la existencia y el contenido específico de una nueva situación con los derechos humanos, y con la encarnación del valor<sup>(87)</sup>.

Como ya hemos señalado, las demandas provocan cambios en la interpretación de los conceptos incluidos en el CEDH<sup>(88)</sup>, ponen en marcha el mecanismo de evolución interpretativa<sup>(89)</sup>, y son las que establecen la injerencia en uno de los derechos

---

(84) Vid. NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “El fin de la cultura de los Derechos: Unión Europea post-Maastricht y transformaciones en el Estado constitucional”, *Derechos y Libertades*, núm. 30, 2014, pp. 45-50.

(85) Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de la familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *AEDIPr*, t-IV, 2004, pp. 179 y 180; PIERRÉ-CAPS, S., “La Constitución demótica o las mutaciones de la Constitución en el umbral del siglo XXI”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, pp. 153-160.

(86) Cf. OLLERO TASSARA, A., “Los Derechos humanos entre el tópico y la utopía”, *Persona y Derecho*, núm. 22, 1990, p. 163; DE CASTRO CID, B., “La búsqueda de la fundamentación racional de los Derechos Humanos”, *Persona y Derecho*, núm. 22, 1990, pp. 212-233; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.ª, “Los Derechos Humanos como obligación”, *Persona y Derecho*, núm. 22, 1990, pp. 235-240.

(87) Cf. SARTEA, C., “Los derechos humanos más allá del eclipse de la razón”, *Persona y Derecho*, núm. 76, 2017/1, pp. 75 y 81.

(88) Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La protección del Derecho de visita en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, 2006, pp. 358-360. La labor creativa del TEDH es similar a la que se pretende con la del TC. En este sentido, se considera que este último, a través de una interpretación constitucionalmente favorable a los derechos fundamentales, creará un derecho jurisprudencial de carácter medio que le permitirá introducir nuevas posiciones dentro de la esfera normativa..., convirtiendo al derecho parlamentario en derecho infraconstitucional [ cf. CAA-MAÑO F., “Mandato parlamentario y Derechos Fundamentales (Notas para una teoría de la representación “constitucionalmente” adecuada)”, *REDC*, núm. 36, 1992, pp. 131 y 132)].

(89) Vid. MATIA PORTILLA, F.J., “¿Hay un Derecho Fundamental al silencio? Sobre los límites del art. 10.2 CE”, *REDC*, núm. 94, 2012, p. 359. Humos, olores, contaminación, niveles acústicos, todo fruto de la interpretación auténtica del CEDH; vid. SIMÓN, F., “La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo”, *Persona y Derecho*, núm. 63, 2010/2, pp. 87-110.

garantizados, es decir la propia aplicabilidad del Convenio<sup>(90)</sup>. Se ha producido un considerable aumento de litigios dado el criterio aperturista y el amplio reconocimiento de la legitimación para accionar fijado por los tribunales internacionales<sup>(91)</sup>. En este sentido, hay autores partidarios de ampliar la mirada de los derechos humanos, reivindicando la dimensión instituyente y creativa de todos los seres humanos, quienes participan en la construcción de unos derechos extendidos a tiempo completo y en todo lugar (espacio íntimo, doméstico, de mercado, de ciudad...)<sup>(92)</sup>, aunque, en ocasiones, otros consideran que las pretensiones que alegan las partes no están reconocidas por el TEDH, al no ser una categoría definida ni unitaria, equivalente a los derechos civiles, políticos o sociales. Todo ello comporta un riesgo, ya que los derechos clásicos protegían al ser humano; los siguientes le dieron recursos, y los nuevos le tratan como objeto<sup>(93)</sup>. Enfáticamente, se señala por la doctrina que hemos asistido en los últimos años a la multiplicación y crisis del concepto de derecho fundamental, con un vaciamiento de su significado, llegándose al extremo de equipararlos con cualquier deseo individual o de grupo; y aumentarán en un futuro gracias al movimiento reproductor de nuevos derechos y su desnaturalización<sup>(94)</sup>. Nos movemos sobre una tendencia próxima a la universalidad, favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales un círculo virtuoso, de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento<sup>(95)</sup>. Pero, no deberíamos olvidar que para la consolidación de esos derechos globales es necesario, primero, lograr la consolidación en la sociedad nacional, en la que no deberían existir fisuras, ya que las discrepancias dificultarían la adaptación de esos derechos a la sociedad internacional, que a su vez puede estar fraccionada. El consenso debe estar presente en cuestiones esenciales que afectan a la identidad, a la personalidad..., ya que, la auténtica libertad está en ese consenso. Sobre este último se manifiesta el TEDH

(90) Cf. CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 324.

(91) Cf. SANTIAGO, A., “El Derecho internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, *Persona y Derecho*, núm. 60, 2009, p. 122.

(92) Cf. SÁNCHEZ RUBIO, D., “Crítica a una cultura estática y anestesiada de Derechos Humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos”, *Derechos y Libertades*, núm. 33, 2015, p. 99.

(93) Cf. PEREIRA SÁEZ, C., “Los nuevos derechos: ¿la clausura de un ciclo?”, *Persona y Derecho*, núm. 76, 2017/1, pp. 98 y 99.

(94) Cf. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “¿Todavía más Derechos? ¿De qué Derechos hablamos?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, pp. 312 y 313. Desde las libertades individuales, de los derechos políticos, económicos y sociales, culturales, ecológicos, sexuales; a derechos de grupos y corporaciones, derechos morales, de solidaridad... Hablar de derechos se comprende en el marco de un lenguaje normativo sin que se sepa hasta dónde pueden llegar las demandas derivadas de una dignidad o de una libertad subjetivamente entendidas (cf. *loc. cit.*, pp. 303 y 304); vid. MACIÁ MANSO, R., “Fundamentación, consistencia y realización de los Derechos Humanos”, *Persona y Derecho*, núm. 23, 1990, pp. 141-244; MONTORO BALLESTEROS, A., “Utopía y Realidad en la protección de los Derechos Humanos (Algunos problemas actuales del Estado de Derecho)”, *Persona y Derecho*, núm. 23, 1990, pp. 245-290.

(95) Cf. ROLLA, G., *loc. cit.*, pp. 63 y 65; vid. OTAEGUI AIZPURUA, I., “Discriminación basada en el reconocimiento de los efectos civiles de matrimonio celebrado por el rito gitano”, *AEDIPr*, t-IX, 2009, p. 1067.

en el Dictamen, anteriormente citado, sobre el asunto *Mennesson*, al referirse al alcance del margen de discrecionalidad de los Estados, que variará según las circunstancias, el objeto y el contexto... , aunque el funcionamiento de los sistemas de DIPr está afectado por el equilibrio justo entre los diferentes intereses, centrado en la necesidad de preservar la existencia individual o la identidad, lo cual es crucial en relación con los objetivos legítimos del Estado como un todo<sup>(96)</sup>. Por ello, cuando no exista consenso entre Estados sobre la importancia relativa del interés en cuestión, el margen de apreciación será amplio<sup>(97)</sup>.

Hemos señalado que el interés de la interpretación discordante entre Estados afecta a la aplicación del CEDH, a la evolución interpretativa del TEDH en materia de gestación por sustitución<sup>(98)</sup>. Si se considera que en esta temática debe primar el interés del menor y el derecho a su identidad, también deberían tenerse en cuenta las consecuencias de amparar bajo el Derecho de un estado lo prohibido en otro, y convulsionar la normativa aplicable. Analicemos el papel de la madre de alquiler, el reflejo que el embarazo puede tener en su propia identidad, en sus propios sentimientos una vez que se inicie. Imaginémosnos que ocurriría si nace en ella el deseo de convertirse en madre, aunque por contrato no le pertenece tal derecho, replantea

---

(96) Cf. BARATTA, R., "Derechos fundamentales...", *loc. cit.*, p. 113.

(97) Cf. Dictamen TEDH..., Ministerio de Justicia, *op. cit.*, p. 11. El Tribunal llevó a cabo un estudio de Derecho comparado sobre cuarenta y tres Estados parte sin incluir a Francia. En nueve de ellos se permiten acuerdos de gestación subrogada, aparentemente en otros diez, y prohibidos explícita o implícitamente en los veinticuatro restantes. En treinta y uno, incluidos los doce en los que se prohíben los acuerdos, es posible para un padre comitente, que es el padre biológico, acreditar la paternidad respecto de un niño nacido por medio de gestación subrogada. En diecinueve de los cuarenta y tres, incluidos siete que prohíben los acuerdos, es posible que la madre comitente acredite la maternidad de un niño nacido a través de un acuerdo con el que no esté genéticamente relacionado (*cf. op. cit.*, p. 6).

(98) Es conocido que nuestro TS ha excluido el reconocimiento de los vínculos de filiación con los padres comitentes, salvo que el hijo contenga material genético de alguno de ellos y exista reclamación de paternidad (STS, 6 de febrero de 2014), posición que no se alteró tras los asuntos *Mennesson* y *Labassee*: la prohibición de establecer un vínculo de filiación entre padre e hijo biológico nacido en el extranjero al ser contrario al art. 8 CEDH (*cf.* GARAU SOBRINO, F., "El Derecho internacional...", *loc. cit.*, p. 318); *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *AEDIPr*, t-X, 2010, pp. 339-377; *id.*, "Gestación por sustitución. Nacido sin relación biológica con los padres de intención. Retirada del menor de su entorno familiar", nota a la STEDH, Sección 2.ª, de 27 de enero, *AEDIPr*, pp. 1046-1048; GUZMÁN ZAPATER, M., "Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (Sobre la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010)", *AEDIPr*, t-X, 2010, pp. 731-743; DURÁN AYAGO, A., "El acceso al Registro Civil de certificaciones extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de la gestación por sustitución", *AEDIPr*, t-XII, 2012, pp. 265-308; PRESNO LINERA, M., JIMÉNEZ BLANCO, P., "Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la Jurisprudencia española", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, julio-septiembre 2014, pp. 38-41; AZCARRAGA MONZONIS, C., "La gestación por sustitución en el Derecho internacional privado español. Un ejemplo más de la controvertida aplicación de conceptos jurídicos indeterminados", *AEDIPr*, t-XVII, 2017, pp. 673-710; GARCÍA SAN JOSÉ, D., "La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el Ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos humanos en relación con la gestación por sustitución", *REDC*, núm. 113, 2018, pp. 103-130.

su decisión<sup>(99)</sup>, incumple el contrato y no entrega el niño una vez que nace. Es más, ¿qué ocurriría si esa mujer se traslada a España y da a luz en un hospital español? ¿El niño será inscrito en el Registro Civil como su hijo? Evidentemente: el art. 30 del CC dispone que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento, una vez producido el desprendimiento del seno materno. ¿Se considerará en el extranjero al niño como hijo de los padres que han alquilado el vientre? ¿Qué parecer adoptaría el TEDH para defender el interés superior del niño si la madre de la que ha “nacido”, en sentido estricto, reclama sus derechos? ¿Resultaría beneficioso para la personalidad del niño que tenga dos madres y un padre, una reconocida por el estado dónde se ha firmado el contrato y otra por España? ¿No se produce una infracción del derecho a la identidad única a la que se refiere el Tribunal? Tal vez acuñemos un nuevo concepto de familia al amparo de la evolución interpretativa del art. 8.

Todas esas pretensiones no pueden obviar el margen de apreciación del TEDH, que deberá tener en cuenta las particularidades de cada país y no tratar de buscar soluciones que provocan desajustes. Son los tribunales nacionales los que interpretan su realidad. Lo que hace el TEDH es convertir principios programáticos en ajustes que provocan efectividad jurídica sobre figuras que no son reconocidas en la generalidad programática, y dotarlas de juridicidad<sup>(100)</sup>. Por ello debemos centrar la atención en la interpretación sobre el margen de apreciación que se determina en función de la adscripción en un tipo concreto y el grado de injerencia, de intervención o afectación sobre el derecho fundamental<sup>(101)</sup>; sobre las medidas adecuadas a adoptar en una sociedad democrática, bajo el principio de proporcionalidad<sup>(102)</sup>; valorar las ventajas y perjuicios cuando se limita un derecho con el fin de proteger otro<sup>(103)</sup>. No obstante, los derechos reconocidos son derechos efectivos y concretos,

---

(99) Vid. MONTERO, E., “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Derecho y Persona*, núm. 72, 2015/1, pp. 223-236. Para un estudio completo de la acción del diálogo, vid. *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales constitucionales y Cortes internacionales*, E. FERRER MAC-GREGOR, HERRERA GARCÍA, A. (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

(100) Vid. DE CASTRO CID, B., “Derechos Humanos: ¿retórica política o realidad jurídica?”, *Persona y Derecho*, núm. 42, 2000, pp. 104 y 105.

(101) Vid. BRAGE CAMAZANO, J., “Aproximación a una teoría general de los Derechos Fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *REDC*, núm. 74, 2005, pp. 122, 125, 132.

(102) Vid. ALEXY, R., “Los Derechos fundamentales y el Principio de Proporcionalidad”, *REDC*, núm. 91, 2011, pp. 11-29. El citado autor analiza de forma detallada una defensa de la tesis de necesidad frente a la tesis de contingencia. La primera implica que la legitimidad del análisis de proporcionalidad es un asunto relativo a la naturaleza de los derechos fundamentales. La segunda es una cuestión de interpretación.

(103) Cf. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 132 y 134; vid. CIANCIARDO, J., “Máxima de razonabilidad y respeto de los Derechos Fundamentales”, *Persona y Derecho*, núm. 41, 1999, pp. 45-55. Vid. BARBER CÁRCAMO, R., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acciones de filiación: análisis y prospectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, 2006, pp. 112-115; ELVIRA PERALES, A., “La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 655 y 656. Vid. ATC 40/2017, de 28 de febrero; STC 236/2007, de 7 de noviembre; STC 186/2013, de 4 de noviembre.



y no ilusorios o teóricos, y por ello el TEDH considera que su interpretación puede extenderse a los derechos sociales y económicos, sin que sea un factor contrario a la interpretación (asunto *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979)<sup>(104)</sup>. Es evidente que cuando se elaboró y ratificó el CEDH no existían los avances médicos y técnicos actuales, ni determinadas tendencias sociales. Tal vez sean estos los condicionantes de la evolución interpretativa, más allá del “lento” progreso de los Estados.

Valoremos los condicionantes reseñados, la propia modernidad. Pueden constatarse algunos asuntos para darse cuenta de la evolución interpretativa que lleva a cabo el Tribunal, así como de la coherencia o incoherencia de sus planteamientos. En el asunto *Fretté c Francia*, de 26 de febrero de 2002, sobre la prohibición de adoptar menores por homosexuales, se valoró la ausencia de uniformidad en los Estados miembros y en la comunidad científica, y la concesión de un espacio amplio de interpretación por parte de las autoridades nacionales, considerando que no se produjo violación del Convenio; línea modificada por la Sentencia de 22 de enero de 2008, asunto *E.B. c. Francia*, en la que se condenó a Francia por discriminación por razón de orientación sexual dada la homosexualidad del adoptante. En el asunto *Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, se valoró la falta de consenso (en este caso operación de cambio de sexo, sin reconocimiento a la identidad femenina ni al derecho al matrimonio), y se consideraron violados los derechos del art. 8 del CEDH al considerar que en la actualidad el derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral de los transexuales ha dejado de ser una cuestión controvertida<sup>(105)</sup>. Declaró la prevalencia de los derechos de la demandante en el margen de apreciación de los Estados sobre los intereses individuales de las personas transgénero, y concretó las obligaciones positivas de los Estados, entendiendo que el derecho a la vida privada y familiar comprende el derecho a que cada uno viva su propia vida con la menor injerencia posible<sup>(106)</sup>.

Es lógico pensar que nos encontramos en un momento en el que es necesario llevar el diálogo jurídico y social a su máxima expresión, teniendo en cuenta que los valores y principios nacionales no coinciden en su totalidad, si bien tras varias décadas parece que ha habido más monólogo que diálogo, más soliloquio que conversación<sup>(107)</sup>. Es necesario llevar a cabo un proceso de objetivación que deberían

---

(104) Cf. CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 103.

(105) Vid. STEDH *Sahin c. Turquía*, de 1 de noviembre de 2004 (prohibición de portar hiyab o velo turco en recintos universitarios (no violación del Convenio)); STEDH asunto *Boufila c. Francia*, de 21 de octubre de 1997: expulsión de extranjero de territorio español al valorar el equilibrio entre el respeto a la vida privada y familiar frente al orden público y la prevención del delito (no violación del Convenio); vid. OEHLING DE LOS REYES, A., “El concepto constitucional de dignidad de la persona”, *REDC*, núm. 91, 2011, pp. 135-178.

(106) Cf. MERINO SANCHO, V., “Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual”, *Derechos y Libertades*, núm. 38, 2018, pp. 329 y 338.

(107) Cf. SAIZ ARNAIZ, A., “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo”, en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Madrid, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 154.

aplicar los legisladores y los aplicadores del Derecho, proceso en el que la persona proyecta su interés subjetivo sobre el objeto y se despoja de actitudes personales, y posterga el yo hasta alcanzar la objetividad, de manera que las diversas concepciones cedan en su particularidad y busquen aquello que una, que permitan alcanzar la universalidad<sup>(108)</sup>. Accedemos a los derechos humanos no por el conocimiento de una naturaleza abstracta, sino a partir de los principios del razonamiento práctico<sup>(109)</sup>.

Habrà que valorar si el TEDH evoluciona desacompasado con las realidades nacionales. Desde el punto de vista español, la eliminación de cualquier diálogo entre el TC y el TEDH en relación con la vida familiar, resulta negativo, ya que la doctrina constitucional niega la existencia de un derecho fundamental a la vida familiar protegible en amparo, coextenso al derecho al respeto a la vida familiar reconocido por el art. 8.1 CEDH, aunque encuentra un cauce de penetración a través del derecho fundamental a una resolución motivada (art. 24.1 CE)<sup>(110)</sup>. Resulta peligroso construir un acuerdo sobre derechos fundamentales desde la superioridad, sin ser conscientes de la realidad social del momento, una realidad que no puede ser interpretada desde el aislamiento del propio TEDH. En Europa hay una protección de los derechos fundamentales completa y asegurada en varias formas y niveles, lo que provoca que los dispositivos de seguridad originen problemas de delimitación jurídico-materiales y jurídico-procedimentales, concluyendo con la función de guardián del TEDH, mientras que el TJUE adopta una postura de contención<sup>(111)</sup>. Tal vez sea necesario recurrir al diálogo judicial, a un diálogo fructífero entre tribunales, que puede conducir a una codificación, mientras que el diálogo no fructífero necesita una codificación. El diálogo aprovecha cauces procesales preexistentes pero no excluye la aparición de nuevas fórmulas. Es un procedimiento legitimador, útil e infrecuente para resolver conflictos en situaciones de pluralismo constitucional, pero no el único<sup>(112)</sup>.

---

(108) Cf. SEOANE, J.A., “La Universalidad de los Derechos Humanos y sus desafíos”, *Persona y Derecho*, núm. 38, 1998, pp. 223 y 225.

(109) Cf. ANDORNO, R., “Universalidad de los Derechos Humanos y Derecho Natural”, *Persona y Derecho*, núm. 38, 1998, p. 42; RENTO, J-P., “Crepúsculo en el horizonte de Occidente. ¿El ocaso de los Derechos Humanos universales?”, *Persona y Derecho*, núm. 38, 1998, pp. 166-186.

(110) Cf. CUARTERO RUBIO, M.<sup>a</sup> V., “El Derecho al respeto a la vida familiar (art. 8.1 CEDH): una aproximación *iusprivatista* desde el recurso de amparo”, *REDC*, núm. 115, 2019, pp. 368 y 386.

(111) Cf. EHLERS, D., “La protección de los Derechos Fundamentales en Europa”, *REDC*, núm. 77, 2006, p. 49.

(112) Cf. BUSTOS GISBERT, R., “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *REDC*, núm. 95, 2012, pp. 42, 46, 53.

**LA DESVIACIÓN DE PODER EN LOS  
PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE  
GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO**

**MISUSE OF POWER INTO SPECIAL PROCEDURES TO  
GUARANTEE OF MARKET UNIT**

DAVID OTERO LÓPEZ

*Abogado*

---

**SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA DESVIACIÓN DE PODER
- III. LA UNIDAD DE MERCADO COMO FINALIDAD DE LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
  - 1. **El «Fin» de la actuación administrativa. La unidad de mercado dentro del ordenamiento**
    - 1.1. Unidad de la Nación
    - 1.2. Libertades económicas
  - 2. **La LGUM y objetivo de la actuación administrativa**
- IV. ALGUNOS SUPUESTOS DE DESVIACIÓN DE PODER CONTEMPLADOS EN LA LGUM
  - 1. **La desviación de poder y el Principio de eficacia nacional**
  - 2. **Desviación de poder y el Principio de necesidad**
- V. LA NECESARIA ADOPCIÓN DE LA TESIS DE LA COMPATIBILIDAD DE LA DESVIACIÓN DE PODER EN LA LGUM
  - 1. **La tesis de la incompatibilidad y la unidad de mercado**
  - 2. **La tesis de la compatibilidad y la unidad de mercado**
  - 3. **Entonces, ¿qué tesis adopta la Ley de garantía de la unidad de mercado?**
- VI. CONCLUSIONES
- VII. BIBLIOGRAFÍA
- VIII. NOTA ABREVIATURAS

**Resumen:** En este artículo nos proponemos hacer un estudio sobre el instrumento de control de la actuación administrativa conocido como desviación de poder, dentro del marco de los procedimientos especiales, administrativo y judicial, de protección y garantía de la Unidad de Mercado, recogidos en la LGUM y en la LJCA. Para hacer un análisis más completo, veremos la desviación de poder en relación a ciertos Principios recogidos en la LGUM, tomando de ellos ejemplos ilustrativos. Por último, expondremos la configuración específica y particular que estas normas dan a la propia desviación de poder como instrumento de control, mutando su naturaleza y su utilidad en el ámbito de la garantía y la protección de la Unidad de Mercado.

**Abstract:** In this article we propose to do a study about the mechanism of control administrative action known as misuse of power, inside the frame of special procedures, administrative and judiciary, of protection and guarantee of the Market Unit, regulated in the LGUM and LJCA. With the aim to do a more complete analysis we will see the misuse of power in relation with specific Principles developed in the LGUM taking from them illustrative examples. Finally, we will expose the specific and particular configuration that this laws give to misuse of power.

**Palabras clave:** Desviación de poder; Unidad de Mercado.

**Keywords:** Misuse of Power; Market Unit.

## I. INTRODUCCIÓN

La razón de este artículo surge del estudio de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) y también de la reforma que esta lleva a cabo en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), con el fin de introducir en nuestro sistema un proceso judicial especial de garantía de la unidad de mercado (arts. 127 bis y ss.), y un procedimiento administrativo especial para la protección de las libertades de establecimiento y de circulación de los operadores económicos (art. 26 LGUM). En ambos, se concibe la desviación de poder como un instrumento y parámetro de control específico de la actuación administrativa respecto de la unidad de mercado<sup>(1)</sup>.

Así se recoge en la propia LJCA respecto del proceso contencioso-administrativo especial de garantía de la unidad de mercado. El art. 127 ter. 6 de la eLJCA

---

(1) En este artículo se circunscribe a los procedimientos regulados en los art. 26 y 27 LGUM, y en el art. 127 bis y siguientes de la LJCA. Estos son los verdaderos procedimientos especiales, administrativo uno y judicial el otro, de protección y garantía de la unidad de mercado. Así, prescindiremos de los mecanismos del art. 28 LGUM, pues no suponen un procedimiento administrativo de reclamación, sino tan solo de comunicación. Al respecto y en este sentido N. BUISÁN GARCÍA, "Otros mecanismos de protección de la Unidad de Mercado", VV. AA (Coord. M. J Alonso Mas), *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, págs. 929, quien afirma que el art. 28 LGUM "no regula un procedimiento administrativo, sino una especie de denuncia o mecanismo para detectar cualesquiera actuaciones contrarias a la unidad de mercado".

dice que la sentencia “estimaré el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en [...] desviación de poder”. En cuanto a la vía administrativa, la posibilidad de aducir la desviación de poder como argumento en contra de la actuación administrativa viene dado por la legislación administrativa general –art. 48.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, en adelante LPAC– como en la especial referente a esta materia –art. 26.1 LGUM–.

Con base en lo antedicho, surgen algunas cuestiones que creo conveniente exponer. Por ejemplo, cómo afecta la desviación de poder a la unidad de mercado, cómo se configura este instrumento dentro de este marco o si se contempla algún supuesto concreto de desviación de poder en la misma LGUM. A todas ellas trataré de dar respuesta a lo largo de este artículo. Pero antes conviene recordar el significado de la desviación de poder en nuestro ordenamiento y como ha sido configurada por la jurisprudencia.

## II. LA DESVIACIÓN DE PODER

La desviación de poder viene definida por el art. 70.2 *in fine* de la LJCA, cuando dice que “Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento”. El control judicial de la desviación de poder viene fijado inicialmente por la Constitución Española(CE), cuyo art. 106.1 recoge, respecto de la actuación administrativa, que los Tribunales controlan “el sometimiento de esta a los fines que la justifican”.

Pero esto no ha sido siempre así entre nosotros. La desviación de poder se configuró tradicionalmente como un instrumento de control del poder público discrecional desde el punto de vista de la finalidad del mismo, de origen predominantemente francés. Esta técnica de control fue extendiéndose por diversos países de Europa, entre ellos España. En nuestro ordenamiento, no fue hasta la primera mitad del siglo XX, cuando nos encontramos este concepto. Sin embargo, la norma que consagró la desviación de poder en España fue la LJCA de 27 de diciembre 1956, definiéndola legalmente en su art. 83.3 con el mismo contenido con el que se define en el actual art. 70.2 LJCA<sup>(2)</sup>.

No obstante, los Tribunales españoles han ido interpretando esta definición, dotándola de mayor significado y contenido, si bien este ha sido cambiante a lo largo de las décadas que nos preceden. También la doctrina, sobre todo la del Derecho Administrativo, ha tratado de dar solución a las cuestiones jurídicas que esta técnica suscita.

---

(2) Sobre la evolución histórica de la desviación de poder, véase S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “La Desviación de Poder en el Derecho Español”, *Revista de la Administración Pública*, núm. 22, 1957 (enero-abril), pp. 129 a 175; y a C. CHINCHILLA MARÍN, *La Desviación de Poder*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, pp. 25 a 31.

Dos son las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que más han influido sobre el papel de la desviación de poder como infracción del ordenamiento jurídico. Así, una de las tesis propugna que la desviación de poder es una infracción incompatible, o al menos subsidiaria, del resto de infracciones del ordenamiento jurídico –formales o materiales– en el procedimiento administrativo. Por lo tanto, sería una infracción o vicio, extraordinario y excluyente, o a lo sumo subsidiario del resto.

La otra tesis afirma que la desviación de poder juega en igualdad al resto de infracciones del ordenamiento dentro del procedimiento administrativo. Según esta teoría, aceptada actualmente por la jurisprudencia<sup>(3)</sup>, la desviación de poder es una infracción ordinaria, compatible e igual al resto de las infracciones en las que puede incurrir la Administración en sus actuaciones<sup>(4)</sup>.

Por otra parte, en cuanto a las manifestaciones de actuación de las Administraciones Públicas a las que aplicar el instrumento de control de la desviación de poder, podemos decir que esta no se reserva para actos y disposiciones –discrecionales y reglados–, sino que opera sobre la inactividad y sobre la actuación material que suponga una vía de hecho<sup>(5)</sup>.

La jurisprudencia ha configurado la desviación de poder en torno a las siguientes notas<sup>(6)</sup>:

- La desviación de poder es un límite a las potestades, regladas o discrecionales, de la Administración, en todas sus manifestaciones subjetivas, de acuerdo con lo que la norma defina como Administración.
- Como ya hemos mencionado, puede afectar a toda manifestación de la actuación de la Administración, ya sea esta discrecional o reglada.

---

(3) Ilustran brillantemente este hecho los pronunciamientos de las STS 752/1981 de 30 de noviembre Considerando Primero (Sala de lo Contencioso-administrativo, RA 102/1980), y más cercanos a nuestro tiempo la STS de 23 de febrero de 2012, FD 4.º (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5, RC 2921/2008), la STS de 5 de febrero de 2015, FD 4.º (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5, RC 391/2013) y la STS 328/2017, de 27 de febrero, FD 5.º (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5, RC 1148/2016).

(4) Entre algunos de los autores que han defendido esta tesis, encontramos a C. CHINCHILLA MARÍN, *La Desviación de poder*, Ed. Thomson – Civitas, Madrid, 2004, pp. 191 a 206; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T. R. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Thomson – Civitas, Navarra, 2017, pp. 510 a 516; y ya tempranamente M. F. CLAVERO AREVALO, “La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959, pp. 105 a 129 y especialmente pp. 111 a 114.

(5) La desviación de poder puede darse no solo en la potestad ejercida por medio de los actos administrativos, sino también por medio de la inactividad, por la potestad reglamentaria e incluso por la vía de hecho. En definitiva, por cualquier manifestación de la actuación administrativa. Así lo expone, por ejemplo, C. CHINCHILLA MARÍN, *La Desviación de poder*, Ed. Thomson – Civitas, Madrid, 2004, pp. 61 a 71 y 97 a 119, la cual recoge convenientemente jurisprudencia al respecto.

(6) Entre otras: STS de 23 de febrero de 2012, FD 4.º (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5, RC 2921/2008), STS de 5 de febrero de 2015, FD 4.º (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5, RC 391/2013) y STS 328/2017, de 27 de febrero, FD 5.º (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5, RC 1148/2016).

- Puede aparecer en concurrencia con otros vicios o infracciones del ordenamiento.
- Se da tanto si el fin al que se desvía es público o privado, siempre que no sea el contemplado para la actuación concreta.

### III. LA UNIDAD DE MERCADO COMO FINALIDAD DE LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Llegados a este punto, cabe preguntarse si la unidad de mercado es o debe ser, en sí misma, una finalidad perseguible por la actuación administrativa. Como decíamos, la desviación de poder se da cuando en la actuación de una Administración, esta actúa dentro o fuera de la legalidad, pero en todo caso con una finalidad distinta de la que le marca el ordenamiento.

Situándonos en la perspectiva del campo de estudio y con el objeto de contestar a esta cuestión, hemos de decir que la actuación administrativa a analizar es aquella que interviene en el mercado. Así, la actividad de policía, por ejemplo, tiene una finalidad próxima al control, supervisión y sanción, en nuestro caso, de las actividades dentro del mercado. Pero sin perjuicio de la importancia que posee la actividad de policía de mercados, también la actividad de fomento puede, y de hecho tiene, gran relevancia e intervención en los mercados.

Debemos situar primeramente el propio *fin* de la actividad administrativa en su contexto constitucional, legislativo y jurisprudencial.

#### **1. El «Fin» de la actuación administrativa. La unidad de mercado dentro del ordenamiento**

El fin, o la finalidad, de la actuación administrativa es el núcleo fundamental del que emerge la desviación de poder, finalidad que deriva de la norma que habilita la actuación administrativa<sup>(7)</sup>. Debemos determinar si la unidad de mercado es un objetivo o finalidad que la LGUM impone a las Administraciones Públicas y, si no lo es, determinar los casos en los que cabe aducir la desviación de poder como causa de infracción en materia de unidad de mercado<sup>(8)</sup>.

---

(7) Al respecto, C. CHINCHILLA MARÍN, *La Desviación de poder*, Ed. Thomson – Civitas, Madrid, 2004, pp. 119 a 178.

(8) Sobre la dificultad de encontrar en las normas el objetivo o finalidad de la actuación de las Administraciones, véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos”, *Revista de Administración Pública* núm. 195, 2014 (septiembre – diciembre), pp. 175 a 215, en especial p. 200 y ss.

Si bien la unidad de mercado es un principio constitucional de nuestro Estado y de nuestro ordenamiento que no viene formulado explícitamente en el texto constitucional, pese a ser uno de los principios más importantes por su reflejo, entre otros, en el mercado y en distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales<sup>(9)</sup>, sí que se desprende de su articulado. Por otra parte, ha sido objeto de pronunciamientos, definición, interpretación y configuración por el Tribunal Constitucional<sup>(10)</sup>.

Este se ha expresado en términos claros al decir que de la “Constitución se deriva la unicidad del orden económico nacional, que trae como consecuencia la existencia de un mercado único” (entre otras STC 88/1986, de 1 de julio)<sup>(11)</sup>. Este reconocimiento es fruto de la composición, conjugación y confluencia de distintos artículos de la CE, de los que nace la configuración jurídica del Principio de la Unidad de Mercado, entre los que destacaremos principalmente dos, por ser, a mi juicio, los más relevantes para este estudio.

### 1.1. *Unidad de la Nación*

El primero de ellos es el art. 2 CE, que reconoce la unidad de la Nación española. La unidad de la Nación española tiene su reflejo y se expone de diversas formas, incluida la unidad de su mercado.

La unidad de España y por lo tanto la unidad de su mercado, son anteriores a la CE de 1978. En lógica, los esfuerzos de las Administraciones y del poder público en general no irán dirigidos, o no tendrán por objetivo o fin, la consecución de la unidad de mercado, pues a esta se le supone la existencia. A lo sumo, los esfuerzos irán dirigidos a su conservación, protección y garantía.

Cierto es que la unidad de mercado es un principio de nuestro derecho cuya aplicación hay que garantizar, pero esa garantía se construye aquí como un límite a la actuación de las Administraciones, que no deben traspasar, y no como un fin.

---

(9) Los Principios del Derecho Público Económico, que parten de presupuestos constitucionales y del Derecho de la Unión Europea son enumerados de distinta forma por diferentes autores, siendo los más destacados: principio de unidad de mercado, principio de respeto y garantía de la economía de mercado, principio de protección del consumidor, principio de protección del medio ambiente, principio de racionalidad y proporcionalidad, principio de confianza legítima y buena fe, principio de libre competencia y principio de agilidad y eficacia en las actuaciones públicas que inciden en la actividad económica (L. CUSCULLUELA MONTANER y M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho Público Económico*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, pp. 27 a 32). Por su parte, E. GARCÍA LLOVET, en su artículo “Constitución Económica y Constitución territorial económica”, *Revista Autonomès*, núm. 22, 1997, pp. 121 a 153, expone que, para el caso que nos ocupa, son dos los principios en constante liza, a saber, el Principio de Unidad de Mercado y el Principio Autonómico.

(10) Entre otras, SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 1/1982, de 28 de enero; 71/1982, de 30 de noviembre; 32/1983, de 28 de abril; 88/1986, de 1 de julio; 87/1987, de 2 de junio; 84/1993 de 8 marzo; 64/1990 de 5 de mayo, y más recientemente, STC 96/2013 de 23 abril.

(11) Sobre la terminología utilizada, algunos autores afirman que la unicidad del orden económico no es lo mismo que la unidad de mercado, siendo esta un reflejo o manifestación de aquella. Otros, por el contrario no parecen hacer tal diferencia, entre ellos, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. CERASA, Madrid, 1991, pp. 270 y 271.



### 1.2. *Libertades económicas*

Por otro lado, tenemos en art. 139 CE, que si bien no es el único a tener en cuenta sobre la configuración constitucional de la unidad de mercado, sí es uno de los más indicativos. Este impide a las Autoridades crear obstáculos a las libertades de circulación y de establecimiento. También exige el trato igualitario a los españoles.

Las libertades económicas expuestas no dejan de ser, como apunta ALBERTI ROVIRA<sup>(12)</sup>, una concreción de dos Derechos Fundamentales o Libertades Públicas. En concreto, son los prescritos en el art. 19 CE, que recoge la libertad de residencia y de circulación de los españoles, en todo y por todo en territorio nacional, y en el art. 14 sobre el derecho a la igualdad. De esta forma, se configuraría la prescripción del art. 139 CE como una garantía institucional de la unidad de mercado<sup>(13)</sup>.

No está de más añadir que, tradicionalmente, estos derechos se encuadran en lo que se conoce como derecho liberales, que reconocen una esfera de libertad al individuo sin que pueda existir injerencias del poder público, más allá de las necesarias para el mantenimiento del orden público. Ahí una de las varias razones o explicaciones de que se configure como un límite –y no como un fin– que las Administraciones Públicas han de respetar –y no perseguir– en todas sus actuaciones.

## 2. La LGUM y objetivo de la actuación administrativa

En vista de lo anteriormente expuesto, la unidad de mercado no opera como un fin u objetivo en sí mismo que la Administración Pública deba perseguir en su actuación, y no está así establecido tampoco por la LGUM. ¿Cuál es entonces la finalidad de la LGUM y de la actuación administrativa al respecto?

---

(12) E. ALBERTI ROVIRA, “La Cláusula de la Libre Circulación y la Garantía de la Unidad de Mercado interno en la Constitución de 1978”, *Revista del CEPC*, núm. 14, 1993 (Enero-Abril), pp. 35 a 63.

(13) Garantía que a juicio de E. ALBERTI ROVIRA, es innecesaria, por estar ya garantizada por medio de otros preceptos constitucionales de mayor virtualidad. No obstante, sigue entendiendo la inclusión del art. 139 CE como una garantía institucional de la Unidad de Mercado, aunque con poca enjundia práctica. Literalmente anota: “la libertad de circulación se presenta como garantía de la existencia de un mercado único en el conjunto del territorio de un Estado compuesto o, en general, de una estructura compuesta de poder, entendido como espacio económico unitario en el que pueden moverse sin traba los diversos factores de producción (personas, bienes, servicios y capitales). En este sentido, la libre circulación cobra su máxima virtualidad cuando se establece como instrumento para conseguir tal unidad de mercado, eso es, para integrar, unificar o fusionar espacios económicos hasta el momento independientes o no integrados. [...] Sin embargo, su virtualidad en un mercado ya unificado e integrado es mucho menor, reduciéndose de hecho a garantizar el mantenimiento de tal unidad, preexistente y ya lograda, frente a eventuales riesgos de fragmentación” (“La Cláusula de la Libre Circulación y la Garantía de la Unidad de Mercado interno en la Constitución de 1978”, *Revista del CEPC*, núm. 14, 1993 (Enero-Abril), p. 56).

Con independencia de lo expresado en su preámbulo<sup>(14)</sup>, la finalidad y objetivo de la LGUM es la *garantía y conservación* de la unidad de mercado en España<sup>(15)</sup>, no su consecución<sup>(16)</sup>.

Pero este, pese a ser el objetivo de la Ley, no es necesariamente el objeto de la actuación de las distintas Administraciones en materia de regulación de las actividades económicas y de su intervención en el mercado. No, sino que la finalidad podrá ser otra y en cualquier caso ajena a la unidad de mercado, pues los intereses públicos perseguidos por las Administraciones son múltiples y variados<sup>(17)</sup>. Ello no obsta para que en las concretas actuaciones interventoras del mercado, las Administraciones deban respetar los límites que impone la LGUM. Es decir, que la LGUM, para cumplir con su finalidad, no recoge expresamente objetivos que deban perseguir las Administraciones Públicas, sino que limita su actuación cuando esta pueda afectar a la unidad de mercado. Sin embargo, al hacer esta misma regulación, de forma implícita, viene a trasladar la finalidad mediata y garante de la unidad de mercado a todas y cada una de las Administraciones Públicas que intervienen en el mercado.

¿Cómo enmarcamos, entonces, la inclusión de la desviación de poder como elemento de juicio dentro de los procedimientos de garantía de la unidad de mercado?

Este interrogante no se daba con la redacción del Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, que no incluía la desviación de poder como una de

---

(14) Pese a recordar que “la fragmentación subsiste en el mercado español”, expresa que “esta norma pretende garantizar la unidad del mercado nacional español cuya existencia es ya una premisa básica de partida de la Constitución Española, evitando o minimizando las distorsiones que puedan derivarse de nuestra organización administrativa territorial”.

(15) Sobre la finalidad y objeto de la LGUM se han manifestado, entre otros, J. SOLA TEYSSIERE, “Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 197, 2015 (mayo-agosto), pp. 133 a 140, S. MUÑOZ MACHADO, Prólogo VV. AA (Coord. M. J Alonso Mas), *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, pp. 29 a 42, quien por otra parte hace una crítica general a la LGUM, M. ROBOLLO PUIG, “La libertad de empresa tras la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm., 163, 2014 (abril-junio), pp. 30 a 33, o G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm., 163, 2014 (abril-junio), pp. 109 a 118

(16) Siguiendo la estela de lo recogido en el preámbulo de la LGUM, la Audiencia Nacional ha manifestado que la finalidad de la LGUM es doble: “establecer los principios y normas básicas que garanticen la unidad de mercado en aras de la efectiva unicidad del orden económico nacional y, por otro, promover un funcionamiento más libre de este mercado mediante la eliminación de los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación”; entre otras SAN de 14 de mayo de 2018, FD 4.º (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6, RO 201/2015), SAN de 10 de septiembre de 2018, FD 5.º (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6, RO 16/2017), o SAN de 31 de octubre de 2018, FD 5.º (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6, RO 5/2017).

(17) En este sentido, resulta de interés el pronunciamiento de la STS 912/2018 de 4 de junio, FD 4.º (Sala de Contencioso-administrativo, sección 3, RO 438/2017), al manifestar que “[...] Ley de Garantía de la Unidad de Mercado tiene como finalidad específica y expresamente declarada precisamente la de incidir en la interpretación y aplicación de las normas sectoriales sobre las que se proyecta, efecto transversal sin el cual en puridad carecería de eficacia normativa”.

las infracciones en la actuación administrativa que pudieran afectar a la unidad de mercado<sup>(18)</sup>. La misma se añadió tras el Informe emitido por la antigua Comisión Nacional de Competencia sobre la propia LGUM<sup>(19)</sup>.

Pues bien, analizadas estas cuestiones previas, debo decir que, en mi opinión, existe posibilidad de una desviación de poder que tenga su origen dentro del ámbito de aplicación de la LGUM. La LGUM es una norma marco de la actuación administrativa en materia económica, que desarrolla los principios que integran la unidad de mercado, entendidos como los límites dentro de los cuales puede actuar la Administración<sup>(20)</sup>. La desviación de poder que naciera de la LGUM significaría que la Administración Pública actúa con una finalidad distinta de la que marca esta norma, que como vimos, es –aun implícitamente– la del mantenimiento y garantía de la Unidad de Mercado.

Empero, la desviación de poder también puede tener su origen en otras normas, afectando de la misma forma a la unidad de mercado. A continuación, veremos algunos ejemplos que sustentan esta afirmación.

#### IV. ALGUNOS SUPUESTOS DE DESVIACIÓN DE PODER CONTEMPLADOS EN LA LGUM

Llegados a este punto es interesante estudiar los supuestos de desviación de poder que el legislador ha querido contemplar en el marco de la LGUM. Si bien no se observa este hecho de forma explícita, sí podemos decir que se encuentran supuestos concretos de desviación de poder de forma implícita. Veamos algún ejemplo.

---

(18) La Disposición Final Primera del Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (23 de enero de 2013), que añadía el art. 127 ter.6 a la LJCA se expresaba en los siguientes términos: “Conclusas las actuaciones, el órgano jurisdiccional dictará sentencia en el plazo de cinco días. La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la garantía de unidad de mercado”.

(19) Concretamente el IPN 89/13 Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, pp. 42 a 44, donde leemos la recomendación que llevó a la modificación del texto: “se debería incluir explícitamente la desviación de poder dentro de las razones para estimar el recurso que establece el Apartado 6 del artículo 127. Ello, además de alinearse con la totalidad del artículo 70.2 LJCA que regula con carácter general el sentido de la sentencia en sede contencioso-administrativa, aplicable por ejemplo a los supuestos en que el particular realice la impugnación directamente, evitará privar innecesariamente a la CNMC de la posibilidad de fundamentar su actuación en esta causa, en detrimento de la potencialidad del instrumento”.

(20) En este sentido, M. REBOLLO PUIG, “La libertad de empresa tras la Ley de garantía...”, op. cit, pp. 25 a 29 relaciona la finalidad de la actuación administrativa en materia de ordenación del mercado, con los límites recogidos en el art. 5.1 LGUM y 17.1 LLAASE; según su criterio, la LGUM limita la intervención de las Administraciones a la consecución de un fin concreto, como es la protección de los intereses públicos expuestos en las citadas normas, siendo ese su único margen de actuación.

## 1. La desviación de poder y el Principio de eficacia nacional<sup>(21)</sup>

Es conveniente que, antes de formular los siguientes argumentos, hagamos mención y una breve nota, sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017, de 22 de junio que, entre otros pronunciamientos, declara inconstitucional y por lo tanto nulo, lo preceptuado en el art. 20 LGUM, que regulaba el principio de eficacia nacional<sup>(22)</sup>, así como de todos aquellos artículos que tengan su base o sean desarrollo de este principio.

Sin entrar a valorar profundamente esta sentencia, hemos de decir que el Tribunal Constitucional declara nulo el precepto, pero no entra a valorar lo recogido expresamente en el punto 4 del art. 20 LGUM, del que hablaremos a continuación. Es declarado inconstitucional por erradicación, pues en palabras del mismo Tribunal Constitucional: “Debemos declarar, por tanto, la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los arts. 19 y 20 de la Ley 20/2013, pues los mismos sustentan toda su redacción en el principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional” (FJ 14).

A mi juicio, podemos hacer una salvedad, evidentemente teórica, sobre el art. 20.4 LGUM. Bajo la regulación del principio de eficacia nacional de las actuaciones administrativas, este precepto, hablando de las instalaciones físicas o infraestructuras, menciona: “No obstante, cuando el operador esté legalmente establecido en otro lugar del territorio, las autorizaciones o declaraciones responsables no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente a la instalación o infraestructura”<sup>(23)</sup>.

---

(21) Sobre el principio de eficacia nacional de la LGUM, entre otros, M. J. ALONSO MAS, “La eficacia nacional de los títulos habilitantes en la Ley 20/2013”, VVAA (Coord. L. Rams Ramos), *Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 180 a 213, L. MIGUEZ MACHO, “La eficacia en todo el territorio nacional de los medios administrativos de intervención en las actividades económicas. En especial, las comunicaciones y declaraciones responsables”, VVAA (Coord. L. Rams Ramos), *Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 289 a 327; M. REBOLLO PUIG, “La Ley de garantía de la unidad de mercado. En especial, los principios de necesidad y de eficacia nacional y su repercusión sobre las comunidades autónomas”, *Informe de Comunidades Autónomas*, 2014, pp. 73 a 101; o G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación...”, *op. cit.*, pp. 133 a 142.

(22) Posteriormente y en el mismo sentido, STC 110/2017 de 5 de octubre; STC 111/2017 de 5 de octubre, y STC 119/2017 de 31 de octubre.

(23) La redacción de este artículo es confusa y precisa de interpretación dentro de su contexto. En primer lugar, parece indicar, *sensu contrario*, que cuando el operador vaya a establecerse *ex novo*, sin estar previamente establecido en otro lugar del territorio nacional, los instrumentos de control urbanístico como autorizaciones y declaraciones responsables sí podrían contemplar requisitos que no estén ligados específicamente a la instalación o infraestructura. Esto no es así, pues en cualquier caso, todos los requisitos exigidos en una autorización o declaración responsable deberían estar ligados a la infraestructura o instalación. Lo que no se exige, y tampoco lo hace este artículo, es que los requisitos que estas contemplen sean exclusivamente constructivos, pues el ordenamiento permite la exigencia de requisitos paisajísticos o medioambientales entre otros. La misma LGUM parece reconocerlo, en vista de la redacción del art. 17.1 b) y por la misma existencia y uso de las Autorizaciones Ambientales Integradas (arts. 1, 2 y 9 del Texto Refundido de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre). Por otra parte, lo que sí parece querer decir el artículo es que estos instrumentos de control

Esta previsión contenía una prohibición que intentaba, a mi juicio y entre otras cosas, impedir la desviación de poder en este ámbito específico. Evitar que una Administración utilice sus potestades ejecutivas sobre ordenación del territorio y urbanismo con la finalidad de impedir o dificultar el establecimiento de operadores económicos procedentes de otro lugar del país en su territorio.

Por ello, la LGUM restringía expresamente el papel y el contenido de las autorizaciones o declaraciones responsables contempladas en la normativa urbanística y de ordenación del territorio a requisitos que estén específicamente ligados a la instalación física o infraestructura, es decir, al respeto de la legalidad y disciplina urbanística. En definitiva, sin que estas pudieran utilizarse con fines regulatorios de la actividad económica.

Por ello considero que tal previsión se mantiene en nuestro ordenamiento. Aun cuando actualmente no forme parte de la LGUM, sigue siendo una regla que forma parte del conjunto normativo y de los Principios que rigen la actuación de las Administraciones Públicas.

Ahora bien, ¿el incumplimiento de esta regla es una infracción que supone una desviación de poder? Entiendo que sí.

El operador económico tiene reconocida la libertad de establecerse en cualquier parte del territorio nacional, cumpliendo con los requisitos, si los hay, que se exijan para el establecimiento o acceso a la actividad. Una vez establecido conforme a los criterios expuestos, al menos el operador de servicios, puede ejercer libremente su actividad en todo el territorio nacional –es decir, mantiene su libertad de circulación–, mediante establecimiento físico o sin él<sup>(24)</sup>. La Autoridad de destino no puede exigir al operador de servicios ya establecido en el territorio español, el cumplimiento de nuevos requisitos u otros trámites adicionales para el acceso o establecimiento en su territorio.

En vista de ello, cuando una autoridad competente establece unos requisitos, en el caso de estudio de este artículo, en las autorizaciones, declaraciones responsables o comunicaciones previas en materia de ordenación del territorio o en materia urbanística, que no estén ligados específicamente con la instalación o infraestructura, ello sería como exigir requisitos adicionales a los ya establecidos por la autoridad de origen y por lo tanto, no reconocer la plena eficacia de los actos, disposiciones

---

de la legalidad y disciplina urbanística no pueden contener requisitos de carácter personal para el operador, o requisitos en cuanto al acceso a su actividad o su establecimiento en el territorio de destino, dentro del marco regulatorio de la LGUM.

(24) Esto es así porque, aún con la declaración del Tribunal Constitucional sobre los arts. 19 y 20 LGUM (Principio de Eficacia Nacional), se mantiene vigente y con plena eficacia la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (especialmente su art. 4.2), de trasposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. En relación a la aplicación de estas normas y de los Principios que recogen, a situaciones puramente internas, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2018, Asuntos acumulados C-360/15 y C-31/16.

o medios de intervención de esta. Con ello, se infringiría el art. 20.4 LGUM<sup>(25)</sup>, y también la normativa europea e interna para el acceso y ejercicio de prestaciones de servicio, que mantiene el régimen anulado de la LGUM para las actividades de servicios.

Por otro lado, también se trataría de una desviación de poder que nace de la legalidad urbanística y de ordenación del territorio, cuya finalidad es otra distinta a la ordenación de las actividades económicas<sup>(26)</sup>, y no de la LGUM inicialmente y de la LLAASE en la actualidad. Cuando se utilizan las potestades de control urbanístico de tal manera que estas crean un obstáculo a la libertad de establecimiento y circulación en los términos ya vistos –en definitiva, con una finalidad distinta a la fijada en el ordenamiento–<sup>(27)</sup>, nace la desviación de poder como motivo de impugnación de esta actuación administrativa en el ámbito de los procedimientos especiales de garantía de la unidad de mercado.

Ocurre igualmente con los operadores que no prestan servicios. Si bien en estos casos se reconoce a la Autoridad de destino la posibilidad de exigir el cumplimiento de los requisitos de ejercicio o producción que esta misma establezca, parece lógico concluir que estos no se pueden exigir en los instrumentos jurídico-administrativos de control urbanístico y de la ordenación del territorio. Sin embargo, esto no supondría, actualmente y como ya hemos visto, una desviación de poder que afecte apriorísticamente a la unidad de mercado.

Pero insistimos en el hecho de que la desviación de poder proviene del uso desviado de las potestades relacionadas con el urbanismo y la ordenación del territorio,

---

(25) Por su parte, F. J. SOSPREDA NAVAS, sostiene otra visión complementaria a la aquí expuesta del significado de la prescripción del art. 20.4 LGUM, especialmente de su primera parte. Apunta, en relación al precepto citado, que el principio de eficacia nacional “no es de aplicación a las licencias de actividad o funcionamiento ligadas a una determinado establecimiento, instalación o infraestructura física”, y añade que “si un prestador de servicios que dispone de licencia u otro título habilitante en un término municipal se instala físicamente en el otro, requerirá para su establecimiento el título habilitante que proceda, si bien no podrá denegarse la autorización o el ejercicio de la actividad por motivos que no sean los vinculados a la instalación o infraestructura en que pretende ejercer dicha actividad” (“La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado: Urbanismo” en VV.AA (Coord. M. J. Alonso Mas) *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2004, pp. 524 a 534).

(26) Sobre la finalidad de la función pública de ordenación del territorio –extensible en gran medida a la función urbanística–, es interesante el estudio de F. LÓPEZ RAMÓN, *Estudios Jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1995, pp. 63 a 78. La finalidad del urbanismo se ha visto, a mi juicio, modificada con la visión integrada del desarrollo y de la regeneración urbana que se preconiza con mayor fuerza entre nosotros a raíz de la Declaración de Toledo (Reunión Informal de Ministros de Desarrollo Urbano celebrada el día 22 de junio 2010).

(27) A este respecto, vimos al principio de este artículo que la jurisprudencia reconocía que la finalidad perseguida de forma extraviada por la Administración puede ser una finalidad pública, legítima y perseguida en el uso de otras potestades. Sin embargo, en nuestro caso, la finalidad que prohibía el art. 20.4 LGUM es en todo caso una finalidad ilegítima, y que no puede ser perseguida con el uso de otras potestades, por ser contraria a la legalidad sustantiva y a los principios constitucionales, pues pretende limitar las libertades económicas que son reflejo de Libertades Públicas y Derechos Fundamentales, siendo que solo pueden ser limitados por otros Derechos con el mismo rango.

que tiene un reflejo directo en la unidad de mercado, afectándola ahora solamente en las actividades de servicios.

## 2. Desviación de poder y el Principio de necesidad<sup>(28)</sup>

La LGUM también impone la observancia del principio de necesidad en las actuaciones de las Administraciones Públicas. Este Principio, en el ámbito de la unidad de mercado, exige que las autoridades competentes motiven la necesidad de establecer límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio (art. 5. LGUM)<sup>(29)</sup>.

Esta necesidad ha de asentarse en motivos concretos<sup>(30)</sup>, en razones “imperiosas de interés general” de las recogidas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (LLAASE)<sup>(31)</sup> en relación al art. 17.1 LGUM<sup>(32)</sup>.

En relación a este Principio, de nuevo nos podemos encontrar con una doble infracción, tanto del principio de necesidad como por la desviación de poder.

---

(28) Sobre el principio de necesidad de la LGUM, entre otros, M. REBOLLO PUIG, “La Ley de garantía de la unidad de mercado. En especial, los principios de necesidad y de eficacia nacional...” *op. cit.*, pp. 73 a 101; J. J. PERNAS GARCÍA, “El Principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de garantía de la unidad de mercado”, VV. AA (Coord. M. J. Alonso Mas), *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, pp. 417 a 466, o G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación...”, *op. cit.*, pp. 122 a 133.

También son de interés algunos de los informes emitidos por la CNMC en el marco de la reclamación del art. 26 LGUM, sobre el principio de necesidad, y entre los últimos los Informes UM/048/18 de 12 de septiembre de 2018, UM/057/18 de 14 de noviembre de 2018 y UM/016/19 de 13 de marzo de 2019.

(29) El Principio de Necesidad en la Unidad de Mercado es una concreción del Principio de Necesidad en la actuación administrativa general recogido en el art. 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y en la actividad regulatoria por lo dispuesto en el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

(30) En este sentido, STS 362/2019 de 18 de marzo, FD 6.º (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 3, RC 1746/2016), SAN de 8 de marzo de 2018, FD 4.º (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6, RO 549/2015)

(31) Estos son: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural. En relación a los mismos, el art. 17.1 LGUM concreta todavía más su utilización, al dictar reglas sobre la relación entre la causa de interés general y los concretos instrumentos de intervención administrativa.

(32) La CMNC indica que el Principio de Necesidad –y en general del resto de los Principios que integran la Unidad de Mercado de los recogidos en la LGUM-, no solo se aplica a los límites o requisitos directamente relacionados con el acceso o ejercicio de una actividad económica, sino también a aquellos que, si bien no versan sobre estas materias, sí tienen un “efecto reflejo” sobre los operadores económicos y sobre el acceso o ejercicio de la actividad económica. Un ejemplo de esto lo encontramos en el Informe de la CNMC de 26 de septiembre de 2014 (UM/045/14 – Informe Apartado II.3), sobre los requisitos de solvencia económica (explícitos o implícitos) en la contratación pública.

Por una parte, se ve afectado el principio de necesidad, que no solo exige la existencia de una razón imperiosa de interés general, sino que esta ha de estar entre las recogidas en la normativa de forma taxativa. De lo contrario, la autoridad competente actuaría en contra del principio de necesidad, y en consecuencia contra la unidad de mercado.

Por otra parte, la autoridad competente puede incurrir en desviación de poder cuando establezca límites al acceso de una actividad económica o a su ejercicio, o imponga el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de la misma por razones que no recoge la normativa, es decir, para una finalidad distinta a la que fija el ordenamiento. Lo que justifica y habilita la actuación de la Administración es precisamente el fin que persigue, a saber, el interés general. Por ello, la Administración ha de actuar bajo los parámetros de las “razones imperiosas de interés general”, que actúan como finalidad de su actuación<sup>(33)</sup>.

Nos encontramos con una desviación de poder que afecta a la unidad de mercado y que tiene su origen primario en la LGUM, si bien por remisión directa a la regulación que lleva a cabo la LLAASE, determinada en gran medida por la Directiva de Servicios de la que trae causa<sup>(34)</sup>. No obstante, el ámbito de aplicación de la LGUM y de la LLAASE es coincidente en gran medida. La propia LGUM asume como propias y en su propio texto las razones imperiosas de interés general que determina la LLAASE. La finalidad de la actuación de la Administración viene determinada por otro texto legal pero cuyo contenido asume la LGUM, haciéndolo igualmente suyo.

## V. LA NECESARIA ADOPCIÓN DE LA TESIS DE LA COMPATIBILIDAD DE LA DESVIACIÓN DE PODER EN LA LGUM

Asentadas las cuestiones previamente analizadas y los dos ejemplos escogidos, es momento de determinar cuál de las dos tesis sobre la desviación de poder como

---

(33) Al respecto, dice M. REBOLLO PUIG, “La libertad de empresa tras la Ley de garantía...”, *op. cit.*, p. 25, que el principio de necesidad de la LGUM “[...] no significa sin más que tales limitaciones haya de ser necesarias para la tutela de cualquier interés general o, al menos, para todos los que se encuentren respaldado constitucional, sino, necesarias precisamente para unos concretos intereses elegidos por esa misma Ley”, añadiendo que “[...] no caben más límites a las libertades económicas de empresa y de profesión, sean límites materiales o formales, que los justificados por alguna razón imperiosa de interés general; [...]”, en referencia a los art. 5.1 LGUM y 17.1 LLAASE.

Crítico con esta regulación se muestra G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación...”, *op. cit.*, pp. 122 a 133.

En el mismo sentido y ratificando, véase STS 912/2018 de 4 de junio, FD 6.º (Sala de Contencioso-administrativo, sección 3, RO 438/2017).

(34) Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. (DOUE 27 de diciembre de 2006, Ref. L 376/36). Especialmente se mencionan las “razones imperiosas de interés general” en los considerandos 40 y 41, que las exponen, reconociendo a su vez que “puede seguir evolucionando”.



motivo de impugnación de la actuación administrativa –la de la compatibilidad o la de la incompatibilidad con otros motivos– adopta la LGUM.

Con anterioridad he mencionado que en la doctrina y en la jurisprudencia son dos las tesis que han imperado en nuestro sistema con relación a la desviación de poder, a saber, la de la compatibilidad con otras infracciones y la de la incompatibilidad con otras infracciones. La LGUM adopta la tesis de la compatibilidad. Veamos por qué.

### 1. La tesis de la incompatibilidad y la unidad de mercado

Comencemos por la tesis de la incompatibilidad de la desviación de poder con el resto de infracciones del ordenamiento. Como decíamos, esta tesis afirma que la desviación de poder es una infracción extraordinaria y, o bien excluyente o bien subsidiaria del resto. ¿Cómo afecta esto a los procedimientos de garantía de la unidad de mercado?

Pues bien, si fuese esta teoría la que siguiéramos en el ámbito de la unidad de mercado, lo cierto es que la inclusión de la desviación de poder como infracción contraria a la unidad de mercado devendría totalmente inútil, y lo sería también en la práctica.

La actuación administrativa contraria a la unidad de mercado es aquella que tiene por acción o *efecto* la creación o el mantenimiento de un obstáculo a la libertad de circulación o establecimiento, o que impida la igualdad de los operadores económicos en el ejercicio de la actividad económica (art. 18.1 LGUM y 127 ter.6 LJCA).

Según la LGUM, la unidad de mercado se ve vulnerada cuando, a su vez, se vulnere alguno de los principios que la configuran legalmente, como el principio de no discriminación, principio de cooperación, principio de confianza mutua, principio de necesidad, principio de proporcionalidad, principio de simplificación de cargas y principio de transparencia (arts. 3 a 8 LGUM).

Como consecuencia de lo anterior, cualquier vulneración –por acción o efecto– de la unidad de mercado, tendrá su reflejo en la violación de alguno de estos principios, lo cual vendría a ser una infracción del ordenamiento. Parece por ello imposible encontrar un supuesto de hecho en el que la desviación de poder, en relación a la unidad de mercado, no lleve consigo a su vez, el efecto de obstaculizar la unidad de mercado. Es decir, la desviación de poder siempre conllevaría la infracción de alguno de los principios enunciados.

En contrario se podría alegar que la desviación de poder ha sido incluida de forma expresa por la reforma de la LJCA que hace la LGUM, y que por lo tanto, puede argüirse en un proceso aun cuando la única motivación del recurso sea la desviación de poder y esta no vulnere las libertades económicas integradas en la unidad de mercado; pero esta inclusión debe verse en su propio contexto. El art. 127 ter. 6, en el párrafo primero, dice literalmente que la “sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación, incluida la desviación de poder”. Por lo tanto, la desviación de poder debe, en todo caso, afectar a la unidad de mercado, en alguno de sus principios.

Siendo esto así y aplicando la tesis de la incompatibilidad, la desviación de poder nunca llegaría a analizarse por resultar preferente la infracción de los principios que configuran la unidad de mercado, a resultados del efecto contrario a las libertades económicas y a la igualdad de los operadores que produzca la misma desviación de poder.

Un ejemplo adicional a los ya expuestos puede resultar ilustrativo. Imaginemos un caso de inspección de actividades o de comprobación del cumplimiento de lo expuesto en una comunicación previa. La Administración actuante, pongamos la autonómica, utiliza su potestad de forma ajustada a la Ley, pero solo inspecciona a aquellos operadores cuyo origen personal o de la actividad es diferente al del territorio de ejercicio. Este parece un caso más o menos claro de desviación de poder, pues si bien su actuación se ajusta a la legalidad *stricto sensu*, su finalidad no es solamente la inspección, sino ejercer un mayor control sobre aquellos por razones ajenas a la actividad económica. Es fácil que esta actuación tenga un efecto discriminatorio prohibido –arts. 3, 9 y 18 LGUM–. Si lo tiene, este será el objeto principal de los recursos, y por ser preferente o excluyente en relación a la desviación de poder, esta no entrará en juego. Es decir, el pronunciamiento estimatorio tendrá como base la vulneración del principio de no discriminación y no la desviación de poder.

Por el contrario, si no genera un efecto contrario a la unidad de mercado, no veo la razón por la que deba sustanciarse a través del proceso especial. Dado que en la vía ordinaria no se analizaría la afectación a la unidad de mercado, y la desviación de poder tendrá más posibilidad de entrar en escena, pero solamente cuando no se aleguen otros vicios de actuación.

En cualquier caso, ya se apunta a una cuestión sobre la que ahondaremos más adelante, y es que la LGUM convierte a la desviación de poder en un elemento de hecho, sin el cual en el ejemplo no se infringiría la LGUM, pero desvirtúa su naturaleza como elemento de derecho.

## 2. La tesis de la compatibilidad y la unidad de mercado

Esta tesis, seguida actualmente por la jurisprudencia y por gran parte de la doctrina, afirma que la desviación de poder es una infracción que se da en igualdad al resto, concurrente y de carácter ordinario<sup>(35)</sup>. La aplicación de la misma en el ámbito de la unidad de mercado difiere en relación a la teoría de la anterior, si bien a mi juicio, en la práctica, seguirá siendo un instrumento desvirtuado.

---

(35) Así se expresa en alguna de las sentencias anteriormente citadas: “La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye y antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder [...]”. Por todas STS de 23 de febrero de 2012 (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5, RC 2921/2008), STS de 5 de febrero de 2015 (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5, RC 391/2013) y STS 328/2017, de 27 de febrero (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5, RC 1148/2016).

Para este caso, la afectación a la unidad de mercado puede provenir de la vulneración directa de algunos de los Principios que la componen y al mismo tiempo por darse la desviación de poder. Como ya he comentado, la norma exige que la desviación de poder afecte a las libertades que componen la unidad de mercado, de tal forma que no puede haber desviación de poder sin necesariamente afectar a alguno de los Principios que configuran la unidad de mercado.

Por lo tanto, se juzgarían ambas infracciones de forma conjunta. No obstante, y a diferencia de lo que ocurría con la aplicación de la tesis vista anteriormente, siendo vicios compatibles, ambos pueden alegarse en el proceso, y ambos han de ser tenidos en cuenta en el mismo, en igualdad de condiciones.

Adaptando el ejemplo anterior, en el supuesto indicado sobre inspección de actividades, quien conociera del caso –un Tribunal o la Administración– tendrían obligación de analizar el efecto discriminatorio y, además, junto a ello, la desviación de poder en la actuación de la Administración. Pero, ¿con la misma intensidad?

Pues bien, podemos decir que la intensidad dependerá de la prueba que exista sobre desviación de poder<sup>(36)</sup>. Es muy probable que los elementos de prueba sean los que desvirtúan este instrumento, haciendo que en la práctica no posea la misma intensidad que las infracciones normativas, y en algunos casos, nos lleve a una solución similar a las que nos arroja la tesis de la incompatibilidad.

En general será más fácil y sencillo presentar pruebas de la infracción de alguno de los principios vistos anteriormente que no de la desviación de poder, y dándose juntos, es imaginable que el Tribunal no se detenga demasiado en la desviación de poder, excepto con el fin de dar apoyo a la sentencia –mediante fundamentos secundarios, de *obiter dicta*–, mientras que la *ratio decidendi* se fundamentaría principalmente en la infracción de los principios que configuran la unidad de mercado y que sean alegados en el recurso.

Dicho lo anterior, en el caso de prueba suficiente, tanto la infracción de alguno de los principios de la unidad de mercado alegados, como la desviación de poder, deberán tener la misma intensidad en la decisión de quien deba resolver en vía administrativa o judicial.

### 3. Entonces, ¿qué tesis adopta la Ley de garantía de la unidad de mercado?

Llegados a este punto del estudio, es preciso contestar definitivamente a la pregunta de por cual de la dos tesis se ha decantado a adoptar el legislador en la LGUM. Y es

---

(36) Sobre la prueba de la desviación de poder, en R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Ed. Ediciones Académicas (UNED), Madrid, 2017, pp. 34 a 36 y 54 a 56, quien hace un conciso, pero didáctico análisis, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y en el más extenso estudio que hace C. CHINCHILLA MARÍN, *La Desviación de Poder*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.

que dentro del marco de un procedimiento especial, el legislador ha de constreñir y delimitar su objeto, ante el temor de convertir lo especial en ordinario o general.

El objeto de los procedimientos de garantía de la unidad de mercado, tanto de la LGUM como de la LJCA, está restringido a aquellos supuestos en los que se ve vulnerada la unidad de mercado por entenderse atacados algunos de los Principios que la integran. El denominador común ha de ser la afectación a la unidad de mercado.

Y dentro del marco de estos procedimientos especiales, en el caso de la desviación de poder, es imposible que se dé por sí misma sin que a la vez se infrinja alguno de los Principios que recoge la LGUM<sup>(37)</sup>. Teniendo en cuenta que es la norma la que menciona la desviación de poder como uno de los motivos de impugnación de la actuación administrativa (art. 127 ter.6 LJCA), y que en todo caso esta debe tener un efecto obstaculizador de las libertades de establecimiento o de circulación, se hace necesario que ambas infracciones, la de los Principios de la LGUM y la desviación de poder, poseen la misma fuerza dentro del procedimiento concreto. La prescripción del art. 127 ter.6 LJCA, es la plasmación legislativa de la tesis de la compatibilidad de la desviación de poder con otros vicios o infracciones del ordenamiento, y así se ha podido comprobar con los ejemplos analizados anteriormente.

Teniendo esto en cuenta, hay que llamar la atención sobre la propia conceptualización de la desviación de poder dentro del marco de la LGUM. Tradicionalmente, la desviación de poder ha sido considerada como un instrumento o técnica de control de la actuación de las Administraciones Públicas. Pero esa conceptualización es en parte modificada según lo expuesto. Además de técnica o instrumento de control de la Administración, también se convierte en el medio por el cual se logra otra infracción material –junto a la propia de la desviación de poder– del ordenamiento.

Hemos visto que es la desviación de poder uno de los medios por los cuales se infringen los principios de eficacia nacional (ahora en los términos recogidos en la LLAASE) o de necesidad expuestos en la LGUM. ¿Supone esto la superación del concepto tradicional de la desviación de poder, dentro del marco de los procedimientos de garantía de la unidad de mercado? Surge esta pregunta del hecho de la pérdida de sustantividad o autonomía propia como técnica de control. Hemos visto que la jurisprudencia admite como posibilidad que la desviación de poder aparezca junto a otras infracciones del ordenamiento jurídico. Pero en el caso que nos ocupa esta no es una posibilidad, sino que se trata de un hecho necesario, obligado, preceptivo.

Es más, como veremos a continuación, el objeto de los nuevos procedimientos de garantía de la unidad de mercado, no será determinar si la Administración ha caído

---

(37) Si bien en este artículo nos centramos en la desviación de poder en relación a los procedimientos especiales de garantía de la unidad de mercado, esta puede darse en solitario, y ser alegada en un procedimiento administrativo o judicial ordinario, cuando no se pretenda su declaración contraria a la Unidad de Mercado y a las libertades económicas de los operadores. Incluso si dentro de marco de protección especial que otorgan la LGUM y la LJCA, se declara la conformidad de la actuación de la Administración a lo pautado por la LGUM, puede ser que la actuación sufra de vicios que no pueden ser vistos en el mencionado procedimiento especial, incluida la desviación de poder (art. 26.9 LGUM).

en la desviación de poder, sino en el efecto pernicioso para la unidad de mercado que esta tenga. La actuación de la Administración para el juzgador en su fallo –ya sea la Administración o la Audiencia Nacional– no será ilegal por sucumbir a la desviación de poder, sino por infringir las prescripciones de la LGUM. Si se determina la desviación de poder, pero no la infracción de la LGUM, el resultado del recurso especial administrativo o contencioso-administrativo, será desestimatorio. Lo cual crea un problema procesal respecto al posible recurso ordinario –cosa juzgada, imposibilidad de revisión de hechos probado, limitación de las potestades judiciales y del objeto del proceso ordinario, etc.–, y relega la desviación de poder prácticamente a un elemento fáctico sin transcendencia jurídica autónoma.

De esta forma, se supera la concepción de la desviación de poder como vicio del ordenamiento. La teoría de la compatibilidad sigue siendo la que adopta el legislador, pero siendo compatibles con otros vicios o infracciones legales, una –la infracción de la LGUM– será objeto central de los procedimientos de garantía de la unidad de mercado y la otra –desviación de poder– no lo será más que el elemento de hecho que posibilita la anterior. Ambas con la misma intensidad en la motivación de la resolución, pues sin una, no hay otra. No obstante, solo una determinará el fallo.

Otra de las cuestiones que surgen del análisis elaborado hasta el momento, es la del carácter definitorio de la intencionalidad a la hora de establecer la existencia de desviación de poder<sup>(38)</sup>. Este carácter definitorio de la intencionalidad es contrapuesto al carácter objetivo –que algunos dentro de la doctrina alientan<sup>(39)</sup>– de la desviación de poder, en el que lo relevante es el resultado antijurídico que produce.

Pues bien, la normativa analizada parece inclinarse por la asunción de la objetividad de la desviación de poder dentro del ámbito de los procedimientos especiales de garantía de la unidad de mercado.

Como ya hemos mencionado, la desviación de poder conllevará siempre la infracción de alguno de los Principios que desarrolla la LGUM. Deja, por lo tanto, de ser una razón autónoma de impugnación de una actuación de las Administraciones. El resultado final será el mismo con independencia de la intención de la Administración.

En la concepción subjetiva, a la hora de decidir, el órgano administrativo o el judicial determinarán si hay intención en el ejercicio de las potestades públicas con una finalidad distinta a aquella para las que fueron concebidas. Si la hay, entonces

---

(38) Esta postura es expuesta por C. CHINCHILLA MARÍN, *La Desviación de Poder*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 118 y 119, donde leemos: “Si la Administración no persigue ese apartamiento, pero de hecho se produce, el acto será ilegítimo, pero entonces ya no estaremos ante una desviación de poder, sino ante un error de hecho o de derecho, cuya técnica de fiscalización será el control de los hechos determinantes”.

(39) Algunas razones para la adopción del carácter objetivo de la desviación de poder son analizadas por M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO, *Ilícitos Atípicos*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, pp. 111 a 113. También E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1997. En cuanto a la jurisprudencia, esta ha aceptado, en alguna ocasión el carácter objetivo; por todas, STS de 26 de mayo de 1995 (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1, RA 9553/1991).

la desviación de poder existe y con ello la infracción de la LGUM. De lo contrario no. Sin embargo, con la concepción objetiva, el núcleo de decisión lo determina la desviación de fin, no la intención que puede o no subyacer en el actuar administrativo.

En el caso que se presenta, relativo a los procedimientos especiales de garantía de la unidad de mercado, si bien la norma alude a la desviación de poder como categoría jurídica, es el resultado a lo que verdaderamente da importancia. El resultado debe ser lesivo de las libertades y derechos que configuran la unidad de mercado. Si existe desviación de poder de *iure*, bien por asumir la concepción objetiva o por asumir la concepción subjetiva suponiendo intencionalidad, y crea un obstáculo para las libertades de circulación y establecimiento o vulnera la igualdad entre operadores, no tenemos discusión acerca de si cabe en los supuestos de protección especial. Pero si hay desviación de poder solamente de *facto*, por no existir en la conceptualización subjetiva la intencionalidad exigida, pero el resultado es el mismo, la infracción de los principios y normas de la LGUM, sigue estando bajo los supuestos de protección especial.

En consecuencia, y como vemos, si el resultado es el mismo, a saber, la infracción de la LGUM, siempre estará bajo el paraguas de los procedimientos especiales de protección y garantía de la unidad de mercado. Por ello la LGUM y la LJCA asumen, para estos procedimientos concretos, la concepción objetiva de la desviación de poder.

Cabe decir que es la norma la que menciona expresamente la desviación de poder como infracción que afecta a la unidad de mercado. Por lo tanto, de precisar de la intencionalidad, es decir, del elemento subjetivo, puede ocurrir que se produzca el obstáculo real a la unidad de mercado, pero que este no sea controlable en igualdad de condiciones que al resto de obstáculos, o que ni siquiera sea controlable –caso que se da cuando la única alegación es la de la desviación de poder–. La razón estriba en que no se consideraría que nace un verdadero obstáculo, al no existir desviación de poder que lo haga surgir, pues el art. 127 ter.6 LJCA advierte que la desviación de poder es la causa de la infracción de la LGUM –relación causa/efecto–.

Expongámoslo con uno de los ejemplos. En el caso de inspección de actividades que antes vimos, podría determinarse que no hay desviación de poder, por no haber intencionalidad. Siendo así, tampoco puede determinarse que se ha vulnerado el principio de no discriminación, pues la actuación de la Administración era, en el resto de los extremos, correcta<sup>(40)</sup>. Sin embargo, no se nos escapa que la discriminación subsiste de forma real y efectiva, aún cuando para el derecho no lo sea.

---

(40) Siendo correcta y ajustada a derecho, tampoco puede ser fiscalizada por medio de otras técnicas de control, como el control de los hechos determinantes o el control por principios generales del Derecho, según proponía C. CHINCHILLA MARÍN, *La Desviación de Poder*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 118 y 119. Para un examen de estas otras técnicas de control, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Thomson – Civitas, Navarra, 2017, pp. 510 a 523, que además las circunscriben al ámbito de la actividad discrecional de la Administración.

Si no tuviéramos en cuenta el elemento subjetivo, sino solamente el objetivo, la desviación de poder sería manifiesta<sup>(41)</sup>, haciendo que esta actuación discriminatoria pueda ser juzgada de ordinario o por los procedimientos especiales.

## VI. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo hemos tenido la oportunidad de estudiar algunas cuestiones de interés acerca de la desviación de poder como instrumento de control de la actuación administrativa, especialmente en su relación con los procesos –judicial y administrativo– de garantía de la unidad de mercado recogidos en la LGUM y en la LJCA.

Del estudio podemos sacar varias conclusiones. Tras ver los fundamentos constitucionales de la unidad de mercado, determinamos que esta no funciona como un fin, sino como un límite a la actividad administrativa.

Tras estudiar las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la concurrencia de la desviación de poder con otros vicios o infracciones del ordenamiento, concluimos que la LGUM y la LJCA, adoptan, para los mecanismos de garantía y protección de la unidad de mercado, la tesis de la compatibilidad. Así lo exigen las normas al incluir expresamente la desviación de poder entre los motivos de impugnación de la actuación administrativa en materia de unidad de mercado y requerir que la misma produzca o tenga como resultado la vulneración de alguno de los Principios que la LGUM enumera y regula.

La importancia de este hecho no solo es académica, sino que tiene una trascendencia práctica. Y radica de la nueva concepción de la desviación de poder como un simple elemento fáctico, como el medio por el cual se vulnera las previsiones legales sobre la unidad de mercado. Se le despoja así de una naturaleza correctora de la actuación administrativa, pues desde el momento en que se determine la existencia de la desviación de poder, pero que esta no haya producido vulneración del articulado de la LGUM, la actuación administrativa impugnada será, aparentemente y conforme a la regulación del procedimiento administrativo y del proceso judicial especiales en materia de unidad de mercado, conforme a derecho. Al menos hasta el pronunciamiento sobre aquella mediante un proceso ordinario.

Por último, concretamos que las normas que regulan los procedimientos especiales de protección y garantía de la unidad de mercado asumen una concepción objetiva de la desviación de poder.

---

(41) En el ejemplo, identificamos el apartamiento de la finalidad, pues esta deja de ser la inspección de actividades como tal, haciendo un control de la actividad que determine si esta se ajusta a lo establecido en el ordenamiento, en la licencia o en la declaración responsable. No, sino que la finalidad objetivamente lograda es la de vulnerar los Principios de la LGUM, escapando de su regulación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- E. ALBERTI ROVIRA, “La Cláusula de la Libre Circulación y la Garantía de la Unidad de Mercado interno en la Constitución de 1978”, *Revista del CEPC*, núm. 14, 1993 (Enero-Abril).
- M. J. ALONSO MAS, “La eficacia nacional de los títulos habilitantes en la Ley 20/2013”, VVAA (Coord. L. Rams Ramos), *Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2017.
- M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO, *Ilícitos Atípicos*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- BUISÁN GARCÍA, N., “Otros mecanismos de protección de la Unidad de Mercado”, VV. AA (Coord. M. J Alonso Mas), *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014
- C. CHINCHILLA MARÍN, *La Desviación de Poder*, Ed. Civitas, Madrid, 1989.
- C. CHINCHILLA MARÍN, *La Desviación de Poder*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- C. CHINCHILLA MARÍN, *La Desviación de Poder*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.
- M. F. CLAVERO AREVALO, “La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959.
- L. CUSCULLUELA MONTANER y M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho Público Económico*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1997.
- G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm., 163, 2014 (abril-junio).
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. M. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Thomson – Civitas, Navarra, 2017.
- E. GARCÍA LLOVET, “Constitución Económica y Constitución territorial económica”, *Revista Autonomies* núm. 22, 1997.
- F. LÓPEZ RAMÓN, *Estudios Jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1995.
- S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “La Desviación de Poder en el Derecho Español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 22, 1957 (enero-abril).
- R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Ed. Ediciones Académicas (UNED), Madrid, 2017.
- J. J. PERNAS GARCÍA, “El Principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de garantía de la unidad de mercado”, VV. AA (Coord. M. J Alonso Mas), *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.
- M. ROBOLLO PUIG, “La libertad de empresa tras la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm., 163, 2014 (abril-junio).
- M. REBOLLO PUIG, “La Ley de garantía de la unidad de mercado. en especial, los principios de necesidad y de eficacia nacional y su repercusión sobre las comunidades autónomas”, *Informe de Comunidades Autónomas*, 2014.



- J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. CERASA, Madrid, 1991.
- J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos”, *Revista de Administración Públicas*, núm. 195, 2014 (septiembre – diciembre).
- J. SOLA TEYSSIERE, “Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 197, 2015 (mayo-agosto),
- F.J. SOSPREDA NAVAS, “La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado: Urbanismo”, VV. AA (Coord. M. J Alonso Mas), *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.

## VIII. NOTA ABREVIATURAS

CE: Constitución Española de 1978

CEPC: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CNMC: Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia.

DUOE: Diario Oficial de la Unión Europea.

Ed.: Editorial

FD: Fundamento de Derecho.

FJ: Fundamento Jurídico.

LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas.

LGUM: Ley 29/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unida de Mercado.

LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LJCA 1956: Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LLAASE: Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Núm.: Número.

RA: Recurso de Apelación.

RAP: Revista de Administración Pública.

RC: Recurso de Casación.

RO: Recurso Ordinario.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional de España.

SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional de España.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo de España.

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo de España.



**LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD EN LOS  
MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS**  
**“THE DETERMINATION OF AGE IN UNACCOMPANIED  
FOREIGN MINORS”**

CARLOS VALBUENA GÓMEZ  
*Abogado*

---

**SUMARIO**

- I. BREVE VISIÓN DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS EUROPEAS
  - 1. **Introducción**
  - 2. **Cierre de fronteras**
  - 3. **Armonización de la UE con los estados miembros**
  - 4. **Paralización de las políticas humanitarias**
  - 5. **Estancia de los inmigrantes irregulares en la UE. El caso español**
- II. CONCEPTO DE MENA
  - 1. **Definición**
  - 2. **Problemática derivada de la edad**
  - 3. **Interés superior del menor**
  - 4. **Capacidad procesal del menor**
- III. FASE ADMINISTRATIVA
  - 1. **Introducción**
  - 2. **Puesta a disposición de las autoridades e identificación**
  - 3. **Pruebas médicas**
  - 4. **Informe pericial**
  - 5. **Decreto del Fiscal**
  - 6. **Recurribilidad de la fase administrativa**
- IV. FASE JUDICIAL
- V. CONCLUSIONES
- VI. BIBLIOGRAFÍA SELECTA UTILIZADA

**Resumen:** Este artículo recoge la problemática en torno a la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados (MENAS), cuya importancia reside en la aplicación de normativas diferentes. Desde una perspectiva general se abordan las políticas migratorias europeas y españolas actuales, para avanzar en la definición de menor extranjero no acompañado y la relevancia del interés superior del menor y su capacidad procesal. Exponemos el procedimiento administrativo que se sigue para la determinación de la edad que finaliza con el decreto del fiscal y la declaración de tutela, para después adentrarse en la reclamación de impugnación de la decisión de cese de tutela. Finalizamos con unas reflexiones sobre el proceso.

**Abstract:** This article gathers the problematic around the age determination of unaccompanied foreign minors (UFMs), whose importance lies in the application of different regulations. From a general perspective, current European and Spanish migration policies are approached, to advance the definition of unaccompanied foreign minors and the relevance of the best interests of the minor and their procedural capacity. We expose the administrative procedure that is followed for the determination of the age that ends with the decree of the prosecutor and the declaration of guardianship, and then go into the claim to challenge the decision to cease guardianship. Finally we end with some reflections on the process.

**Palabras clave:** menor, extranjero, no acompañado, MENAS, interés superior del menor, pruebas médicas.

**Keywords:** minors, foreign, unaccompanied, UFMs, higher interest of the minor, medical tests.

## I. BREVE VISIÓN DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS EUROPEAS

### 1. Introducción

El fenómeno migratorio en la frontera sur europea es un fenómeno imparable e incesante. Imparable porque ni las vallas con sus concertinas, ni las normativas española y europea, ni los dispositivos de control y vigilancia, ni el encierro en centros de internamiento a su llegada, ni las expulsiones y devoluciones a los países de origen, y, lo que es más, ni la posibilidad cierta de morir en cualquier momento del viaje, hace que se detenga. Incesante porque ese goteo de inmigrantes que tratan de cruzar el Mar Mediterráneo aumenta exponencialmente año tras año. Los números cifran en cerca de 2.900 inmigrantes irregulares llegados desde el Norte de África a España hasta julio de 2019, un 22% más que en 2018, y 10.500 en toda Europa, un 4% más que en el año anterior, según FRONTEX<sup>(1)</sup>. Las cifras son también las que mejor nos acercan a la magnitud de la crisis humanitaria que acompaña a este

---

(1) “La llegada de inmigrantes a España repuntó en julio con un aumento del 22%”, 14 de agosto de 2019, periódico La Nueva España.

fenómeno. Unas 840 personas habían perdido la vida, según la Organización Internacional para la Inmigración<sup>(2)</sup>, a 12 de agosto del presente 2019 intentando cruzar el Mar Mediterráneo<sup>(3)</sup>.

En 2017 fueron localizados 2.345 menores extranjeros no acompañados (MENA) en las costas españolas en pateras u otras embarcaciones, un 395% más que en 2016, 588, y un 566% más que en 2015, 414<sup>(4)</sup>. De Marruecos procedía un 56,33%, un 19,95% de Argelia y un 8,48% de la República de Guinea. El 31 de diciembre de 2017 figuraban en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañado (a partir de ahora Registro MENA)<sup>(5)</sup> un total de 6.414 menores bajo tutela o acogimiento de los servicios de protección. Los MENA son el componente más débil de este fenómeno, y de la consiguiente crisis que lleva aparejada, dada su triple condición de menor, extranjero y no acompañado a la que podrían añadirse otras razones que multiplican su situación precaria, como el desconocimiento del idioma y las costumbres, o la carencia de recursos. Sin embargo, las políticas nacionales y europeas van encaminadas a la adopción de medidas de control y expulsión de los inmigrantes, incluidos los menores.

## 2. Cierre de fronteras

La afirmación del cierre de fronteras en el sur y este de Europa se puede acreditar con unas pinceladas de lo acontecido en los últimos tiempos y con un breve repaso a la normativa aprobada por la Unión Europea (UE a partir de ahora) recientemente. Según FACIAM<sup>(6)</sup> hay toda una estrategia montada a nivel institucional para impedir que los migrantes atraviesen nuestras fronteras que se refleja en la eliminación de misiones de búsqueda y rescate, en la criminalización de la solidaridad, la brutalidad policial en las fronteras o el pago de millones de euros a otros países como Turquía, Libia o Marruecos para impedir el paso de inmigrantes.

---

(2) La Organización Internacional para la Inmigración (OIM), creada en 1951, es la principal organización intergubernamental que existe en el ámbito de la migración, cuyas líneas de actuación son: promover la cooperación internacional sobre cuestiones migratorias; ayudar a encontrar soluciones prácticas a los problemas migratorios; y ofrecer asistencia sanitaria humanitaria a los migrantes que lo necesitan, ya se trate de refugiados, de personas desplazadas o desarraigadas.

(3) “El *Open Arms* advierte a Italia que en caso de necesidad atracará aunque no tenga permiso”, periódico La Nueva España edición de Oviedo, 12 de agosto de 2019.

(4) Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 2018.

(5) El Registro de Menores Extranjeros no Acompañados se constituye a efectos meramente administrativos y depende del Ministerio del Interior. Se recoge en 215 del Reglamento de Extranjería, “*En la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil existirá un Registro de Menores No Acompañados, con efectos exclusivos de identificación, que estará coordinado por la Fiscalía General del Estado, para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal por el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, en el ámbito de su función de garantía y protección del interés superior del menor*”.

(6) “FACIAM se une al comunicado migraciones y crisis humanitaria en el mediterráneo”, 31 de agosto de 2019, [www.faciam.org](https://faciam.org), recuperado de <https://faciam.org/2019/08/31/faciam-se-une-al-comunicado-migraciones-y-crisis-humanitaria-en-el-mediterraneo/> La Red FACIAM, nace en 1979 entre entidades vinculadas a la Iglesia para luchar en favor de las personas sin hogar.

Nace el FRONTEX<sup>(7)</sup> y con ello se aseguran mecanismos de control y vigilancia de los movimientos migratorios en las naciones de origen y destino de los inmigrantes. La opacidad de sus movimientos es denunciada continuamente<sup>(8)</sup>. Su falta de transparencia en la gestión de la crisis humanitaria de 2015 ha sido el origen de una demanda presentada recientemente ante el Tribunal de Justicia Europeo<sup>(9)</sup>.

Toni Martínez<sup>(10)</sup>, explica como el blindaje de las fronteras europeas se consume definitivamente con el **Pacto Europeo de Inmigración y Asilo de 2008**. El autor enumera los cinco ejes fundamentales sobre los que basculan la política migratoria europea derivada de la firma de este pacto: el reforzamiento militar y policial de frontera externa a la Unión; el condicionamiento de la cooperación comercial y la Ayuda Oficial al Desarrollo, con una vinculación a la cooperación de control migratorio por parte de esos países; ligar las políticas de admisión a las necesidades del mercado de trabajo; la lucha contra la inmigración ilegal en cada estado mediante prácticas represivas, y una armonización del derecho de asilo, algo que impide que una persona refugiada solicitar protección internacional en el país europeo si ya la ha solicitado en otro. Se prevé, por lo tanto, la implantación de un sistema eficaz de control migratorio para efectuar una inmigración selectiva.

En el mismo 2008 se promulga la **Directiva sobre las Normas y Procedimientos de los Estados Miembros para el Retorno de los Nacionales de Terceros Países en Situación Irregular**, la conocida como Directiva de Retorno, que dispone, entre otras cosas, una prohibición de entrada a los inmigrantes devueltos de hasta 5 años en su art.11, o el internamiento en un CIE como medida cautelar previa a la expulsión en el art.15.

Se consume el cierre de fronteras bilateral (Libia-Italia, Turquía-Grecia, Marruecos-España) por la UE. Para ello se llega a acuerdos económicos con los países fronterizos desde los cuales los inmigrantes “dan el salto” a territorio europeo. Con Libia, la UE llega a un acuerdo de 130,8 millones de euros tras la cumbre de La Valleta en febrero de 2017<sup>(11)</sup>. Con Marruecos el acuerdo es de 140 millones en 2018<sup>(12)</sup>. Con

---

(7) El FRONTEX es la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas creada en 2004. Se trata de una organización militar gestionada por la policía y agentes de inteligencia militar. Durante el verano de 2018 se trató de aprobar un documento que recogía expresamente el apoyo a la búsqueda y rescate en el Mediterráneo, dotando un presupuesto para que esta agencia de fronteras europea incluyera en su funcionamiento operaciones de salvamento. Al final, en el texto definitivo desapareció toda mención a operativos de rescate para añadir que todas las operaciones estarían enmarcadas en el “mandato de la agencia”, la vigilancia de fronteras.

(8) Albiol, M, “FRONTEX es la punta política Europa fortaleza”, *www.eldiario.es*, 10 de mayo de 2018, recuperado de [www.eldiario.es/euroblog/Frontex-punta-politicas-Europa-fortaleza\\_6\\_769983004.html](http://www.eldiario.es/euroblog/Frontex-punta-politicas-Europa-fortaleza_6_769983004.html).

(9) Abellán, L, “Una española sienta en el banquillo a la agencia europea de fronteras”, 01 de julio de 2019, *www.elpais.com*, recuperado de [https://elpais.com/politica/2019/06/30/actualidad/1561923683\\_938927.html](https://elpais.com/politica/2019/06/30/actualidad/1561923683_938927.html).

(10) Martínez, T, “CIE, El Guantánamo español”, editorial UOC 2016, pp. 39 y ss.

(11) Vargas, J, “Europa destina 130 millones de euros a convertir Libia en su nuevo muro antinmigración”, *www.publico.es*, 8 de febrero de 2017, recuperado de <https://www.publico.es/internacional/europa-destina-130-millones-libia.html>

(12) Abellán, L, “La UE promete una partida anual a Marruecos para contener la inmigración”, *www.elpais.com*, 22 de octubre de 2018, recuperado de [www.elpais.com/politica/2018/10/21/actualidad/1540145118\\_055655.html](http://www.elpais.com/politica/2018/10/21/actualidad/1540145118_055655.html)

Turquía se llega a un acuerdo por 70 millones de euros en 2016, renovado en enero de 2018 por 3.000 millones de euros<sup>(13)</sup>. Solicitantes de asilo sirios fueron devueltos a Turquía sin permitirles acudir al procedimiento de asilo ni presentar recurso contra su devolución<sup>(14)</sup>, a pesar de que ésta podría suponer graves violaciones de los derechos humanos y vulneraciones del **Protocolo de la Convención Europea de Derechos Humanos**, en sus arts. 3 y 13. La Defensora del Pueblo Europeo, Emily O'Reilly, cuestiona este acuerdo reprochando la inexistencia de un análisis que profundice en la incidencia que tiene este pacto sobre los derechos humanos de los refugiados<sup>(15)</sup>. Estas mismas políticas eran aplicadas la década pasada en los países miembros antes desarrollarse en la propia UE, por ejemplo, en las famosas crisis de los cayucos de 2006. También Senegal y Mauritania fueron “financiados” para impedir el éxodo de sus nacionales hacia Europa desde 2006 con acuerdos económicos que oscilaban entre los 10 y 15 millones de euros anuales<sup>(16)</sup>. En Nouadhibou, se consuma la creación de un centro de detención de inmigrantes<sup>(17)</sup>.

### 3. Armonización de la UE con los estados miembros

En los medios de comunicación podemos comprobar algunos de los capítulos más visibles de las políticas comunitarias y nacionales respecto a la inmigración y la falta de coordinación entre la UE y sus países miembros.

En el verano de 2019 las portadas de los informativos se las llevaron dos barcos, el “Open Arms”, de la ong homónima, con 31 MENAS a bordo y el “Ocean’s Viking” de Médicos Sin Fronteras y SOS Mediterráneo, con 103<sup>(18)</sup>. El primero pudo llegar a las aguas italianas de Lampedusa, tras una decisión de los tribunales italianos cumplida con demora debido a la oposición inicial del Ministro del Inte-

---

(13) Blanco, A, “Acuerdo UE-Turquía dos años después: 3.000M€ para expulsar a 2000 personas”, 29 de enero de 2018, [www.confidencial.com](http://www.confidencial.com), recuperado de [www.elconfidencial.com/mundo/2018-01-29/acuerdo-ue-turquia-personas-expulsadas\\_1510770/](http://www.elconfidencial.com/mundo/2018-01-29/acuerdo-ue-turquia-personas-expulsadas_1510770/)

(14) Gogou, K, “El acuerdo UE-Turquía: un año de vergüenza para Europa”, 20 de marzo de 2017, [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org), recuperado de <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2017/03/the-eu-turkey-deal-europes-year-of-shame/>

(15) “La Defensora del Pueblo pide que Europa analice le impacto sobre los derechos humanos del acuerdo con Turquía”, 19 de enero de 2017, [www.cear.es](http://www.cear.es), recuperado de <https://www.cear.es/la-defensora-del-pueblo-europeo-pide-a-la-ue-que-analice-el-impacto-en-los-derechos-humanos-del-acuerdo-con-turquia/>

(16) González, M, “España ha gastado 168M€ en frenar la llegada de cayucos a Canarias”, 20 de junio de 2017, [www.elpais.com](http://www.elpais.com), recuperado de [https://elpais.com/politica/2017/06/19/actualidad/1497895398\\_408356.html](https://elpais.com/politica/2017/06/19/actualidad/1497895398_408356.html).

(17) “CEAR exige el cierre del centro de inmigrantes que España construyó en Mauritania conocido como Guantánamo”, 07 de mayo de 2009, [www.europapress.es](http://www.europapress.es), recuperado de [www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-cear-exige-cierre-centro-inmigrantes-espana-construyo-mauritania-conocido-guantanamo-20090507142256.html](http://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-cear-exige-cierre-centro-inmigrantes-espana-construyo-mauritania-conocido-guantanamo-20090507142256.html)

(18) “Médicos sin frontera preocupados por los 103 menores a bordo del Ocean’s Viking”, 16 de agosto de 2019, [www.eldiario.es](http://www.eldiario.es), recuperado de [https://www.eldiario.es/sociedad/Medicos-Fronteras-preocupado-Ocean-Viking\\_0\\_931957111.html](https://www.eldiario.es/sociedad/Medicos-Fronteras-preocupado-Ocean-Viking_0_931957111.html)

rior Italiano Mateo Salvini<sup>(19)</sup>. El Tribunal Administrativo de la Región de Lazio (TAR), tras el recurso presentado por Open Arms, decidió permitir al buque la entrada en aguas territoriales italianas contraviniendo el decreto del mencionado ministro, el cual no sólo impedía la entrada de barcos humanitarios, sino que, además, imponía multas de hasta 1.000.000€ a las organizaciones humanitarias que entraran en aguas italianas sin autorización previa<sup>(20)</sup>. Sólo el día 18 de agosto permiten desembarcar a los MENAS<sup>(21)</sup>. Finalmente, el día 20 de agosto la Fiscalía Italiana, ordena el desembarco de los migrantes que quedaban a bordo del Open Arms. La fiscalía italiana investigaba un posible delito de secuestro de personas para determinar por qué los migrantes no pudieron desembarcar en Italia a pesar de la orden de un juez que invalidaba el decreto del Ministro Salvini<sup>(22)</sup>. El Ocean Viking desembarcaba el 23 de agosto en Malta después de un acuerdo alcanzado por el primer ministro de Malta y 6 países de la UE para su reubicación<sup>(23)</sup>. Esta situación reaviva el debate sobre la distribución de competencias entre Europa y la UE ante estas crisis humanitarias. La imposibilidad de atracar en puertos de mar si transportan inmigrantes rescatados es consecuencia de la inexistencia de operativos de rescate en los países miembros. El rescate lo efectúan finalmente las ongs, a las que amenazan con sanciones, a pesar de que la UE es firmante de la **Convención de la ONU sobre Derecho del Mar**, la cual en su art. 98.2 establece que se debe fomentar la creación, el funcionamiento y mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento, adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima. El catedrático de Ciencias Políticas Francisco Aldecoa, presidente del Movimiento Europeo, ante la situación vivida por el Open Arms, estima que es necesario articular una política común de inmigración y de asilo para evitar estas situaciones<sup>(24)</sup>.

No se utiliza el principio de subsidiariedad para la distribución y armonización de las competencias entre la UE y los países miembros en materia migratoria. Según el Informe Derechos Humanos Frontera Sur<sup>(25)</sup> “*la UE ha renunciado a desarrollar una política migratoria común, dejando en manos de cada Estado la elaboración*

---

(19) Azpiroz, A, “El Open Arms solicita un desembarco urgente, pero Salvini se lo niega”, periódico El Comercio, edición de Gijón, 17 de agosto de 2019.

(20) “El Open Arms podrá atracar en Italia al levantar un tribunal la prohibición de Salvini” periódico La Nueva España, edición de Oviedo, 15 de agosto de 2019.

(21) Azpiroz, A, “El primer ministro italiano impone a Salvini el desembarco de los menores del Open Arms” periódico El Comercio, edición de Oviedo, 18 de agosto de 2019.

(22) “La Fiscalía italiana ordena el desembarco de los 83 migrantes a bordo del Open Arms”, periódico La Nueva España, edición de Oviedo, 21 de agosto de 2019.

(23) “Llegan a Malta las 356 rescatadas del Ocean’s Viking” 24 de agosto de 2019, [www.elpais.com](https://elpais.com/internacional/2019/08/24/actualidad/1566632107_984052.html), recuperado de [https://elpais.com/internacional/2019/08/24/actualidad/1566632107\\_984052.html](https://elpais.com/internacional/2019/08/24/actualidad/1566632107_984052.html)

(24) Busto del, Fernando, “La crisis del Open Arms evidencia la necesidad de una política común de inmigración”, periódico El Comercio, edición Oviedo, 21 de agosto de 2019.

(25) Informe Derechos Humanos en la Frontera Sur, 2019 de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA).



*de normativas de extranjería injustas y dañinas para la salvaguarda de los derechos humanos de las personas migrantes”.*

#### 4. Paralización de las políticas humanitarias

Actualmente la UE prioriza la vigilancia y control de las fronteras, mientras que el presupuesto para salvamento marítimo se congela o se reduce. A través de FRONTEX se suceden operaciones que reducen la importancia de las misiones humanitarias y refuerzan las militares y policiales. Buena prueba de ello son las operaciones Themis<sup>(26)</sup> (por la que Italia deja de ser puerto obligado de desembarco) o Minerva<sup>(27)</sup>.

En lo concerniente a la lucha contra las mafias de trata de personas, la Operación Sophie muestra la falta de compromiso de los países miembros de la UE. Se trata de un proyecto que nace tras el hundimiento de un pesquero en las costas de Libia con más de 800 personas a bordo. La idea era *“luchar contra las redes de tráfico de personas, prevenir los flujos de migración irregular y evitar que muera más gente en el mar”*. En reunión del 27 de marzo del 2019 los países de la Unión Europea acuerdan suspender “temporalmente” el despliegue naval por falta de acuerdo sobre el desembarco de los inmigrantes rescatados<sup>(28)</sup>.

Se producen expulsiones en caliente, como la protagonizada por el gobierno español en agosto de 2018 de 117 migrantes que habían saltado la valla de Ceuta. El **Acuerdo bilateral firmado entre Marruecos y España relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente de 1992**, recoge en su artículo 1 que *“las autoridades fronterizas de Marruecos readmitirán en su territorio, “a petición formal de las autoridades fronterizas de España”, a los nacionales de países terceros que hubieran entrado ilegalmente en el territorio de este desde territorio marroquí”*. Así, se expulsa al día siguiente de llegar a nuestro territorio a aquellos inmigrantes que no pidieron asilo, causando indefensión en estas personas<sup>(29)</sup>. Las condenas en esta materia a España del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** en 2017<sup>(30)</sup> se sucedieron por considerar contrarias a derecho las expulsiones colectivas (individualizarlas supone otorgar mayor protección a personas heridas, menores, solicitantes de asilo, etc.). Se incumple sistemáticamente el art. 14 de la **Declaración Universal de Derechos Humanos**

---

(26) “Misiones en el exterior: Qué es la operación Themis”, 7 de febrero de 2018, recuperado de [www.iniseg.es/blog/seguridad/misiones-en-el-exterior-que-es-la-operacion-themis/](http://www.iniseg.es/blog/seguridad/misiones-en-el-exterior-que-es-la-operacion-themis/)

(27) “Policía Nacional inicia junto a FRONTEX la operación Minerva 2018”, 21 de julio de 2018, [www.europapress.es](http://www.europapress.es), recuperado de [www.europapress.es/andalucia/cadiz-00351/noticia-policia-nacional-inicia-junto-frontex-operacion-minerva-2018-puertos-algeciras-tarifa-ceuta-20180721102357.html](http://www.europapress.es/andalucia/cadiz-00351/noticia-policia-nacional-inicia-junto-frontex-operacion-minerva-2018-puertos-algeciras-tarifa-ceuta-20180721102357.html).

(28) [https://www.defensa.gob.es/misiones/en\\_exterior/actuales/listado/eunavformed.html](https://www.defensa.gob.es/misiones/en_exterior/actuales/listado/eunavformed.html).

(29) “El Gobierno devuelve a todos los migrantes que saltaron la valla de Ceuta el miércoles”, 24 de agosto de 2018, [www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-gobierno-expulsa-marruecos-todos-migrantes-ayer-saltaron-valla-ceuta-20180823155548.html](http://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-gobierno-expulsa-marruecos-todos-migrantes-ayer-saltaron-valla-ceuta-20180823155548.html).

(30) **STEDH, AS.N.D. y N.T. vs España de 03/10/2017.**

que establece que en caso de persecución toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en otros países.

La última actualización del **Acuerdo de Dublín**<sup>(31)</sup> parece ya superada y su revisión en Salzburgo en 2018 (no vinculante, se trata de una reunión informal) simboliza el fin de las políticas de acogida y confirma la pujanza de la idea de reubicar a los inmigrantes fuera de las fronteras de Europa<sup>(32)</sup>.

## 5. Estancia de los inmigrantes irregulares en la UE. El caso español

La estancia en un país de la UE, una vez superados todos los escollos, de los inmigrantes irregulares no deja de ser dramática. En España, sujetos a la necesidad de regularizar su situación administrativa, viven pendientes de la amenaza cierta de expulsión, una vez que es la única pena posible por estancia irregular en España. Ello es así a raíz de la **STS 980/2018 de 12 de junio de 2018**, que interpreta de manera muy particular la **STJUE de 23 de abril de 2015** y la **Directiva 2008/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva de Retorno)**. Se excluye, de esta manera, la posibilidad de adoptar una sanción económica sin que se haya operado ningún cambio legislativo a nivel interno<sup>(33)</sup>.

La estancia, confirmada la irregularidad administrativa, se desarrolla como ya anticipamos en CIEs<sup>(34)</sup>. Al final es un método caro de retención de personas y privación de su libertad que acaba sólo con el 38% de ellas siendo expulsadas. Este 62% que no es expulsado desde el CIE termina, en la mayoría de las ocasiones, en un limbo legal porque se les supone en libertad, pero no tienen derechos<sup>(35)</sup>. La gestión de la irregularidad no es igual en todos los países. En España, si se les rechaza la solicitud de asilo se quedan en esa situación de incertidumbre jurídico<sup>(36)</sup>, pero en Alemania existe un procedimiento que exime temporalmente de la expulsión, el *Duldung*, pudiendo incluso tener acceso al mercado laboral durante esa situación de irregularidad. Según la Directiva de Retorno de la UE las expulsiones deben estar

---

(31) El primer Convenio de Dublín se firma en 1990 y su funcionalidad reside en determinar el reparto de refugiados en la UE. Establece además políticas de cuotas en la recepción. En su primera versión el Acuerdo de Dublín responsabilizaba de los MENAS al país donde se tomaban las huellas dactilares.

(32) Wessel, B, “Cumbre de la UE en Salzburgo: punto muerto en la política de refugiados”, 20 de septiembre de 2018, [www.dw.com/es/cumbre-de-la-ue-en-salzburgo-punto-muerto-en-la-politica-de-refugiados/a-45584518-0](http://www.dw.com/es/cumbre-de-la-ue-en-salzburgo-punto-muerto-en-la-politica-de-refugiados/a-45584518-0).

(33) Cabe la multa en supuestos de arraigo muy cualificado, pero se deniega y siempre se opta por la expulsión. Con anterioridad sólo procedía la sanción de expulsión en supuestos muy agravados. Generalmente se atendía a un criterio de proporcionalidad.

(34) Centro de Internamiento de Extranjeros donde se mantiene a los extranjeros mayores sin papeles, generalmente a la espera de ser expulsados.

(35) Castellanos, N, “España inició los trámites para expulsar a más de 20.000 extranjeros en 2017, 11 de abril de 2018, [www.cadenaser.com/ser/2018/04/10/sociedad/1523384661\\_834468.html](http://www.cadenaser.com/ser/2018/04/10/sociedad/1523384661_834468.html)

(36) Cabe la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones humanitarias recogida en el art. 31.3 de la LOEX pero se deniega sistemáticamente.

documentadas, lo cual no significa que haya que otorgar permisos de residencia. En 2017 hubo unos 18.000 expedientes de expulsión de los que se ejecutaron el 10%. Gran parte eran por estancia irregular y menos por estar inmersos en procedimientos penales. Algunas de las expulsiones se efectúan a través del 89CP, conmutando la pena por la expulsión.

Respecto a los MENA, en ocasiones se oculta la realidad de sus circunstancias. Durante el 2017 la Comunidad de Madrid aseguró que no había sido registrado ningún MENA hasta la fecha, lo que la Fundación Raíces rebate objetando que al menos han tenido el conocimiento de la existencia de 30 menores de edad extranjeros en situación de desamparo y por tanto sin ningún adulto que se ocupara de ellos<sup>(37)</sup>. Esto, según la propia Fundación, pone en evidencia que el Registro MENA no funciona correctamente, lo cual atestigua según la fundación “*que no están constituyendo las tutelas convenientes, trayendo a colación figuras como “guarda de hecho”, “tutela en suspenso”, “acogida inmediata”..., en un país en el que por ley la constitución de la tutela de cualquier menor en situación de desamparo debe ser automática e inmediata*”. Aparte del problema institucional que oculta la verdadera cifra de MENAS existente y desvirtúa el sistema protección que debería aplicarse legalmente, es necesario señalar el colapso existente en el sistema de acogida de los MENA. Según Mónica Vinaixa, la escasez de plazas en los centros de acogida y residenciales impide que los MENA puedan beneficiarse de un sistema formativo que les permita obtener una formación adecuada de cara a su inserción sociolaboral<sup>(38)</sup>. Al final, lo que debería perseguirse es, no sólo la protección de la persona vulnerable por su condición de desamparo (edad, carencia de recursos, extranjería, problemas psicológicos que arrastran debido su condición...), sino también la puesta en marcha de proyectos viables que les posibilite su emancipación alcanzada la mayoría de edad o la finalización de su formación académica.

## II. CONCEPTO DE MENA

### 1. Definición

De las muchas definiciones legales, **el art.189 del Real Decreto 557/2011, 20 abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería** define al MENA como “*el extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor,*

---

(37) “España desconoce cuántos niños y niñas extranjeros en situación de desamparo tiene bajo su protección”, 17 de octubre de 2018, <http://www.fundacionraices.org/?p=2860>

(38) “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados”, Mónica Vinaixa Míquel, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2019), Vol. 11, n.º 1, pp. 571-602.

*así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación*". Por tanto, las notas características son: la ficción jurídica de la frontera entre minoría y mayoría en los 18 años; la procedencia de un país tercero no miembro de la Unión Europea; y la falta de acompañamiento, ya sea en la frontera o en territorio español durante el transcurso de su estancia. Respecto de esta última nota, la doctrina más reciente, por ejemplo, el Programa de Menores No Acompañados de Europa<sup>(39)</sup>, prefiere hablar de la noción de separado ya que define mejor el principal problema que están afrontando estos menores, el hecho de encontrarse sin los cuidados y la protección de sus progenitores o de tutores legales, y, que, como consecuencia sufren, a nivel social y psicológico, los efectos de esa separación.

## 2. Problemática derivada de la edad

La polémica deriva del análisis de las situaciones que afectan a los MENAS que se aproximan a la mayoría de edad, la franja entre los 16 y 18 años. La problemática se genera en estas edades, esencialmente, por la utilización desmedida de la práctica de la prueba médica radiológica para determinar la edad de estas personas. El conocimiento de la edad es crucial para la persona porque condiciona la aplicación de regímenes dispares con consecuencias inversas. La consideración de menor abre el mecanismo protector a la infancia de nuestro ordenamiento recogido básicamente en el artículo 39.2 y 39.4 de la CE, en los que se articula la protección de poderes públicos y el sometimiento a los convenios internacionales y el art. 35 **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX)** reservado para materia de menores. Igualmente se aplica la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor** (a partir de ahora LOPJM), así como el art.172 CC y siguientes, que dan cobijo a las instituciones tutelares, pudiendo quedar el menor bajo la protección de los servicios competentes de las CCAA, los cuales tienen atribuidas las competencias en la materia a través del art.148.1.20 CE, bajo el epígrafe asistencia social. Las Comunidades Autónomas han ido aprobando leyes de protección donde se incluye la materia relacionada con los MENAS<sup>(40)</sup>. En caso contrario, de ser considerado mayor, se le aplica la LOEX y su reglamento aprobado por **Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, Reglamento sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (REX)**, pudiendo operar los mecanismos de reclusión en CIEs, cuya finalidad última es la devolución a los países de origen. El art. 35 de la LOEX recoge las previsiones en materia de MENAS sin especificar la administración territorial que debe llevar a cabo tales funciones. El **Protocolo Marco Sobre**

---

(39) El Programa de Menores no acompañados en Europa es una iniciativa conjunta de la Alianza Internacional, Save The Children y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

(40) La asturiana es la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor

**Determinadas Actuaciones Con Menores No Acompañados de 2014**<sup>(41)</sup> recoge los extremos fundamentales de manera detallada referentes a la fase administrativa del proceso de determinación de la edad. Hay otros instrumentos internos de la fiscalía y de la policía, tales como circulares, consultas, recomendaciones, informes, normas “ad intra”, que distribuyen, organizan y vertebran la actuación de este órgano en materia de menores y que adquieren una inusitada importancia. Alguno de estos instrumentos son portadores de una dudosa constitucionalidad, como la **Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado Sobre la Procedencia del Retorno de Extranjeros Menores de Edad que Pretendan Entrar Legalmente en España y en Quienes no Concurra la Situación Jurídica de Desamparo**, ya derogada, que permitía la expulsión exprés de los mayores de 16 años en las siguientes 48 horas a su detención.

### 3. Interés superior del menor

La **Convención de Derechos del Niño del año 1989 de 20 de noviembre**, (CDN) ratificada por España en 30 de noviembre de 1990 es el primer texto importante en materia de protección de menores porque significa una modificación estructural de toda la normativa referida a la infancia. El artículo 3.1 de la CDN, dice que: «*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*». En primer lugar, consagra el principio del interés superior del menor en su artículo 3. Nuestro ordenamiento legal lo recogerá en el artículo 2 de la LOPJM. Por otro lado, el menor pasa a ser sujeto de derechos de manera directa. Esta novedad es fundamental porque le va a poder permitir defenderse por sí mismo. Hasta entonces aludíamos al carácter tuitivo, tutelar, de la protección del menor corroborado por algunos autores como Sonia Vázquez<sup>(42)</sup>, pero ello evoluciona al incorporarse la doctrina de los “actos personalísimos”. Este cambio es fundamental porque no siempre sus intereses coincidirán con los de las administraciones públicas y los entes tutelares competentes para su guarda y custodia. El interés superior del menor que no sólo obliga a los poderes públicos, como bien se recoge en **STS de 21 de noviembre de 2005**, la cual determina que la vinculación al mismo se extienda no sólo a jueces y fiscales, sino a también a progenitores y ciudadanos en general, de manera que se adopten aquellas

---

(41) El Protocolo Marco desarrolla el 190.2 del Reglamento de Extranjería y tiene por finalidad coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas.

(42) Según Sonia Vazquez García, la tendencia para prevenir las situaciones de desamparo era “*la teoría correccionalista, inspirando la intervención del Estado español que comienza a implementar medidas con la finalidad de proteger al menor abandonado o, más exactamente, con la diáfana intención de preservar a la sociedad frente al menor abandonado; porque sin negar la voluntad altruista que movió a muchos de sus precursores, la realidad es que la intervención pública dirigida a la protección de los menores de edad estaba dominada por el deseo de prevenir la “desviación” que el abandono podía provocar en el menor*”.

medidas más conformes a las circunstancias. Su supremacía se demuestra por su consideración en conflicto con otros intereses, así la **STPI de Santander n.º 821/2004, de 6 de mayo de 2004** determina la supeditación del “bonum filli” al “favor minoris” si se diera el hipotético caso de que ambos entraran en juego. En las **Observaciones Generales n.º 6 y n.º 14 del Comité de Derechos del Niño**, adoptadas respectivamente el 1 de septiembre de 2005 y el 1 de febrero de 2013, se pone de manifiesto *la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados*» y se establece que «*el concepto de interés superior del menor es complejo y su contenido se debe determinar caso por caso*». La **Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013** sobre la situación de los menores no acompañados en la UE [2012/2263/(INI)] «*exige a los Estados miembros que, tan pronto como llegue un menor no acompañado a su territorio y hasta que se encuentre una solución duradera, velen por la designación de un guardián o una persona responsable de acompañar, asistir y representar al menor en todos los procedimientos para que el menor pueda beneficiarse de todos sus derechos en todos los procedimientos, y pide que se informe sin demora a los menores del nombramiento de la persona responsable de ellos*», resolución crucial donde se evidencia el imperio del interés superior del menor sobre las políticas migratorias de los estados miembros.

#### 4. Capacidad procesal del menor

La problemática relativa a la legitimación procesal del menor se resuelve con las **SSTC 183/2008 y 184/2008 de 22 de diciembre de 2008**. Se consideró que la representación ejercida por las administraciones públicas provocaba la indefensión del menor y vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva (en este caso frente a las decisiones de la Administración), en su vertiente del acceso a la jurisdicción. A raíz de estas dos sentencias, el artículo 35 de la LOEX, fue modificado por la Ley Orgánica 2/2009, estableciendo que debía darse separadamente audiencia, por sí mismos o mediante el representante que designen, a los extranjeros menores de dieciocho años y mayores de dieciséis años en los procedimientos administrativos o judiciales relativos a su repatriación. En el caso de menores de dieciséis años con madurez suficiente, que manifiesten una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se posibilita el nombramiento de un “defensor judicial” ajeno a la administración tutora para su representación. El menor posee una serie de derechos que se han ido configurando especialmente a raíz de su inclusión en la normativa internacional, y que son fruto de la necesidad de proteger sus propios intereses. Fundamentalmente, se engloban en el derecho a ser oído y el derecho a asistencia letrada. Ambos vienen recogidos en el art. 9 de la LPJM. En este artículo se recoge un derecho general de audiencia, que se materializa con la puesta a disposición del menor de profesionales que les asistan en las diversas necesidades que se puedan derivar de su situación, como psicólogos, traductores, abogados, etc. De todos estos derechos y garantías hablan con profundidad Esther Fernández, Lidia

Vicente y Pilar Tarancón<sup>(43)</sup>, en un análisis de carácter penal. La **STC 183/2008, de 22 de diciembre de 2008** insiste en este tema cuando hablamos de la repatriación de menores: “...*forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal*”. En fechas recientes, España ha sido acreedora de dos dictámenes desfavorables del Comité de Derechos del Niño. Son los dictámenes **16/2017 A.L. c. España** y el **22/2017 J.A.B. c. España**. En el primer caso no se revisa el decreto del fiscal determinando la edad de la persona, dictándose una orden de devolución del menor y encierro en CIE *sin ser escuchado ni informado de sus derechos ni poniendo a su disposición un abogado en el procedimiento para determinar su edad*. El Dictamen de Naciones Unidas en el caso de A.L (representado por la Fundación Raíces) condena a España por las violaciones de los artículos 3, 8 y 12 de la Convención. En el segundo caso, el Comité consideró que España violó los art.3 y el art.12 de la Convención al no tomar en consideración primordial el interés superior del niño durante el procedimiento, restando eficacia a los documentos de identidad oficiales y originales del niño emitidos por un país soberano, al declararle mayor de edad, tan sólo por su negativa de someterse a pruebas y no habiendo sido asistido por ningún tutor ni representante tal y como el niño había designado para defender sus intereses<sup>(44)</sup>. El Comité considera que, en ambos casos, España también incumplió la medida provisional que, en el transcurso del examen, solicitó Naciones Unidas al Estado Español de trasladar a ambos niños a un centro de protección de menores. Asimismo, el Comité en su dictamen recuerda al Estado Español que no se puede considerar indocumentado al menor que presenta documento válido y no se debe declarar la mayoría de edad, con base a la negativa de la persona a someterse a pruebas. Ante la incertidumbre, debe primar el tratamiento de la persona como menor.

### III. FASE ADMINISTRATIVA

#### 1. Introducción

La fase administrativa comienza con la puesta a disposición del menor ante las autoridades y finaliza con el Decreto del Fiscal determinando la edad de la persona, irrecurrible directamente, aunque revisable. El decreto se comunica a la consejería

---

(43) “Derechos procesales de los menores extranjeros: un estudio de su aplicación práctica en la justicia penal” de Esther Fernández, Lidia Vicente y Pilar Tarancón Barcelona, abril 2017 trabajo financiado por la Comisión Europea (Programa JUST/2014/JACC/AG/PROC (Ref. 4000006620).

(44) “El Comité de Derechos de la ONU condena a España por vulnerar el derecho de dos niños extranjeros no acompañados”, 26 de junio de 2019, <http://www.fundacionraices.org/?p=2919>

competente para que adopte las medidas oportunas en relación a la tutela de la persona. Toda esta fase se configura bajo la guarda del fiscal, sin que quede muy claro doctrinalmente bajo qué figura jurídica actúa. Tras ello se puede iniciar la vía jurisdiccional, generalmente ante el orden civil, solicitando la reanudación de la tutela por parte de los servicios de protección de menores de las CCAA en contra de la decisión administrativa. Este procedimiento viene configurado básicamente en el art.35 LOEX, 48 de la ley de asilo y el art. 12 de la ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, y desarrollado en el Protocolo MENA<sup>(45)</sup>.

## 2. Puesta a disposición de las autoridades e identificación

La fase administrativa comienza desde el momento en que el menor es puesto a disposición de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Toda esta fase viene regulada por un instrumento normativo interno, el mencionado Protocolo Marco, que también está dirigido a lograr el adecuado funcionamiento del Registro MENA, de acuerdo con el artículo 215 REX.

El menor por tanto, no puede ser objeto de una expulsión exprés<sup>(46)</sup> tras ser puesto a disposición de la policía, sino que se abre un procedimiento garantista en el que están implicados agentes e instituciones públicas. A partir de ahí se suceden una serie de diligencias preprocesales en las que se debe observar en todo momento el interés superior del menor, siendo imprescindible que se pongan en marcha todos los mecanismos tendentes a hacer efectivo el derecho del menor a ser oído, tal y como se recoge en el art 9 de la **Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, Ley 1/1996**, en la Resolución del Parlamento Europeo mencionada y en reiterada jurisprudencia<sup>(47)</sup>. Una vez detenido, pasa a disposición de la Brigada de Extranjería. El Protocolo MENA en el apartado cuarto del capítulo III, dictamina que si la minoría de edad es indubitada el menor pasa a disposición de los servicios de protección de menores y una vez practicada la reseña y efectuado, en su caso, el registro se archivan las diligencias. La minoría de edad se acredita mediante prueba documental, generalmente pasaporte o certificado de nacimiento. El apartado sexto, punto primero, da pie a contradicciones porque recoge que los documentos extranjeros, tales como pasaportes, no hacen prueba plena de la edad de la persona, lo que obliga a acudir a instrumentos normativos, –los convenios bilaterales o leyes especiales–, tal y como recoge el 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil(LEC). Si el menor muestra pasaporte, certificado de nacimiento u otro documento similar expedido por su país de origen, no cabría continuar el procedimiento y, por tanto, no se le deberían practicar las pruebas médicas. La única posibilidad de hacerlo es la apertura de un mecanismo

---

(45) Este procedimiento ha sido puesto en entredicho en el Comité de los Derechos del Niño en el Informe de 2018 (Observaciones finales sobre los derechos de la Infancia en España, Observación 47)

(46) **SJCA n.º 14 de Madrid, de 25 de septiembre de 2006, STSJ de 28 de febrero de 2007, SSTC 183/2008 y 184/2008 ambas de 22 de diciembre de 2008**, todas ellas de un mismo procedimiento impulsado.

(47) **STS 17/06/2013**.



para impugnar la validez del pasaporte cotejando documentos como dispone el art. 319 de la LEC o impugnando por falsedad documental de acuerdo con el art. 396 del Código Penal. La apertura de muchos procedimientos, a pesar de esta limitación legal, pone de manifiesto en las actuaciones ante las administraciones públicas la denominada por la doctrina “falsedad ideológica”<sup>(48)</sup>, es decir, la sospecha de falsedad de los documentos predeterminada por la procedencia del inmigrante, lo que se confirma con los razonamientos utilizados para decretar la mayoría de edad<sup>(49)</sup>.

Continuando con el procedimiento, una vez que el menor pasa a disposición de la Brigada de Extranjería se le practican una serie de actuaciones, se comprueba si está inscrito en el Registro MENA, y, en su caso, una vez efectuada la reseña, se practican la inscripción de datos personales y la impresión dedodactilar. Y en este momento la Brigada de Extranjería lo entrega al fiscal si considera que hay contradicción entre la edad reconocida por el menor, muchas veces recogida en el documento oficial aportado, y la apariencia física. También comunica a la Consejería correspondiente la existencia de esta persona para que se adopten las medidas oportunas en torno a su tutela. Se puede dar una situación objeto de controversia. Por un lado, la persona está aportando un documento oficial original del país de origen que sirve indubitadamente, como medio eficaz aclaratorio de la edad del menor y, por otro lado, hecha la comprobación en el Registro MENA, sus huellas dedodactilares son identificativas de otra persona o de otros datos que arrojan otra edad. Es una situación compleja porque con la práctica de estas diligencias policiales, se pueden encontrar indicios para desvirtuar la identidad o la edad del presunto menor presentada en documento oficial. Las **SSTS 452/2014 y 453/2014 de 23 y 24 de septiembre de 2014** son claras, y exigen la práctica de un procedimiento de adverso, para rebatir lo recogido en un documento oficial extranjero, como anteriormente anticipaba.

### 3. Pruebas médicas

Continuando con las diligencias preprocesales al poner a disposición del fiscal al MENA lo habitual es que se practiquen las pruebas médicas radiológicas para determinar su edad biológica. Llegados a este punto conviene advertir que a estas alturas el fiscal ya posee pruebas que le permiten efectuar un juicio de necesidad acerca de la práctica de las pruebas radiológicas. Entre ellas, el interrogatorio a la propia persona, testificales de allegados, periciales de trabajadores sociales o psicólogos, incluso certificaciones de oficinas consulares, o los propios pasaportes. Todas ellas deben ser observadas en conjunto cuando emita el decreto que pone fin al procedi-

---

(48) Informe, “Sólo por Estar Sólus”, Fundación Raíces, 2014.

(49) La **STS 12/01/2016** recoge que el decreto del fiscal determina la mayoría de edad a pesar de que la edad declarada y la de las pruebas es inferior a los 18 años y utiliza en la argumentación el dato estadístico y sesgado de que en Senegal únicamente se inscriben el 61% de los nacimientos. La **STS de 16 de enero de 2015** recoge que el decreto del fiscal hace caso omiso a la edad del pasaporte porque fue expedido justo cuando es solicitado por las autoridades españolas y muestran dudas sobre la fotografía del mismo.

miento administrativo en el caso de que haya practicado la prueba médica radiológica. En las Jornadas Sobre Determinación Forense de la Edad de los MENAs<sup>(50)</sup> se recomiendan tres pruebas médicas de la edad, el examen físico general, el estudio radiográfico del carpo de la mano izquierda y el examen de la cavidad oral y estudio radiográfico dental. En octubre de 2010 en la mesa que se reunió con motivo de la Jornada de Trabajo sobre Métodos de Estimación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados en el Entorno Judicial<sup>(51)</sup> se recomienda la aplicación de los mismos medios diagnósticos en los casos de estimación forense de la edad en supuestos menores de 18 años y mayores de 14 años. En aquellos casos dudosos con los estudios anteriormente recomendados y en los casos en los que se solicitan estimaciones de edad entre los 18 y 21 años de edad, recomiendan, complementariamente, la aplicación del estudio de tomografía computarizada de la extremidad proximal de la clavícula mediante método multicorte fino. Todos ellos deberían ser realizados por especialistas y coordinados por supervisores con experiencia en la materia. Sin embargo, no hay uniformidad de actuación en la práctica de las pruebas. En determinados territorios, se practican además del examen físico general, la radiografía del carpo, la realización de una ortopantomografía dental que revela la maduración de los terceros molares inferiores, e, incluso, de la radiografía de la clavícula (País Vasco) y alguna que pruebas más. En **STS 411/2015 de 3 de julio de 2015**, se constata que se han practicado hasta cuatro pruebas: radiografía del carpo de la muñeca, ortopantomografía, radiografía esternoclavicular, y cartílago de la costilla. Tras ello, se traslada la carga de la prueba al recurrente en instancia, otorgando mayor fiabilidad a la prueba médica que al pasaporte válido entregado, junto con otros documentos, elaborados por otras instituciones, administrativos y científicos a las autoridades. El Tribunal Supremo estimó recurso echando abajo los razonamientos de instancia ante la presentación del pasaporte en el momento de su requerimiento a las autoridades, refiriendo la doctrina consolidada por las mencionadas sentencias de 23 y 24 de septiembre de 2014 por este mismo tribunal. En el Informe del Fiscal General del Estado Sobre Menores No Acompañados de 2016 se propone como solución a la determinación de la edad las pruebas médicas propias resaltando como factor desencadenante la falta de fiabilidad de los documentos extranjeros. Después de una prolija explicación sobre la materia aduciendo las razones que llevan a sospechar de la validez de los documentos expedidos por autoridades de terceros países, alega el aval internacional que supone la Comisión Internacional para el Estado Civil<sup>(52)</sup> que en su Recomendación núm.9 relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y la memoria explicativa adoptada por la Asamblea General de Estrasburgo el 17 de marzo de 2005, ha reseñado una plura-

---

(50) “Jornadas sobre la determinación de la edad de menores indocumentados”, marzo de 2006, celebrada en Donostia.

(51) “Jornadas de trabajo sobre método de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados en el entorno judicial”, de 7 de octubre de 2010, celebrada en Madrid.

(52) Organización internacional formada por países europeos que, entre otras cosas, establece y mantiene al día la documentación y jurisprudencia de su especialidad.

lidad de indicios reveladores de la falta de fiabilidad de la documentación registral emitida por muchos estados que conlleva a su calificación de defectuosa, errónea, fraudulenta, o, según dicción de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, “documentación de contenido dudoso”. Todo ello aporta más apoyo a los legisladores internos de los países miembros para imponer métodos propios de determinación de la edad. Algunos de esos indicios son los siguientes: existe un intervalo muy largo entre la fecha del acta y la fecha del hecho al que se refiere, el acta se elaboró transcurrido mucho tiempo desde el hecho al que se refiere y muy poco tiempo antes del trámite para el que se expidió el documento, existen contradicciones o aspectos inverosímiles entre los diferentes datos consignados en el acta o en el documento, el acta se elaboró exclusivamente sobre la base de la declaración de la persona a la que se refiere directamente(...).Y ello, en ocasiones, ha sido aceptado por los tribunales, así la **STS de 24/7/2014** que dice “... *En este campo, y con todas las prevenciones que hayan de tenerse para prevenir los fraudes documentales (rige el principio general de la presunción de validez de los documentos extranjeros del estado civil, por el interés general que representa la fiabilidad de los datos sobre el estado civil y los derechos fundamentales del interesado) y en esos casos de duda documental sobre los documentos de filiación, es conveniente acudir a los procedimientos de comprobación contenidos en la Recomendación (n.º 9), relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y memoria explicativa adoptadas por la Asamblea General de Estrasburgo el 17 de marzo de 2005*”.

Vemos que se mezclan métodos de comprobación radiológicos y otros más observacionales, menos invasivos<sup>(53)</sup>. Los métodos de determinación de la edad más extendidos en nuestro sistema son los radiológicos. Pero hay que actuar con prudencia. En primer lugar, las pruebas médicas radiológicas son invasivas de la privacidad y nocivas para la integridad física de la persona, no digamos para un menor. Por otro lado, el margen de error, es difícil que en las condiciones actuales de la técnica pericial se reduzca más de 15 meses de media. Hay casos de desviación mayor, de más de 3 años. Y es que para estos métodos los modelos son únicamente varones de raza caucásica de origen norteamericano. A pesar de que la doctrina del TS, afirma que la combinación de varias pruebas ofrece un diagnóstico más fiable, no hay evidencia médica de que se cumpla dicha premisa<sup>(54)</sup>. De modo general, el mencionado informe del Defensor del Pueblo de 2011, define una serie de criterios para dotar a los medios diagnósticos de un reconocimiento suficiente: que se encuentren correctamente descritos, esto es estandarizados; que los resultados de su aplicación sean los mismos; de precisión contrastada, que estén publicados, sometidos a control mediante un sistema de revisión por pares, etc... En las conclusiones del Informe “Sólo por estar solos” se comenta la tendencia en la doctrina médica a infravalorar las pruebas médicas de la edad. Su utilización

---

(53) Según algunos informes, como el Informe Sobre los Menores Extranjeros en España de la Fundación Raíces y Noves Vies de febrero de 2017, se les exploran los genitales.

(54) **STS 18/06/2015**

ha sido siempre de carácter médico, para el diagnóstico de diversas patologías (trastornos del crecimiento, por ejemplo), pero no para determinar la edad de los menores de edad de la persona. Según la **STS 453/2014 de 24 de septiembre de 2014** en el punto cuarto de su apartado tercero de los FFJJ observa “*En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad*”. Es decir, aun cuando no estén documentadas su utilización debe ser restringida. Es la primera acotación que se hace a la realización de las pruebas de edad, consciente el legislador del deber de proteger al menor. Y en el REX, artículos 6 y 190, se determina qué es la falta de documentación. La doctrina jurisprudencial dice «*El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad*».

Las pruebas médicas de la edad necesitan de la prestación de consentimiento por el menor para ser realizadas. Tiempo atrás se les practicaba a pesar de la negativa del menor. Primero las consideraban insuficientemente lesivas, y así, la **STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996**, resolvía sobre la invasión del derecho a la intimidad del art. 18 CE derivado de las pruebas radiológicas y establecía que tales pruebas eran una especie de lo que la doctrina ha denominado «intervenciones corporales». Esta misma sentencia distinguía, entre intervenciones corporales graves y leves, atendiendo al grado de sacrificio que impongan al derecho a la intimidad. En las intervenciones leves, si media el consentimiento de la persona afectada, no es necesaria la intervención judicial para su autorización. Hoy, sin su consentimiento no se les pueden hacer las pruebas. Además, puede ser retirado en cualquier momento. El consentimiento tiene que ser informado, es decir, se debe poner en conocimiento del menor las consecuencias de su negativa, en este caso, que el fiscal pueda determinar que es mayor de edad. Así lo vienen reconociendo los tribunales y el Protocolo Mena. Es así como se manifiesta también el TEDH, a través la **STEDH de 25 de septiembre de 2012, caso Ahmade v. Grecia, n.º 50520/09**, que establece que la negativa del solicitante a someterse a un examen radiológico simple es que este último tenía razones para temer que este examen podría revelar una realidad que no corresponde a las edades que había indicado a las autoridades. Sólo hay un supuesto en el que no se considerará prueba de la mayoría de edad, que viene recogido en el Protocolo MENA, “*Si entre las circunstancias concurrentes se hallaren indicadores de que el interesado pudiera ser víctima de trata de seres humanos prevalecerá la presunción de minoría de edad, debiéndose adoptar las medidas de protección inmediatas...*”.

#### 4. Informe pericial

El médico, forense, radiólogo o especialista, realiza un informe no vinculante que es entregado al fiscal. Respecto a este informe, no hay una normativa consolidada que disponga lo que obligatoriamente debe recoger, pero si hay una práctica asentada y reconocida doctrinalmente que debería cumplirse. Las Jornadas de Madrid sobre Métodos de Estimación Forense de 2010 y el Informe del Defensor del Pueblo de 2011 prefijaron cuál debe ser el contenido básico:

– La imagen del método/s utilizado/s para la estimación de la edad.

– Los resultados de los exámenes practicados, con especificación independiente de las estimaciones de edad por cada medio diagnóstico y con especificación del método de interpretación de resultados utilizado por el perito médico para cada prueba estudiada. La estimación de la edad biológica debería ser recogida en forma de resultado más probable (promedio o media aritmética) y de rango de variabilidad normal de éste (desviación standard, que corresponde a esa edad debe incluir los factores patológicos, raciales, nutricionales, de género, higiénico-dietéticos, etc...) en la población de referencia, en la que se pueda encontrar el menor. En todo caso, la estimación final de la edad deberá expresarse como la edad mínima más probable o, en otros términos, como el margen mínimo dentro de la horquilla de desviaciones máximas en torno a la media. Expresiones habituales en los informes como, “*alrededor de...*”, “*edad aproximada de...*”, “*en torno a...*”, “*superior de...*”, y otras similares no deberían estar aceptadas por el grado de confusión que introducen. En caso de discrepancia entre los resultados de las distintas pruebas, se elegirá el menor entre los valores mínimos para cada una de las pruebas interpretadas con carácter independiente.

– Los estudios de población en los que se fundamenta la interpretación de los resultados de cada medio de diagnóstico.

#### 5. Decreto del Fiscal

Una vez determinada esa edad, el fiscal a la luz de toda la prueba practicada dictamina en el decreto una edad legal. La práctica nos muestra una discrecionalidad que trata de suplirse con la unificación de doctrina que se pretende por la vía del Tribunal Supremo. No siempre se da la misma conclusión por el fiscal quien aún en casos en los que la edad mínima arrojada por las pruebas es la minoría de edad o cercana a la minoría de edad sin tener en cuenta el intervalo de error, hacen de la duda una interpretación contra la doctrina estableciendo la mayoría de edad<sup>(55)</sup>.

---

(55) Los fundamentos jurídicos, en el segundo apartado 2 b) de la sentencia **STJPI n.º 9 de Oviedo 0043/2018** se recoge como el fiscal determina la mayoría de edad, aun cuando las pruebas médicas radiológicas

Igualmente hay casos en los que, aunque existe una imposibilidad descrita por el fiscal de recoger una edad precisa, a pesar de que pueda haber indicios en contra de la menor edad, se decanta por ponerlo en libertad<sup>(56)</sup>. El fiscal debe atender a todas las convicciones que fueron aportadas durante el procedimiento (entrevistas con profesionales, interrogatorio del menor, testificales, el documento aportado si lo hay, etc.). Y todo ello, deberá ser recogido en el decreto con un juicio de ponderación o juicio de proporcionalidad suficientemente razonado. Debe verificarse que no haya arbitrariedad o discrecionalidad a la hora de determinar la edad del menor, sino que esta convicción obedece a un proceso intelectual del garante del procedimiento que razonadamente y exento de subjetividades, y en virtud de las pruebas aportadas y acreditadas, estima una aproximación de la edad de la persona, que se expresa en forma de intervalo en un decreto.

El decreto del fiscal se dictamina y publica, debiendo manifestar una de las tres posibilidades que existen: minoría de edad, mayoría de edad o imposibilidad de pronunciamiento a juzgar por las pruebas practicadas. En este último caso, el interés superior del menor debería ser el principio informador de la decisión para determinar la minoría de edad y mantener la tutela.

El decreto del fiscal determinando la edad del menor es irrecurrible, pero puede ser objeto de revisión por las causas que establece el Protocolo Marco<sup>(57)</sup>. Inmediatamente se comunica a la consejería competente para que adopte las medidas oportunas en torno a la tutela de la persona en cuestión.

### 6. Recurribilidad de la fase administrativa

Tres procedimientos claves, son los que ponen en entredicho la regularidad de esta fase administrativa y también su constitucionalidad. Abren procedimientos de impugnación del Decreto del Fiscal y en contra del Protocolo MENAS. Finalmente,

---

recogen una edad mínima de 17 años y nueve meses, concretamente el informe recoge “el estudio radiológico únicamente permite afirmar que el paciente es menor de edad, pero no de precisar la edad a partir de 17 años y 9 meses en varones y 16 años y 9 meses en mujeres.”

(56) En la misma sentencia anteriormente comentada, en los fundamentos jurídicos, apartado 2 a) explica que la persona es puesta en libertad el 12/01/2016, por imposibilidad de documentarle. Se presentaba como ghanes y ya había sido inscrito en el registro MENAS, como nacional de Burkina Fasso con una edad diferente y que suponía la mayoría de edad.

(57) La revisión procederá: A) Cuando se aporten documentos o certificaciones genuinas expedidas por autoridades del Estado de donde es nacional el interesado que tengan fuerza probatoria según el artículo 323 LEC por haberse así reconocido por Convenio bilateral o Tratado internacional. B) Cuando se comunique al Ministerio Fiscal cualquier sentencia o auto judicial de cualquier orden jurisdiccional que establezca otra edad diferente. C) Cuando concurren circunstancias sobrevenidas o que siendo preexistentes no pudieron ser tomadas en cuenta en el momento de dictar el decreto, y el Fiscal las valore como relevantes y suficientes para su modificación. Significadamente, cuando conste la práctica de otras pruebas médicas de resultado incompatible realizadas en el ámbito de sus competencias a instancia de los Consulados españoles en el extranjero, de cualquier Administración del Estado, o de la Entidad pública de protección de menores en el ejercicio de su función de guarda y tutela.

acaban en el Tribunal Constitucional prácticamente con la misma suerte, viendo desestimadas sus pretensiones. Dichos procedimientos se resuelven por los **Autos del Tribunal Constitucional, ATC 151/2013 de 13 de julio y ATC 172/2013 de 9 de septiembre** y la STS 131/2018, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de 31 de enero de 2018.

Los autos, **ATC 151/2013 de 13 de julio y ATC 172/2013 de 9 de septiembre** interpretan que el Decreto del fiscal es irrecurrible en vía judicial ordinaria, razón por la cual se recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando esa imposibilidad de acudir a la vía ordinaria. El ATC 151/2013 viene a contradecir el recurso interpuesto al estimar que no se produce una indefensión por el hecho de que el decreto del fiscal determinando la edad del presunto menor no sea directamente recurrible y ello porque a su decir se trata de una medida de naturaleza provisional, no definitiva. El Tribunal Constitucional no lleva el razonamiento hacia la naturaleza del acto recurrido y reproduce literalmente lo que señala la Circular 1/2009 *“el expediente de determinación de la edad previsto en el artículo 35 LOEx es una medida de naturaleza cautelar y provisionalísima encomendada al Ministerio Fiscal para resolver con carácter de urgencia cuál es la decisión a tomar con respecto de un extranjero indocumentado sobre cuya edad razonablemente se duda y que no se encuentra acompañado de un adulto que de él se responsabilice. El precepto está dirigido a solventar de la manera más urgente posible una situación de hecho, sin que tenga por objeto establecer uno de los elementos constitutivos del estado civil de la persona (mayoría o minoría de edad). Al carecer de efectos definitivos, en nada altera los derechos del afectado, que siempre tiene abierta la vía jurisdiccional que proceda en cada caso para la defensa de los mismos”*. Para el TC tales medidas son impugnables *“en vía judicial, ya sea ante la jurisdicción civil, cuando se trata de medidas de protección de menores, por la vía del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores del artículo 780 de la Ley de enjuiciamiento civil, ya sea ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se trata de medidas administrativas que afectan al estatuto del extranjero, ya sea mediante el ejercicio de otras acciones contempladas en el ordenamiento procesal en función del contenido de las medidas adoptadas”*.

La STS 131/2018, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de enero de 2018 resuelve definitivamente sobre el procedimiento 2289/2016 iniciado en contra del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. El recurso busca la impugnación de la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre Determinadas Actuaciones en Relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. Se discute si el Protocolo posee un carácter reglamentario o el de mera circular interna. La extralimitación de la naturaleza de circular es reprochada por los recurrentes al entender que contiene diversas disposiciones en su articulado que exceden del ámbito jerárquico para el que están diseñadas los instrumentos normativos de orden interno. El Tribunal Constitucional defiende el carácter autoorganizativo y de colaboración entre autoridades y funcionarios del

Protocolo MENA y examinando exhaustivamente cada uno de los apartados cuya extralimitación es apreciada por el recurso, lo inadmite consagrando la naturaleza normativa para la que se dictó.

#### IV. FASE JUDICIAL

Hasta el año 2014, con el conocido fallo de las **SSTS 452/2014 y 453/2014 de 23 y 24 de septiembre de 2014**, en la mayoría de las sentencias nos encontrábamos con una situación de vulnerabilidad que se producía tras la declaración de mayoría administrativa y la ratificación del decreto del fiscal en las diferentes instancias judiciales. La resolución administrativa despliega sus efectos de manera automática de tal modo que el presunto menor queda a merced de las leyes de extranjería, fuera del paraguas protector de las instituciones de guarda y tutela que se prevén para los menores. De esta manera, la mayor parte de los recursos de casación interpuestos que se resolvieron en las sentencias posteriores (**SSTS, Sala Primera de lo Civil, núm. 507/2015 de 22 de septiembre de 2015, núm. 411/2015 de 3 de julio, núm. 319/2015 de 23 de julio, 1 de Diciembre de 2016, núm. 720/2016**, así hasta llegar aproximadamente a unas diez sentencias en un periodo de apenas un año) solicitan la declaración de la consideración de minoría de edad para posibilitar la automática declaración de desamparo y continuar bajo los servicios de protección de las CCAA, retrotrayendo los efectos de la sentencia al momento anterior al cumplimiento de la mayoría de edad. Los antecedentes de hecho exponen sistemáticamente la naturaleza del problema, las dos pretensiones que el recurrente solicitaba habitualmente eran siempre las mismas. Por un lado, reactivar la tutela, la situación de guarda bajo el servicio de protección preceptivo de la persona, y, por otro, evitar la pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento por cumplimiento de la mayor edad. Se trata de eludir las consecuencias perjudiciales en la persona que entrañarían la declaración de mayor edad, que son la estancia en un CIE y la apertura de un expediente de expulsión. Y los fundamentos de derecho acompañantes en las distintas instancias de estas sentencias, siguiendo el razonamiento del decreto del fiscal, proyectan esa desprotección a partir de una valoración errónea de las pruebas aportadas. Ello, porque principiaban con un literal del siguiente tenor, “la discrepancia se encuentra en la diferencia apreciable entre los datos del documento aportado y la apariencia física”. Este tenor literal genera una indefensión extrema, pero esta interpretación era permitida a través del Protocolo MENA, y, con anterioridad, de la doctrina. El conflicto así, se situaba en una interpretación compatible del Protocolo MENA y la doctrina en torno a la fuerza probatoria y la validez de los documentos extranjeros. El Protocolo MENA comienza por señalar en su punto 1 que los documentos extranjeros que contengan datos identificativos del menor (la edad, el nombre, la nacionalidad...) no constituyen prueba plena, salvo que así venga reconocido por convenio o tratado internacional, conforme a lo dispuesto en el art. 323 de la LEC. Pues bien, aunque no cabe cuestionar lo que se señala, debe tenerse en cuenta que no es aplicable a los efectos de acordar la realización de pruebas de determinación de la edad a MENAS documentados, al amparo del art. 35.3 LOEX. Tal como ha



señalado el TS, el pasaporte u otro documento de identidad es válido al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público. El TS ha indicado expresamente, en SSTs 452/2014 y 453/2014 de 23 y 24 de septiembre de 2014, que el referido precepto de la LEC tiene *«carácter procesal y sirve para otorgar valor y eficacia probatoria de documento público a un documento extranjero, pero nada señala sobre la validez del pasaporte»*. Por tanto, el MENA con pasaporte válido no puede ser considerado indocumentado. Se debe tener en cuenta que la redacción del Protocolo MENA ha quedado desfasada por la doctrina del TS que se asienta a partir de las sentencias ya mencionadas que son de septiembre, meses posteriores a la redacción del Protocolo, junio de ese 2014. Hay, así, un endurecimiento del camino para desacreditar los pasaportes y los documentos que prueban la identidad del menor. En su apartado segundo el Protocolo recoge, *“los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras, a los efectos del artículo 25.1 LOEX, serán título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad y su filiación salvo que concurra alguna de las circunstancias siguientes”*. Esta coletilla es la principal puerta que abría la posibilidad de efectuar pruebas médicas. Puede ser que los indicadores indiciarios contenidos en torno al documento conlleven a sospechar la invalidez documental por falta de autenticidad y en este caso la consideración como indocumentada de la persona sobre la que se sigue el expediente administrativo. Sin embargo, por ejemplo, el examen de la apariencia física sin determinar quién la realiza y en qué condiciones, reporta una consecuencia excesiva, si conlleva la consideración de persona indocumentada. Es cierto que se intentan evitar subjetividades con una redacción contundente *“evidente e indubitada falta de correspondencia...”*, pero en la práctica no evita la arbitrariedad y un abuso excesivo del recurso a la apariencia física para desacreditar los documentos aportados por los MENAS. Y es esta circunstancia la que, de alguna manera, ha venido a atajar los argumentos de las sentencias anteriormente mencionadas. Con posterioridad, con la práctica imposibilidad de acudir a la apariencia física para desvirtuar como prueba válida el documento oficial extranjero, se han reducido los supuestos litigiosos. Algunas sentencias se fallaron en 2016, como la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, S de 14 de Octubre de 2016, n.º 761/2016**, en la que se recoge *“Realizadas las pruebas complementarias (nueva exploración física, radiografía de la mano y del carpo izquierdo y ortopantomografía), se determinó una edad ósea de 18 años y que la edad mínima más probable del joven sería de 18 años; no obstante en las conclusiones médico legales se recoge que “... existe un margen de error no estimable en este caso, al no disponer de estudios poblacionales de referencia”*. Se hace referencia a otro aspecto importante como es la imposibilidad de trasladar los análisis médicos a menores africanos, y por eso se actúa de acuerdo con el interés superior del menor al ser un intervalo escaso de tiempo el que le acerca a la menor edad. Desafortunadamente, todavía en un procedimiento iniciado en 2017, que resuelve la **Sentencia de la AP Barcelona, Sección 18.ª, S de 12 de Abril de 2019, n.º 304/2019**, se practican las pruebas radiológicas para determinar la edad a pesar de la persona presenta pasaporte y certificado de nacimiento en un momento posterior a su puesta a disposición policial. El otro documento presentado habitualmente por la persona acreditativo de su edad es el certificado de nacimiento.

La doctrina asimila sus efectos a los del pasaporte. En **Sentencia de AP Barcelona, Sección 18.ª, de 30 de Septiembre de 2016, n.º 707/2016** se declara la minoría de edad, las pruebas radiológicas son improcedentes al presentar certificado de nacimiento. El menor, por tanto, no es un indocumentado como recoge la primera instancia. Sin embargo, la jurisprudencia muestra, en ocasiones, un claro error en la valoración de la prueba al no otorgarle validez por no contener una reproducción gráfica de la persona, desconociendo que tales documentos, no contienen fotografías. Así, en los antecedentes de hecho de la **SJPI n.º 7 de Oviedo 0061/2018, de 14 de febrero de 2018**, se determina la mayoría de edad por la carencia de soporte gráfico del certificado de nacimiento.

Iniciado un procedimiento, ya sea en su fase preprocesal o en fase judicial, el mayor de los problemas con que nos encontramos es, posiblemente, con la pérdida de objeto del mismo, es decir, el cumplimiento sobrevenido de la mayoría de edad por la persona, lo cual en muchas ocasiones imposibilita la ejecución de la sentencia favorable. A pesar de ello, en las demandas se solicita, aparte de la declaración de desamparo con la reactivación de la tutela, que no se tenga por perdido el objeto del procedimiento. Es cierto que muchas veces las dilaciones del procedimiento causan una indefensión en los presuntos MENAs. Es por ello necesario, en todo momento, asegurar la protección de la persona, más aún cuando, reiteramos una vez más, en caso de duda se debe actuar bajo el abrigo del interés superior del menor. Por tanto, es imprescindible adoptar medidas cautelares para asegurar la protección y defensa de la persona. La **STJCA de Oviedo de 25/04/17** resuelve sobre la declaración de nulidad de una orden de expulsión y la reapertura de un expediente de protección, rechazando el Decreto del Fiscal de 12/06/2017 relacionado con el procedimiento que determina la mayoría de edad de la persona. Otro pronunciamiento solicitado es la obtención permiso de residencia. Sabemos por el art. 35.3 de la LOEX, que un efecto de consider a la persona menor edad es el otorgamiento del permiso de residencia. El Protocolo MENA señala respecto a ello que, tras la puesta disposición de la CA, el transcurso de 3 meses es tiempo suficiente para que por parte de la entidad pública se inicie el trámite de solicitud de residencia, el cual, revestido por el principio de celeridad no deberá durar más de 9 meses. Se considera éste como el plazo máximo para otorgar la solicitud de residencia. Como pronunciamiento solicitado complementando al de la tutela de las administraciones públicas en el cauce civil los juzgados han fallado que la vía idónea para su solicitud es la administrativa. Recientes fallos judiciales en consideran lo mismo, **SJPI n.º 9 de Oviedo 0043/2018, de 5 de febrero de 2018**. También se pide la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Se empiezan a solicitar indemnizaciones por los daños causados en el menor cuando es responsable de su desprotección. Las profesoras Ángeles Palma del Teso y Almudena González en su artículo “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”<sup>(58)</sup>, manifiestan la dificultad que puede existir para

---

(58) Palma del Teso, Ángela y González, A, “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, 2015.

reconocer al sujeto responsable de la indefensión o desprotección de la persona por el incumplimiento de las funciones tutelares. En abril de 2016 un juzgado de Cádiz condena a la Administración Pública en costas en un procedimiento que se siguió contra un chico declarado mayor a pesar de que tenía 16 años y lo había acreditado mediante partida de nacimiento. Expulsado, regresa España y buscado por la policía lo detienen para encerrarlo en un CIE, si bien es cierto que finalmente queda recluido en un centro de menores una vez reconocida la minoría de edad<sup>(59)</sup>. No es responsabilidad patrimonial pero no deja de ser un toque de atención a las autoridades para que actúen en defensa del interés superior del menor.

### V. CONCLUSIONES

Como explicamos a lo largo de los apartados anteriores de la determinación de la edad de los MENA derivan regímenes diversos de estancia administrativa en España. Si el decreto del fiscal determina la mayoría de edad de la persona, la irregularidad administrativa se mantiene y las actuaciones desplegadas por las administraciones públicas prorrogan esa provisionalidad de la situación con vistas a su expulsión. Si se determina su menor edad, la persona entraría en el ámbito de protección de las administraciones públicas que tienen previsto para los menores.

Con el interés superior del menor como principio garante del sistema se introduce una fase administrativa hipotéticamente destinada al cumplimiento de dicho principio. Sin embargo, la realidad práctica nos demuestra que esta fase ha acabado por convertirse en una fuente de conflictos, que lejos de proteger a la persona acaba dilatando el procedimiento y revistiéndolo de arbitrariedad. Esta situación de vulnerabilidad es sistemáticamente denunciada por colectivos y organizaciones. La Fundación Raíces, Save the children, Amnistía Internacional, el Consejo General de la Abogacía del Estado o la Plataforma de la Infancia realizan actos de denuncia pública como el envío de una carta al Gobierno de España para que cumpla con los requerimientos de la ONU, concretamente del Comité de Derechos del Niño, que exige, entre otras cosas, que se adopten medidas provisionales de protección de los presuntos<sup>(60)</sup> MENAS mientras estudia los casos. Además, desarrollan una actividad judicial con la incoación de procedimientos impugnando el decreto del fiscal determinando la edad del menor o el Protocolo Marco. Estos recursos muestran el empeño porque se produzcan modificaciones profundas en un procedimiento que acaba por dejar a la persona en una situación de desprotección legal y desvinculación administrativa. Subyace en el fondo, la necesidad de implantar un procedimiento reglamentario que desborde los límites de la normativa vigente y supla las lagunas actuales. La modifi-

---

(59) <https://www.europapress.es/epsocial/noticia-espana-reconoce-minoria-edad-marroqui-expulso-ceuta-hace-dos-anos-20160511095938.html>

(60) “La ONU pide a España que proteja a menores extranjeros a los que está tratando como adultos”, 4 de julio de 2017, [www.fundacionraices.org](http://www.fundacionraices.org/?p=2706), recuperado de <http://www.fundacionraices.org/?p=2706>.

cación operaría en aspectos como una mayor facilidad para recurrir las resoluciones que determinen la edad en su fase administrativa, el fortalecimiento de las medidas cautelares, una mayor profundización en el ejercicio en los derechos procesales para hacerlos efectivos o un mayor compromiso de los agentes y las instituciones públicas en la defensa del interés superior del menor. También se cuestiona sutilmente el papel que debe tener el Ministerio Fiscal en el procedimiento.

Para demostrar la conflictividad de esta fase administrativa de determinación de la edad podemos referir algunos ejemplos: omisión de actuaciones por parte de las administraciones públicas correspondientes (El FDE de Alicante se queja del incumplimiento del protocolo por los organismos de protección competentes de la Comunidad Autónoma que no comunica al Fiscal el cambio de edad de los menores ingresados como consecuencia de la recepción de documentación<sup>(61)</sup>); ausencia de defensa letrada preceptiva en diversas fases del proceso o de otras agentes protectores, así como irregularidades en las actuaciones administrativas, traslado indiscriminado de interesados a centros de internamientos de menores sin reseña previa<sup>(62)</sup>; discrecionalidad en la valoración de los documentos de prueba (ya menos). Especialmente casos de valoración de documentos probatorios de países de origen en supuestos de revisión de decretos de mayoría de edad y las alegaciones de minoría de edad en los centros de internamiento de extranjeros<sup>(63)</sup>; arbitrariedad en la práctica de la prueba. La inexistencia de un protocolo de actuación propicia la realización consecutiva de varias pruebas sin justificación alguna en Granada, Málaga, Sevilla. Asimismo, dilación innecesaria en la entrega de informes médicos en Jaén, o negativa a informar por parte de un hospital<sup>(64)</sup>; oposición y ausencia de medidas cautelares. Son los propios abogados y colectivos sociales, en ausencia de las administraciones públicas, los que se ven obligados a solicitar medidas cautelares que debieran ser impulsadas de oficio por los propios fiscales, por ejemplo, la imposibilidad de expulsar a la persona vigente el procedimiento, o el mantenimiento de la situación de guarda bajo la tutela de los servicios de protección de las comunidades autónomas<sup>(65)</sup>; presencia de MENAS en CIES. En 2017 hubo 137 alegaciones en Barcelona sobre la existencia de menores en CIES (de ellos 12 eran realmente menores), 48 en Madrid (eran 11 menores)<sup>(66)</sup>. Cuando se acreditó la minoría de edad se acordó el cese de internamiento en los CIES y el traslado del interno al centro de protección correspondiente; también expulsiones irregulares, como la situación vivida, ya anticipada en apartados anteriores, por un chico camerunés que era menor en el momento de producirse la misma. Hubo que reconocer su minoría de edad retroactivamente tras ser expulsado en 2014, siendo

---

(61) Memoria del Ministerio Fiscal, Madrid 2018.

(62) Memoria del Ministerio Fiscal, Madrid 2018.

(63) Memoria del Ministerio Fiscal, Madrid 2018.

(64) Memoria del Ministerio Fiscal, Madrid 2018.

(65) STJCA de Oviedo de 25/04/17 y Dictámenes 16/2017 A.L. c. España y el 22/2017 J.A.B. c. España.

(66) Memoria del Ministerio Fiscal, Madrid 2018.

condenada la administración en costas. El chico recluido en un centro de menores portaba una partida de nacimiento que acreditaba su minoría de edad, 16 años<sup>(67)</sup>.

En cuanto al tránsito hacia la mayoría de edad, es imprescindible que no sea un periodo exento de proyectos y garantías para que pueda dotar al menor de una mínima estabilidad y proyección futura. Las obligaciones asumidas por el Estado y las CCAA en materia de menores, –formación, residencia adecuada, alimentos, apoyo psicológico, etc.–, deben ser una materia de contenido vinculante y dotación presupuestaria adecuada para posibilitar el cumplimiento de los compromisos legales.

## VI. BIBLIOGRAFÍA SELECTA UTILIZADA

Conclusiones de la mesa de trabajo: “*La participación de los menores extranjeros no acompañados: el derecho a ser oído*”, 10 de marzo de 2006.

Conclusiones de la mesa de trabajo: “*Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad en menores no acompañados en el entorno judicial*”, 7 de Octubre de 2010.

FERNÁNDEZ, ESTHER; VICENTE, LIDIA y TARANCÓN, PILAR, “*Derechos procesales de los menores extranjeros: un estudio de su aplicación práctica en la justicia penal*”. Revista INDRET, abril 2017.

Informe Anual del Defensor del Pueblo en Materia de Migraciones, 2016.

Informe Fundación Raíces, “*Sólo por estar Sólo*” Sobre la Determinación de la Edad en Menores Migrantes No Acompañados, 2014.

Informe de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, 2019.

Informe del Defensor del Pueblo, “*¿Menores o adultos? Procedimientos para la Determinación de la Edad*”, 2011.

Informe alternativo al V y VI Informe de Aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y sus Protocolos Facultativos Presentado por España Sobre los menores extranjeros no acompañados en España, Fundación Raíces y Noves Vies, febrero de 2017.

LAFONT NICUESA, LUIS, artículo “*Algunas cuestiones prácticas sobre la aplicación del protocolo de menores extranjeros no acompañados*”.

Memoria del Ministerio Fiscal, apartado relativo a los menores extranjeros no acompañados, pp. 624-632, Madrid 2018.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, JULIETA, Informe de Save the Children, “*Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, Guía para profesionales y agentes sociales*”, septiembre de 2015.

PALMA DEL TESO, ÁNGELES DE y GONZÁLEZ GARCÍA, ALMUDENA, artículo “*La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*”

---

(67) “España reconoce la minoría de edad un menor dos años después de deportarle”, 17 de mayo de 2016, [www.fundacionraices.org](http://www.fundacionraices.org), recuperado de <http://www.fundacionraices.org/?p=2478>

*tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*” publicado en la Revista Jurídica de Catalunya» núm. 3, 2015.

Programa de menores no acompañados de Europa, Declaración de buenas prácticas, ACNUR y Save the Children, tercera edición 2004.

RAVETLLAT CASTELLE, ISAAC, “*El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*”. *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 n.º 2 · 2012, pp. 89-108.

TORRADO MARTÍN-PALOMINO, ESTHER, “*Las migraciones de menores no acompañados desde una perspectiva de género*”, *DILEMATA*, año 4, julio 2012.

VÁZQUEZ GARCÍA, SONIA, “*El régimen jurídico del menor inmigrante*”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 8 2004, pp. 423-450.

VINAIXA MÍQUEL, MÓNICA, “*La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, n.º 1, pp. 571-602.

# Diálogos jurídicos

---

**CRÓNICA JURISPRUDENCIAL**

---





**LAS PERPLEJIDADES Y CONTRADICCIONES DE LA  
DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL TÍTULO  
COMPETENCIAL RELATIVO A LA REGULACIÓN DE  
LAS CONDICIONES BÁSICAS QUE GARANTICEN  
LA IGUALDAD DE TODOS LOS ESPAÑOLES<sup>(1)</sup>**

**EQUALITY AND NON DISCRIMINATION ON BASIC  
CONDITIONS FOR ALL SPANISH CITIZENS:  
CONTRADICTIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT  
CASE LAW ABOUT THE DISTRIBUTION OF POWERS  
BETWEEN THE STATE AND THE REGIONS**

ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ

*Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Pompeu Fabra*

---

**SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN
- II. TÍTULO “NORMAL” PERO NO HORIZONTAL
- III. DIRECTRIZ DE LA IGUALDAD, SIN UNIFORMIDAD: CONDICIONES BÁSICAS
- IV. NORMAS DELIMITADORAS DE LOS ÁMBITOS COMPETENCIALES
- V. TÍTULO GENERAL / TÍTULO ESPECIAL
- VI. ORDENACIÓN MATERIAL DE UN SECTOR DE ACTIVIDAD
- VII. CONCLUSIONES

---

(1) Este trabajo está basado en Andrés Betancor, “la garantía de la igualdad de todos los españoles en el artículo 149.1.1: la competencia que no es competencia, sino más que una competencia”, en B. Pendas (dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, vol. III, CEPC, Madrid, 2018, págs. 2617 y ss.

## I. INTRODUCCIÓN

El título competencial que, probablemente, no ha encontrado una dogmática definitiva, es el del artículo 149.1.1.º CE. El Estado tiene, según dispone, competencia exclusiva sobre “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

Santiago Muñoz Machado afirmaba, en una obra de referencia, en relación con el artículo 149.1 CE, que “atribuye al Estado competencias o atribuciones tasadas sobre las materias que relaciona. Esto es, poderes medidos, definidos o concretizados en su dimensión o alcance. Tasa y medida que resulta incluso de las propias expresiones literales que maneja, pero que es, además, institucionalmente inexcusable en un sistema político que se funda en el reparto territorial del poder. Sólo en el ámbito de poder que le queda disponible pueden producirse actuaciones estatales válidas. Superado dicho marco, sus decisiones quedan viciadas de incompetencia. No es, por tanto, justificable constitucionalmente una competencia universal del Estado en relación con todos los asuntos públicos después de que los Estatutos de Autonomía hayan detraído la porción de poder que la Constitución permite entregar a las Comunidades Autónomas”<sup>(2)</sup>.

¿Cómo encaja el título competencial del artículo 149.1.1 CE en el listado del artículo 149.1 CE ? No encaja. Se explica el por qué el autor prefiere tratarlo como principio, el de igualdad, que opera como límite a la autonomía<sup>(3)</sup>. A su vez, el Tribunal Constitucional le reconoce unas características formales que, sin embargo, va modificando al calor de las circunstancias de cada caso; una calificación, que opera como un prejuicio dogmático, que luego se rinde a las realidades de la controversia a cuya resolución se enfrenta.

Esta es la historia de los avatares por los que atraviesa la interpretación que lleva a cabo el Tribunal Constitucional sobre el alcance del título competencial. La pugna entre la voluntad y la razón; entre la dogmática y la justicia. La oscilación entre el reconocimiento de la fuerza expansiva del título competencial, al temor de su desbordamiento.

## II. TÍTULO “NORMAL” PERO NO HORIZONTAL

El punto de partida es la respuesta al interrogante que es el fruto de la perplejidad: ¿es la competencia del artículo 149.1.1.ª CE un título competencial como los demás? El Tribunal afirma que sí lo es, que es un título competencial “autónomo, positivo o

---

(2) S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, Iustel, Madrid, 2007, pág. 437.

(3) *Idem.*, pág. 220 y ss.

habilitante, constreñido al ámbito normativo, lo que permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico” [STC 61/1997, FJ 7 b)]<sup>(4)</sup>. Así se pronuncia en la primera y única sentencia rendida a la pretensión, por lo demás, inútil, de sistematizar la doctrina constitucional sobre la competencia del Estado.

Los términos suscitan confusión. El Tribunal pretende proclamar su “normalidad” aunque tiene que reconocer, en la misma Sentencia, que “su ámbito material o alcance horizontal, ... la «materia» sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos.” Para, a continuación, introducir todas las matizaciones que se consideran necesarias por el vértigo del reconocimiento de un título con tal “materia”:

“las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el art. 149.1.1.º CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundadora de todo el ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (art. 10.1 C.E.), quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1.º CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional” (FJ 7).

La “fuerza expansiva” de derechos y deberes constitucionales se contagiaría al título competencial<sup>(5)</sup>. Surgiría un “título” horizontal; lo que el Tribunal rechaza. Es un lugar común que viene repitiendo. Así en la STC 95/2016<sup>(6)</sup>, tras reiterar la “naturaleza” normalizadora del título (título competencial autónomo, positivo o habilitante, constreñido al ámbito normativo), advierte que “no puede operar como

---

(4) STC 61/1997, de 20 de marzo (Asunto: Recursos de Inconstitucional contra la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y contra el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio).

(5) “Si toda ley que regula el ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.1 de la Constitución hubiera de ser Ley del Estado..., carecería de todo sentido..., que el art. 149.1.1 reservase a la competencia exclusiva del Estado... «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». De otro lado, ..., una interpretación de este género vendrá casi a vaciar muchas de las competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas, pues son muchas las materias cuya regulación legal ha de incidir directa o indirectamente sobre el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de deberes garantizados por la Constitución” (STC 37/1981, de 16 de noviembre; asunto: RI contra la Ley del Parlamento Vasco 3/1981, de 12 de febrero, sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías).

(6) STC 95/2016, de 12 de mayo (Asunto: conflicto positivo de competencia contra el Real Decreto 609/2013, de 2 de agosto, por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio).

una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento” (entre otras, SSTC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 10; 228/2003, de 18 de diciembre, FJ 10; y 150/2012, de 5 de julio, FJ 4)” (FJ 5).

Es una caracterización que responde a una pretensión voluntarista, como lo confirmará el Tribunal en numerosas Sentencias. Una cosa es asignar al título competencial unas características formales y otra bien distinta es fallar conforme a tales características. El Tribunal es inconsecuente o incoherente. Aunque no tiene por qué quedar atrapado en consideraciones generales de uno u otro tipo, sí debería explicar y justificar el por qué se separa de las reglas generales a las que había decidido vincularse. Puede proclamar que no es un título horizontal, pero allí donde haya un derecho o un deber constitucional, o, incluso, un principio rector, el Tribunal ha reconocido la operatividad de la competencia. La única directriz a la que debe servir realmente es a la de la garantía de la igualdad. Es la única.

### III. DIRECTRIZ DE LA IGUALDAD, SIN UNIFORMIDAD: CONDICIONES BÁSICAS

El problema formal de la competencia es la dificultad de admitir su consecuencia: reconocer que el Estado tiene un poder de garantía de la igualdad de los españoles allí donde se vea amenazada. Es difícil de admitir y aún más complicado de articular. ¿Por qué? Porque podría entenderse como una amenaza a la diversidad, que es consustancial a la organización territorial del Estado.

Tiene razón Muñoz Machado cuando intenta analizar el título competencial desde la perspectiva de la igualdad. Aunque el título es mucho más. La jurisprudencia recaída así lo acredita.

Uno de los problemas, esenciales, que se planteó en los primeros momentos de la construcción del Estado de las Autonomías, era el de la coordinación o compatibilidad entre la igualdad/uniformidad y la diversidad/descentralización. Una interpretación de la igualdad que condujese a la uniformidad vendría a lastrar decisivamente el despliegue de la descentralización que alumbró diversidad mediante el ejercicio de las competencias transferidas.

Era lógico y razonable que, en el momento inicial del Estado de las Autonomías, no se consolidase la interpretación de la competencia del 149.1.1.º CE como valladar frente a la diversidad y la protectora de la igualdad. Esta interpretación habría comprometido la construcción de la organización territorial porque habría impedido el reconocimiento de la diversidad como fruto esencial de la descentralización. Sería absurdo que se erigiese un Estado descentralizado para promover y realizar la uniformidad<sup>(7)</sup>. El Tribunal Constitucional afirmó que “el art. 149.1.1.º de la Constitución

---

(7) STC 46/1991, de 28 de febrero de 1991 (Asunto: RI núm. 955/85, contra el art. 34 de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, de la Función Pública de la Administración de la Generalidad).

no puede erigirse en un obstáculo infranqueable a la existencia de las potestades normativas de las Comunidades Autónomas (así se reconoció en las STC 102/1985, FJ 2.º; y 37/1987, FJ 9.º)... En suma, el precepto constitucional precitado [el del art. 149.1.1.º] no exige siempre un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos (STC 52/1988, FJ 4.º), exigencia que haría imposible la existencia de un Estado descentralizado, aunque así pueda ocurrir, excepcionalmente, cuando exista una justificación bastante para ello” (STC 227/1993<sup>(8)</sup>).

No hay, no puede haber, uniformidad, salvo,... en lo básico. El Tribunal habla de la “función uniformadora de lo básico”. Aunque, en esta batalla, tiene todas las de perder, inicialmente, el título del 149.1.1. En la STC 109/2003<sup>(9)</sup> el Tribunal afirmó, frente al alegato del Abogado del Estado relativo a la invasión de la competencia exclusiva del Estado del 149.1.1 CE, que “dada la función uniformadora que ha de cumplir la normativa básica, ha de señalarse que tal competencia queda absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad, que es más específica y puede dotarse también de un mayor contenido.” Posteriormente sería reiterada en otras Sentencias, también, en relación con los catálogos de productos farmacéuticos priorizados<sup>(10)</sup>.

---

“En relación con la presunta desigualdad que originaría el precepto impugnado en los derechos y obligaciones reconocidos a españoles en cualquier parte del territorio nacional (art. 139.1 C.E.) al introducir una exigencia de conocimiento lingüístico para acceder a la función pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña que no se establece para el acceso a otras Administraciones, debemos partir del reconocimiento, al amparo de la remisión que efectúa el art. 3.2 C.E., del idioma catalán como lengua oficial en Cataluña (art. 3.2 E.A.C.). Se establece, así, un régimen de cooficialidad lingüística que rige en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña y del que, entre otras consecuencias, se deriva que el catalán y el castellano deben ser usados preceptivamente por la Administración en la forma determinada por la Ley (art. 5.2 Ley del Parlamento de Cataluña 7/1983, de 18 de abril, de Normalización Lingüística) y que el catalán sea lengua propia de la Administración territorial catalana (art. 5.1 Ley 7/1983, en relación con el art. 3.1 E.A.C.). Consecuencia todo ello de que, como dijimos en la STC 82/1986 (fundamento jurídico 2º), una lengua es oficial cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos. Naturalmente, el establecimiento de un régimen de cooficialidad lingüística en una parte del territorio del Estado no contradice el principio de igualdad de los españoles en todo el territorio nacional, recogido por el art. 139.1 C.E., ya que tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que en cualquier parte del territorio se tengan los mismos derechos y obligaciones, puesto que con la debida reserva respecto de la igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y libertades (art. 149.1.1 C.E.), «la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional» (STC 37/1981, fundamento jurídico 2.º)” (FJ 2).

(8) STC 227/1993, de 9 de julio de 1993(Asunto: RI contra los arts. 1, 3, 4, 9, 10, 11, 17, 18 y 19 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1987, de 9 de marzo, de equipamientos comerciales).

(9) STC 109/2003, de 5 de junio(Asunto: Recursos de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno frente a la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica y contra la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico; y por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia).

(10) STC 211/2014, de 18 de diciembre de 2014(Asunto: Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 12/2010, de 22 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Galicia, sobre racionalización del gasto en la prestación farmacéutica); STC 6/2015, de 22 de enero de 2015(Asunto: Conflicto positivo de competencia

No hay uniformidad, pero hay uniformidad. Es una cuestión de grado. E, incluso, en lo básico, hay una disputa entre el título competencial sobre las bases y el título competencial sobre las condiciones básicas. No se pueden confundir: “«condiciones básicas» no es sinónimo de «legislación básica», «bases» o «normas básicas». El art. 149.1.1.º CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento –eso sí, entero– de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad” (STC 61/1997, de 20 de marzo<sup>(11)</sup>).

No son bases, son condiciones básicas. En el plano formal, el de la caracterización del título, se entienden las diferencias. Ahora bien, en el plano material, el de la interpretación para producir el fallo, se difuminan. Cuando el Estado aprueba, en virtud exclusivamente del título 149.1.1.º CE, leyes como la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, o disposiciones como el Real Decreto 1056/2014, de 12 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de emisión y uso de la tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad, no está actuando como legislador de lo básico, sino como legislador con competencia exclusiva (establecimiento –eso sí, entero–, ex STC 61/1997), que, condiciona, al legislador competente (estatal o autonómico). El título del artículo 149.1.1.º CE se erige como una mega-competencia que condiciona a las demás.

Vuelve a aparecer el temor de la uniformidad y el de la laminación de la diversidad. Inicialmente, salvados por obra de la diferenciación entre bases y condiciones básicas, pero luego alimentados al defenderse que es una competencia que permite regular, “eso sí, entero”, ámbitos materiales que, incluso, comprometen (condicionan) las posibilidades, al menos, formales, del legislador autonómico. Algo falla.

#### IV. NORMAS DELIMITADORAS DE LOS ÁMBITOS COMPETENCIALES

La STC 18/2017<sup>(12)</sup> enumera leyes y disposiciones en las que el único título competencial es, precisamente, el del 149.1.1.º CE, que permite “actuar normativamente

---

contra la resolución de 30 de diciembre de 2010 por la que se hace público el acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia por el que se aprueba el catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia, así como contra las restantes actuaciones determinantes de la aprobación del mismo y contra el propio catálogo); STC 210/2016, de 15 de diciembre de 2016 (Asunto: RI contra el artículo único del Decreto-ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía).

(11) STC 61/1997, de 20 de marzo (Asunto: RRII contra la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y contra el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio).

(12) STC 18/2017, de 2 de febrero de 2017 (Asunto: conflicto positivo de competencia contra determinados preceptos del Real Decreto 1056/2014, de 12 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de emisión y uso de la tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad).

en el ámbito de la protección social de personas que padecen discapacidad”<sup>(13)</sup>. Tenemos, así pues, un título autónomo, habilitante, positivo, cuyo ámbito material son los derechos y deberes constitucionales, pero sólo limitado a sus “condiciones básicas” que no son las bases de ningún sector material o de actividad, porque hay que evitar que se convierta en una competencia horizontal, pero que, sin embargo, regula un sector tan sensible como el de la protección social de personas que padecen discapacidad, alumbrando una ordenación material o sectorial.

El Tribunal se rinde ante los hechos/necesidades o conveniencias. La “singularidad constitucional de las condiciones básicas” “no impide considerarlas como normas delimitadoras de los ámbitos competenciales del Estado y las Comunidades Autónomas” (STC 54/2002<sup>(14)</sup>). Y todo esto tras haber afirmado que el título es de limitación y no de delimitación. Había sostenido que la función del título competencial, con el contenido indicado, es la de condicionar las competencias de las Comunidades (o del Estado, que tampoco quedan excluidas): el título competencial del art. 149.1.1.º CE “lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales” (STC 173/1998<sup>(15)</sup>, FJ 9; STC 37/2002<sup>(16)</sup>, FJ 12).

Esta línea argumentativa le ha permitido, con posterioridad, resolver algún asunto, pero con una derivada: si el título limita, que no delimita, en tanto no haya

---

(13) Cita los siguientes ejemplos: “Así consta en la disposición final primera del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; en la disposición final octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; en la disposición final primera del Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones; o en la disposición final octava del Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad, entre otros ejemplos.” En todas estas disposiciones, salvo la última, se repite la fórmula que atribuye el fundamento constitucional al título del 149.1.1.º. Así, por ejemplo, en la Disposición final primera (“Título competencial) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, se establece, en el primer apartado: “esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1.º de la Constitución.”. En el segundo apartado, se reconoce que “la sección 2.ª del capítulo II del título II se dicta, además, al amparo de la competencia del Estado en materia de legislación procesal, conforme al artículo 149.1.6.ª de la Constitución”.

(14) STC 54/2002, de 27 de febrero de 2002(asunto: RI contra el art. único, apartado 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998, de 20 de abril).

(15) la STC 173/1998, de 23 de julio de 1998(Asunto: recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones).

(16) STC 37/2002, de 14 de febrero de 2002(asunto: cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 71/94 y 243/95, en relación con los arts. 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y 74.4, 93 n), 97.1 d) y 99 de la Ley de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad).

desarrollo, no puede desplegar tal funcionalidad. En el asunto resuelto por la STC 89/2017<sup>(17)</sup>, el Estado alegó que la legislación catalana que, entre otras cosas, imponía la obligación a distribuidores y exhibidores de películas de que el 50 por 100 de las copias distribuidas y exhibidas deben serlo en catalán invadía la competencia del artículo 149.1.1.º CE.

El Tribunal rechaza este argumento por cuanto, en el momento en que se planteó la controversia, no existía ninguna legislación del Estado en virtud de tal título. Y advierte: “el Tribunal ha abandonado la concepción del artículo 149.1.1.º CE como un precepto en sí mismo limitador de la acción legislativa de las Comunidades Autónomas”; niega “el carácter de límite directo al artículo 149.1.1.º CE” porque no hay legislación del Estado:

[En tanto que la legislación estatal] “«no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el artículo 149.1.1.º CE, *más que delimitar* un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado *condicione* –mediante, precisamente, el establecimiento de unas ‘condiciones básicas’ uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. En suma, si el Estado considera necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas estas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquellas» (SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9, y 178/2004, de 21 de octubre, FJ 7)”.

En consecuencia, “en ausencia de ejercicio efectivo por el Estado de la competencia atribuida en el artículo 149.1.1 CE, el ejercicio por la Comunidad Autónoma de sus competencias materiales no se ve sometida a límite alguno derivado de la simple atribución competencial que se realiza en tal precepto y solo en el supuesto de un ejercicio efectivo por el Estado de aquella competencia se producirá el desplazamiento de las regulaciones autonómicas que se le opongan, las cuales, mientras tanto, son plenamente aplicables en el caso de haber sido dictadas en ejercicio de competencias autonómicas propias.”

Por lo tanto, si el Estado, en virtud del título del 149.1.1.º CE, establece las condiciones básicas que aseguren la igualdad del ejercicio de cualquier derecho constitucional, incluidos los “derechos” del capítulo III, tal como el derecho de los consumidores a usar la lengua que consideren oportuno<sup>(18)</sup>, esas condiciones sí que pueden operar como “límite directo” de cualquier competencia autonómica.

---

(17) STC 89/2017, de 4 de julio de 2017(asunto: RI contra la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2010, de 7 de julio, del cine).

(18) STC 7/2018, de 25 de enero(asunto: RI contra Código de Consumo de Cataluña) reiteró la doctrina de la STC 89/2017 en relación con el derecho que el artículo 128-1 del Código de Consumo de Cataluña reconoce a las personas consumidoras, en sus relaciones de consumo, de acuerdo con lo establecido por



Así pues, de producirse dicha legislación (regulación) por parte del Estado, podrá tener dicha consecuencia jurídica, al margen, aquí está lo importante, del reparto competencial sobre la materia correspondiente. Se superpondría sobre dicho reparto y sus resultados normativos.

Además, como ya ha sido expuesto, sabemos que, al menos hay un ámbito material en el que el Estado en virtud del título del 149.1.1.º CE no limita, sino que delimita, es el de la protección social de personas que padecen discapacidad. Una muestra de cómo la interpretación constitucional va oscilando al justo ritmo de las exigencias de la justicia del caso.

## V. TÍTULO GENERAL / TÍTULO ESPECIAL

Otro intento de frenar la expansión del título ha sido el de su calificación como título competencial general. En tal caso, quedaba desplazado por cualquier otro “específico” o especial. Esta tensión se puso de relieve en el ámbito de la educación: el conflicto entre el título del 149.1.30.º con el del 149.1.1.º, o lo es lo mismo, entre las “normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución” y las “condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos”. El punto de conexión es, precisamente, el artículo 27 CE, o sea, el derecho a la educación. El Tribunal argumenta distinguiendo entre títulos “específicos” y “generales”; cuando ambos están contruidos sobre el mismo derecho fundamental se corre el riesgo de la vacuidad.

El primer intento vino de la mano de la STC 188/2001:

“Debemos comenzar nuestro examen por el art. 149.1.30 CE, que,...., constituye el precepto más específico.... La mayor especificidad del art. 149.1.30 CE se deriva de que mientras que la regla 1 del art. 149.1 CE se proyecta de modo genérico sobre todos los derechos fundamentales, el art. 149.1.30 CE, lo hace, de modo específico, sobre el derecho a la educación. De aquí que sea esta última regla competencial la que, en primer término, resulta aplicable al caso que ahora examinamos, pues aparece plenamente justificado que dichas becas, configuradas por el legislador orgánico como un elemento central para la garantía del derecho a la educación, sin mayor precisión normativa, sean reguladas de modo complementario por la normativa básica que le está atribuida al Estado para garantizar, precisamente, ese derecho”.

Esta interpretación sería asumida, también en el ámbito de la educación, por la STC 111/2012<sup>(19)</sup> en la que se reitera que:

---

el Estatuto de autonomía y la legislación aplicable en materia lingüística, a ser atendidas oralmente y por escrito en la lengua oficial que escojan.

(19) STC 111/2012, de 24 de mayo de 2012(Asunto: recursos de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional).

“en relación con la educación hay que recordar que se trata de una materia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas (por todas, STC 6/1982, de 22 de febrero, FJ 3), y que las competencias del Estado en materia educativa derivan, sobre todo, de lo dispuesto en las cláusulas 1 y 30 del art. 149.1 CE (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 15), arraigando dichas competencias en el derecho fundamental a la educación (art. 27 CE), cuyo ejercicio igualitario debe garantizar el Estado (STC 6/1982, FJ 3). El título específico que ostenta el Estado hace pasar a un segundo plano, como han reconocido las partes, el alcance de la cláusula general del art. 149.1.1 CE (STC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3), que se proyecta de un modo genérico sobre todos los derechos fundamentales (STC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 6)”.

Se trata de una argumentación forzada para evitar, como ya nos consta, la expansión del título del 149.1.1.º CE y, además, impedir un estrechamiento de las competencias autonómicas. No olvidemos que el legislador del 149.1.30.º CE es un legislador básico, lo que no sucede con el del 149.1.1.º CE porque, como ya hemos visto, “condiciones básicas” no se pueden confundir con bases o con legislación básica. Este voluntarismo, al final, tiende a chocar con la realidad.

En la STC 170/2014<sup>(20)</sup> se produce una quiebra, no por el lado del derecho fundamental, sino, precisamente, por el otro ámbito cubierto por el título del artículo 149.1.30.º CE (“Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales”). Ambos títulos “regulan condiciones”. Son los únicos preceptos en los que la Constitución utiliza estos términos. Inicialmente, podría entenderse que es el ámbito más propicio para que triunfase la lógica general / especial. Se trataba de resolver una impugnación relativa al acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. Pero faltaba la garantía de la igualdad; el potente instrumento en manos del Estado. El conflicto entre general / especial se convierte entre especial / igualdad.

El Tribunal, tras recordar la doctrina expuesta, afirma que “como el Estado tiene competencias exclusivas sobre la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales en virtud de lo previsto en el art. 149.1.30.º, en principio ha de prevalecer esta regla específica sobre la general que se deriva del art. 149.1.1.º CE”. A continuación, explica que “tampoco puede atribuirse carácter absoluto a esta consideración, y así, en la STC 201/2013, de 5 de diciembre, FJ 4, se declara que «en la competencia reservada al Estado en virtud del art. 149.1.30 CE subyace el principio de igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio español (art. 139.1. CE), que es un principio estrechamente vinculado a esta atribución competencial (STC 122/1989, FJ 5); es decir, se trata de una competencia directamente vinculada a las condiciones básicas que

---

(20) STC 170/2014, de 23 de octubre de 2014(Asunto: RI contra los artículos 2.2, 2.3, 7.2, 3 y 5, la disposición adicional segunda y la disposición final segunda, en relación con los artículos 4.3 y 7.7, de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales).

garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos en cualquier parte del territorio español y ligada asimismo a la garantía de libertad de circulación y establecimiento de los profesionales y a la libre prestación de los servicios (arts. 139 y 149.1.1 CE)»”.

Por lo tanto, la frontera entre lo general y lo específico se difumina. En lo específico “subyace” el principio de igualdad, de lo que deduce que “se trata de una competencia directamente vinculada” a la del artículo 149.1.1 CE. Se pasa de una relación de superioridad (lo específico desplaza a lo general) a otra de vinculación directa como consecuencia de que la igualdad subyace en la competencia específica. “La competencia sobre obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales se halla, así, directamente vinculada a las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos en cualquier parte del territorio español y está ligada asimismo a la garantía de libertad de circulación y establecimiento de los profesionales y a la libre prestación de los servicios (arts. 139 y 149.1.1 CE)”. ¿Cuál es la consecuencia? La competencia ejecutiva de acreditación de los cursos de capacitación de abogados y procuradores corresponde al Estado, en el ámbito de la competencia exclusiva reservada al mismo por el primer inciso del art. 149.1.30.º CE.

La conexión entre el título específico y el genérico permite que la competencia del Estado alcance hasta la acreditación de los cursos. El título competencial específico se refiere a la regulación; al sumarse, por el vínculo que establece la igualdad, la competencia general, conduce a que al Estado también le compete la acreditación de los cursos, o sea, una actividad que es estrictamente administrativa como es la de la comprobación de que los cursos son adecuados para la formación de abogados y procuradores:

“La acreditación de los cursos que integran la formación reglada de carácter oficial necesaria para la expedición de los títulos profesionales de abogado y procurador... conlleva la potestad de garantizar que los niveles de exigencia incorporados a los expresados cursos se adecuan a las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos en todo el territorio español”.

El tactismo judicial hace acto de presencia; el judicialismo, la justicia del caso concreto; el peso de las circunstancias/necesidades de la controversia a ventilar. El brazo ejecutor, el instrumento sería el título del art. 149.1.1.º CE porque “regulación” lo abarca todo, desde la función legislativa hasta la ejecutiva (dimensión institucional de las condiciones). Además, todo ello sin el lastre, al menos formal, de lo básico; es la regulación “eso sí, entera”, según la famosa expresión de la STC 61/1997<sup>(21)</sup>. El título va creciendo. Es autónomo, ciertamente; no sólo autónomo, sino potente. Muy potente. Puede servir de fundamento constitucional único de leyes y disposi-

---

(21) STC 61/1997, de 20 de marzo (Asunto: RRII contra la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y contra el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio).

ciones del Estado, como la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y el Real Decreto 1056/2014, de 12 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de emisión y uso de la tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad. ¿Cómo se ha producido esta transformación?

## VI. ORDENACIÓN MATERIAL DE UN SECTOR DE ACTIVIDAD

El título del 149.1.1.º CE era tradicionalmente considerado no sólo como un título general que cedía frente a los específicos, sino que, además, operaba como complemento de otros títulos. Aparecía asociado a otros, nunca en soledad. Son múltiples e innecesarios los ejemplos. El legislador estatal y el Tribunal se han coordinado para reproducir este patrón. Era otra manera de córtale las alas. Las condiciones básicas venían a completar la regulación, usualmente, básica del Estado. No era nada claro cómo lo básico de la regulación podía ser completado con lo básico de las condiciones. Hay como un trasvase de cualidades: lo básico de la legislación “contagia” lo básico de las condiciones a los efectos de permitir el desarrollo autonómico (o estatal), así como la igualdad de las condiciones básicas influye sobre lo básico de la legislación; el problema de la complementación se reduplica tanto en lo básico de la legislación como en lo básico de las condiciones. Es manifiesta la voluntad de recortar la fuerza expansiva del título 149.1.1.º CE. Esa voluntad termina, tarde o temprano, decayendo sin el soporte de la solidez de los argumentos, y el peso de las circunstancias de cada caso. Y así ha sucedido.

Es difícil saber si fue el Estado o el propio Tribunal. Al final, de consuno han reconocido la fortaleza del título. Como he dicho, probablemente ha sido el resultado de la necesidad, la de ofrecer una regulación que garantice la igualdad a ciertos colectivos sociales particularmente sensibles, como minusválidos y personas mayores; la que desarrolle los “derechos” de los artículos 49 y 50 CE<sup>(22)</sup>. Unos derechos ajenos al ámbito material del artículo 81 CE (reducido al “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”), pero no a la exigencia de igualdad. ¿Solución competencial? ¿Cómo se garantiza la igualdad? El título 149.1.1.º CE es el punto de partida. ¿Qué sucede con las personas en situación de dependencia? Ni los derechos del artículo 49 CE, ni los del 50 CE son suficientes. Ninguno de los preceptos constitucionales habla de las personas en situación de dependencia.

La potencia del título queda acreditada en que sirve de fundamento competencial a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia<sup>(23)</sup>. En la Exposición de Motivos

---

(22) STC 33/2014, de 27 de febrero de 2014 (Asunto: RI del Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 61/2003, de presupuestos generales del Estado para el año 2004).

(23) La Disposición final octava establece, que “esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el

se intenta entroncar con los derechos de los artículos 49 y 50 CE. Pero las situaciones de dependencia no se reducen a minusválidos y mayores. Situación de dependencia es definida como “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal” (art. 2.2). Edad, enfermedad y discapacidad son las causas que conduce a que una persona pase a depender de otra para disfrutar de su vida.

Nada arredra al Estado para regular, y no sólo regular, sino establecer un régimen jurídico para las personas en situación de dependencia. El objeto, enunciado en el artículo 1, es el de “regular las *condiciones básicas que garanticen la igualdad* en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español.” Por lo tanto, el Estado establece un sistema de garantía de la igualdad de todos los españoles en el disfrute del “derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”.

El Tribunal salva cualquier reproche de inconstitucionalidad y consagra el fundamento constitucional de la Ley 39/2006 con ocasión de la impugnación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio que modificó algunas de sus disposiciones. El Tribunal confirma, mediante la STC 18/2016<sup>(24)</sup>, el título competencial del Estado, el del artículo 149.1.1.º CE, con cita de la doctrina producida con anterioridad, con un añadido que intenta conectar con lo ya dicho: el “Tribunal ya ha reconocido la aplicación de este título competencial en relación con principios rectores directamente relacionados con el del sistema de atención a la dependencia, como son los de los arts. 49 y 50 CE. Así, la STC 33/2014, FJ 4, indica que «es, por tanto, posible promover, a través de la competencia reconocida al Estado en el art. 149.1.1 CE, mandatos, no ya genéricos sino específicos, recogidos en la Constitución como son los establecidos en el art. 50 CE, en relación con las personas mayores, o en el art. 49 CE, en relación con las personas discapacitadas; toda vez que se debe entender que los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del

---

ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1.º de la Constitución”.

(24) STC 18/2016, de 4 de febrero de 2106 (Asunto: RI interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad).

título I de la Constitución (entre los que se cuentan los recogidos en los citados art. 49 y 50 CE) pueden ponerse en conexión directa con la regla competencial ex art. 149.1.1.º CE.» Este intento de conectar con el pasado no es suficiente para justificar el salto.

Los principios rectores, no sólo los derechos constitucionales, pueden ponerse en conexión directa con el título 149.1.1.º CE. El problema es que, el ámbito regulado por el Estado por la Ley 39/2006, el de la dependencia, va más allá de minusválidos y mayores (principios rectores de los artículos 49 y 50 CE); y no sólo eso, sino que se regula un “sistema”, el “Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia” en el que el Estado, en virtud del título competencial 149.1.1 CE, crea y regula, además, de garantizar, el “derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”. De la “regulación de las condiciones básicas” a la regulación/creación de un “derecho subjetivo de ciudadanía” del que se benefician todos los que se encuentran en una situación de dependencia, en los términos ya señalados. Es un paso de gigante. Y el Tribunal salva la eventual inconstitucionalidad competencial aceptando que el Estado lo puede hacer sirviéndose de la competencia del artículo 149.1.1.º CE.

## VII. CONCLUSIONES

El título competencial del artículo 149.1.1.º CE tiene una fuerza expansiva que es razonable que se intente contener, pero los intentos de ponerle límites se puede decir que han fracasado. Probablemente por las dificultades de establecer un límite operativo que controle aquello que es más, muchísimo más, que un “mero” título competencial: una función esencial en manos del Estado.

Es razonable que el Tribunal no sea consecuente con sus pretendidas construcciones dogmáticas. Cierto, repite, como los cientos de veces que corea la sistematización de la doctrina sobre el artículo 149.1.1.º CE de la STC 61/1997<sup>(25)</sup>, pero hay otras tantas Sentencias en donde la sistematización y la dogmática se rinden a las circunstancias. Eso sí, el tiempo ha ido acrecentado las contradicciones, el conflicto entre lo que se quiere que sea y lo que es. En el año 2017 ya no hay complejo en reconocer que cuando se trata de proteger, por ejemplo, a los discapacitados, el Estado se puede valer del título competencial del artículo 149.1.1.º CE; o también cuando se crea un “sistema” en el que, incluso, se reconoce un nuevo derecho subjetivo, un “derecho subjetivo de ciudadanía” a las personas en situación de dependencia. El título indirecto que habilita el artículo 81.1 CE no es suficiente. Tampoco debería serlo, según la dogmática constitucional reiterada en numerosas

---

(25) STC 61/1997, de 20 de marzo (Asunto: RRII contra la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y contra el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio).

Sentencias, la competencia del artículo 149.1.1.º CE porque escapa de los derechos y deberes constitucionales.

Sin embargo, la “flexibilidad” del título competencial del 149.1.1.º CE le permite al Estado afrontar las necesidades de minusválidos (art. 49 CE), así como las de los mayores (art. 50 CE), o, en general las exigencias de “los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I de la Constitución (entre los que se cuentan los recogidos en los citados art. 49 y 50 CE) [que] pueden ponerse en conexión directa con la regla competencial ex art. 149.1.1 CE” (STC 18/2016, con cita de la STC 33/2014). Incluso, más allá, afrontar el empeño en construir un régimen jurídico con el que garantizar la igualdad a las personas en situación de dependencia.

La rigidez, inevitable, del alcance de la reserva de Ley orgánica, impide la habilitación indirecta del Estado. Nada, en cambio, insalvable, impide la conversión del título 149.1.1.º CE en uno para legislar las formalmente “condiciones básicas” con el objetivo de erigir un régimen jurídico de derechos para minusválidos y para mayores, e, incluso, las personas en situación de dependencia.

Son las paradojas de un título competencial, como los demás (autónomo, positivo y habilitante), pero menos que los demás (sólo las condiciones), que termina siendo más que los demás (régimen jurídico de un ámbito material que, al menos, formalmente, no permite un desarrollo legislativo autonómico). En el fondo, se trata de un título que está al margen del reparto competencial. Una idea extravagante, inicialmente, pero que ya estaba presente en las primeras consideraciones del Tribunal cuando se enfrentó al intento de sistematizar su doctrina.

En la importante STC 61/1997<sup>(26)</sup>, al llevar a cabo lo que denomina como la delimitación negativa y positiva de la competencia, el Tribunal afirma que:

“no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento –eso sí, entero– de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho –como en el caso de la propiedad del suelo–, no lo es menos, sin embargo, que la competencia ex art 149.1.1.º CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, *el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la*

---

(26) STC 61/1997, de 20 de marzo de 1997 (Asunto: recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y contra el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio).

*de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor; susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias”.*

Desde la poltrona que ofrece el artículo 149.1.1.º CE, el Estado fija unas condiciones, sólo básicas, que proyectan sus efectos sobre el poder competente, Estado o Comunidades, según el reparto competencial. Está al margen de este reparto, “*será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias*”.

Es la superioridad de la garantía de la igualdad en el disfrute de derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Es un título que es un supra-título, porque está por encima de los demás, y un mega-título, porque condiciona a todos los demás. Es la consecuencia de la superioridad de los derechos y deberes constitucionales. Es la superioridad de la igualdad. En el fondo, es el campo de lucha de la tensión entre igualdad y desigualdad; entre uniformidad y diversidad. En definitiva, la tensión que está en el corazón mismo del Estado de las Autonomías. Cuarenta años después sigue vivo y lo seguirá por mucho tiempo. Es la tensión que lo hace mantener vivo.

El título del 149.1.1.º CE es el mega título que la Constitución pone en manos del Estado para la garantía última del estatuto ciudadano común (básico, o sea, fundamental) de los españoles cuando se ve amenazado. El reto con el que se enfrenta el Tribunal constitucional es el de establecer unos criterios que permitan objetivar el establecimiento por el Estado de unas condiciones (limitadoras o delimitadoras; en función de la necesidad) de aseguramiento de la igualdad. El intento histórico de reconducirlo a la normalidad está condenado al fracaso. No es un título “normal”.



# Diálogos jurídicos

---

**TRABAJOS ACADÉMICOS**

---



# ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN: HOMOLOGACIÓN JUDICIAL, IMPUGNACIÓN E INCUMPLIMIENTO

FROILÁN GIGANTO RODRÍGUEZ

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONCEPTO DE ACUERDO DE REFINANCIACIÓN
- III. TIPOLOGÍA DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN
  - 1. **Acuerdos generales**
    - 1.1. Colectivos
  - 2. **La no obligatoriedad del informe del experto independiente**
- IV. ACUERDOS HOMOLOGABLES JUDICIALMENTE
  - 1. **Ámbito objetivo de la homologación**
    - 1.1. Concepto de pasivo financiero
  - 2. **Ámbito subjetivo**
- V. PROCESO DE HOMOLOGACIÓN
  - 1. **Solicitud. Plazo para instar la homologación**
  - 2. **Legitimación**
  - 3. **Competencia judicial**
  - 4. **Admisión a trámite y paralización de las ejecuciones**
  - 5. **Resolución de la homologación**
- VI. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS
  - 1. **Legitimación para impugnar**
  - 2. **Motivos de la impugnación**
    - 2.1. Concepto de sacrificio desproporcionado
- VII. CONCLUSIONES

**Resumen:** Este trabajo busca realizar un análisis de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> LC, incidiendo en sus dos principales ámbitos: (i) los requisitos que debe cumplir la homologación del Acuerdo de Refinanciación, para conseguir la extensión de los

efectos a los acreedores no firmantes del acuerdo; y (ii) la capacidad de impugnación del acuerdo por parte de estos acreedores, con especial atención al tratamiento jurisprudencial del sacrificio desproporcionado. Además, se analizará el proceso de homologación en sede judicial en sus diversas fases, desde el primer estudio meramente formal del acuerdo, por parte del juez competente para conseguir la protección ante una futura rescisión concursal, pasando por un proceso impugnatorio y, finalizando con los pasos a seguir en caso de incumplimiento.

**Abstract:** This paper wants to do a deep analysis of the Fourth Additional Provision of the Spanish Insolvency Act, getting into its two main fields: (i) the requirements that a Refinancing Agreement's homologation should comply with, to achieve the effect's extension for the dissenting or absent creditors; and (ii) the objection's capacity of these creditors, with especial regard to the judicial precedents in the disproportionate sacrifice's approach. Moreover, this paper addresses the homologation process in court in all its stages, from the merely form study of the agreement by the competent judge, to obtain protection against a future withdrawal due to an insolvency process, the objection proceeding, and ending with the steps to follow in case of non-compliance.

### I. INTRODUCCIÓN

A raíz de la profunda crisis económica vivida en nuestro país desde finales del año 2007, el legislador constató la inoperancia de muchos de los instrumentos que hasta ese tiempo venían siendo práctica habitual en la lucha contra la insolvencia de las empresas. Fue aquí, por tanto, cuando comenzó el cambio de paradigma que hasta ese momento regía nuestro Derecho Concursal, para evitar así la declaración de concurso que multitud de empresas tenían que afrontar, y que en un porcentaje sangrante se veían abocadas a la liquidación.

La primera reforma legislativa de calado en este sentido fue el RDL 3/2009, de 27 de marzo. En él se introducía por primera en nuestro ordenamiento jurídico los Acuerdos de Refinanciación, cuyo objetivo primordial era intentar corregir las dificultades financieras que pudiesen atravesar las empresas, para evitar así una declaración de concurso posterior, que muy probablemente resultase infructuosa. Más adelante, con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se añadiría a nuestra legislación otro de los puntos principales de este trabajo, la homologación en sede judicial de los Acuerdos de Refinanciación. Este trámite, que a primera vista podría parecer intrascendente, supuso un avance enorme en la eficacia de estos acuerdos, ya que permitía la posibilidad de extender los efectos del contenido del Acuerdo de Refinanciación a los demás acreedores disidentes o no firmantes, ampliando sobremanera la capacidad de éxito del mismo, y por ende, las posibilidades de que fuese cumplido.

Ya no sería hasta el RDL 4/2014, de 7 de marzo, cuando se realice la siguiente reforma legislativa, por la cual se introducen novedades respecto de las medidas legisladas en 2011. Uno de los aspectos que más cambios ha sufrido, fue el proceso de impugnación de los acuerdos homologados judicialmente. He de destacar la

deficiente redacción legislativa que en muchos aspectos caracteriza a esta última reforma, haciendo que este trabajo se nutra de abundante, y en ocasiones dispar, doctrina y jurisprudencia con la que se busca dar una explicación clara y concisa a los aspectos más controvertidos de la nueva redacción de la ley. Ciertos aspectos como la no obligatoriedad del informe de un experto independiente o la nueva concepción del sacrificio desproporcionado serán analizados con especial atención en este trabajo, debido al gran impacto que en la práctica judicial han supuesto la introducción de estos cambios.

## II. CONCEPTO DE ACUERDO DE REFINANCIACIÓN

Como aproximación al concepto de acuerdo de refinanciación podemos considerar que consiste en “cualquier acuerdo por el que un deudor conviene con sus acreedores la reestructuración de la deuda, frecuentemente persiguiendo nuevas ventajas financieras que mejoren la capacidad crediticia y patrimonial de aquél, y casi siempre la modificación o sustitución de las características de sus obligaciones”<sup>(1)</sup>. Sin embargo, esta definición no es lo suficientemente concreta, ya que no entra en lo esencialmente relevante para este trabajo, como es su acotamiento en el marco del Derecho Preconcurso. Por tanto, es importante resaltar a su vez, que el objetivo principal de estos acuerdos es facilitar o mantener, de una manera u otra, la viabilidad de la sociedad que, debido a un cúmulo de causas, pueda abocar al cese de la actividad económica de la misma. Este tipo de acuerdos se pueden considerar como el paso previo a un más que probable concurso de acreedores, si no se consiguen llevar a cabo. En muchos casos, incluso con la formalización de acuerdos de refinanciación, la sociedad se verá inmersa en un procedimiento concursal.

Ahora bien, debemos de enfocar estos acuerdos de refinanciación desde el punto de vista del Derecho *preconcurso*. No debe confundirnos, “el uso del prefijo *pre-* antepuesto a concurso, no sólo significa en este caso el período de tiempo que precede a su declaración, sino aquel en el que un deudor en dificultades económicas aún no ha sido declarado en concurso. Así, se utiliza para delimitar el período temporal en el que el deudor trata de evitar su concurso, y puede que lo consiga, a través de actuaciones preconcursales”<sup>(2)</sup>. Es decir, el Derecho *preconcurso*, no trata únicamente del momento anterior a la apertura del concurso de acreedores, sino que constituye, junto con los pagos extrajudiciales y la propuesta de convenios anticipados, los mecanismos *preconcursales* más importantes para intentar mantener la actividad empresarial.

---

(1) Rodríguez de Quiñones. A. (2015). “Tipología de los acuerdos de refinanciación”, pág. 60. En DÍAZ MORENO, A. *et al.* *Acuerdos de Refinanciación, Convenio y Reestructuración*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi.

(2) Olivencia Ruíz, M. (2015). “Concurso y Preconcurso”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 22/2015.

### III. TIPOLOGÍA DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

#### 1. Acuerdos generales

También conocidos como típicos, ya que son los que cumplen con los supuestos tasados en la Ley Concursal. Pueden ser colectivos o singulares y se caracterizan ser acuerdos que gozan de protección contra posibles acciones rescisorias posteriores por parte de los distintos acreedores.

##### 1.1. Colectivos

Son aquellos que cumplen los requisitos del art. 71bis.1 LC:

– Que **amplíe significativamente** el crédito disponible por el deudor. Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado y no estableciendo más parámetros para su delimitación, el Tribunal Supremo (STS 545/2017 de 15 de febrero de 2017) se ha pronunciado en los siguientes términos:

“La Ley más que establecer límites mínimos a esta ampliación “significativa” de crédito y/o aplazamiento de pago, optaba por una solución flexible y finalista, en cuanto que lo ligaba a que fueran objetivamente idóneos para la viabilidad de la empresa del deudor, a corto y medio plazo <sup>(3)</sup>”. En otras palabras, lo que se busca es asegurar que una vez alcanzado un acuerdo de este tipo, la viabilidad y el futuro de la actividad profesional sean objetivos más fáciles de alcanzar.

– Suscripción por una amplia mayoría del pasivo. Estableciendo al menos el compromiso por parte de tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de la rúbrica del acuerdo de refinanciación.

– Emisión de certificado del auditor de cuentas del deudor. Dar cuenta de que se cumplen los niveles de pasivo mínimos recogidos por este art. 71bis LC. En redacciones precedentes de la ley se instaba la elaboración de un informe favorable por parte de un experto independiente<sup>(4)</sup>. Por tanto, lo que este apartado expresa es que “no está requiriendo la realización de una auditoría del pasivo o en su caso pasivos financieros a la fecha del acuerdo, alcance que con la normativa vigente no podría realizarse, ya que no está permitido auditar componentes individuales de los estados financieros que componen las cuentas anuales<sup>(5)</sup>”, sino que se trata única y exclusivamente de certificar la suficiencia de pasivo para la homologación del acuerdo.

---

(3) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 545/2017 de 15 de febrero. F. D.º Tercero, 3ii). ECLI: ES:TS:2017:545.

(4) *Vid. infra* punto 3.2.

(5) Terreu Lacort, C. (2015). *Problemática del auditor ante la certificación de mayorías en los acuerdos de refinanciación*, pág. 6. La Ley 579/2015.

## 2. La no obligatoriedad del informe del experto independiente

Respecto a la novedad legislativa de establecer este informe como potestativo, este artículo ha dado lugar a opiniones contrapuestas en la doctrina. Por un lado, *DÍAZ ECHEGARAY* argumenta que “su eliminación supone un gran ahorro de tiempo y dinero, ya que facilita la posibilidad de alcanzar un acuerdo y, en la práctica resultaba innecesario dado que estos acuerdos se suscriben por entidades financieras que contaban con sus propios analistas”<sup>(6)</sup>. Sin embargo, otros autores como *RODRÍGUEZ-SAHAGÚN*, argumentan que “esta modificación no debería implicar grandes variaciones, ya que las compañías (especialmente las grandes empresas y aquellas en las que haya minoritarios “disidentes”) seguirán solicitando la actuación del experto independiente (además de la preceptiva del auditor) al objeto de modular la responsabilidad de los administradores del deudor o del acreedor en aquellos supuestos en que la operación pueda o se prevea que genere dudas”<sup>(7)</sup>.

En mi opinión, en este punto se mezclan visiones del plan de viabilidad totalmente contrapuestas, ya que el certificado no es más que la verificación de que todos los presupuestos formales se cumplen, sin entrar a valorar el fondo del asunto. Sin embargo, el informe del experto independiente supone un examen más en profundidad de las disposiciones que contenga el acuerdo, es decir, de la realización de un análisis más pormenorizado de la viabilidad de la empresa.

## IV. ACUERDOS HOMOLOGABLES JUDICIALMENTE

### 1. Ámbito objetivo de la homologación

La homologación judicial requiere cumplir con los apartados del art. 71 bis.1 a)-b) 2.º y 3.º LC tal y como se recoge en la DA Cuarta.1 LC. Estos requisitos son necesarios para que el Acuerdo de Refinanciación pueda gozar de la no rescisión de su contenido. Se debe destacar que para que el Acuerdo de Refinanciación vea sus efectos extendidos a los acreedores disidentes se trata otro supuesto distinto<sup>(8)</sup>. En esta DA Cuarta.1 LC, se establece que será necesario 51% de los pasivos financieros en el momento de su adopción para poder llevar a cabo la homologación judicial del acuerdo. El concepto de pasivos financieros es problemático, aunque debemos entender que “excluye los créditos que provengan de operaciones de comercio y de relaciones de derecho público (sanciones administrativas, cotizaciones de seguridad

---

(6) Díaz Echegaray, J.L. (2015) *Los acuerdos de refinanciación*, pág. 52. Cizur Menor (Navarra). Editorial Civitas.

(7) Rodríguez-Sahagún, M.A. (2014) *Los hilos sueltos de la Ley Concursal*. El Economista, 10 de abril de 2014.

(8) *Vid. infra* punto 4.2.

social, tributos fiscales, etc.)<sup>(9)</sup>". Ahora bien, para el cómputo de esta mayoría no se contabilizarán tampoco los pasivos no financieros que se hayan adherido voluntariamente al acuerdo de refinanciación o aquellos pasivos financieros que tengan la consideración de *especialmente relacionados con el deudor*, que podrán ser aquellas relacionadas con la persona refinanciada de carácter físico (art. 93.1 LC), o jurídico (art. 93.2 LC).

En opinión de AZOFRA VEGAS, "cabe la posibilidad de que los acreedores financieros especialmente relacionados con el deudor se adhieran voluntariamente al Acuerdo de Refinanciación, o que se les extiendan coactivamente los efectos del mismo en la medida en que se cumplan los requisitos generales para ello"<sup>(10)</sup>. Es decir, aunque dichos créditos queden excluidos del cómputo de las mayorías necesarias para que el acuerdo (una vez homologado en sede judicial) despliegue sus efectos, dichos créditos se podrán ver afectados por las medidas acordadas en el acuerdo, ya sea por voluntad propia o porque se alcancen los quórums suscriptores previstos en la DA Cuarta.3 y.4 LC.

### 1.1. Concepto de pasivo financiero

La DA Cuarta.1 3.º LC expresa que "tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera". El término de pasivo financiero se puede enfocar aquí desde el punto de vista del art. 36.1.b) del Código de Comercio: "*las obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, cuya extinción es probable que dé lugar a una disminución de recursos que puedan producir beneficios económicos. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones.*"

Sin embargo, considero que una definición de pasivo financiero más completa a efectos concursales sería: "el titular de endeudamiento financiero hace referencia a cualquier acreedor que haya suministrado fondos o efectivo, incluyendo acreedores como las entidades de crédito, con independencia del instrumento con el que se haya formalizado y de las garantías exigidas, así como otras personas, entidades o intermediarios ya sean sometidos o no a supervisión financiera y que hayan financiado a la empresa mediante los mercados de capitales (bonos, pagarés, etc..) o de forma bilateral o multilateral (préstamos sindicados, etc..)"<sup>(11)</sup>. Esta interpretación es clara

---

(9) Ferreiro Aparicio, A. (2014). *La homologación de los acuerdos de refinanciación*. Revista Jurídica octubre 2014. Banca y Empresa.

(10) Azofra Vegas, F. (2017). *Cómputo del pasivo financiero en la homologación judicial de acuerdos de refinanciación (I)*, pág. 6. La Ley 6751/2017.

(11) Español Pérez, R. (2016). *¿Qué debemos entender por pasivo y pasivo financiero?* 19 de octubre de 2016. Auditoría & Co. El portal de la auditoría. Extracto basado en la consulta realizada al ICAC (Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas) sobre la correcta interpretación de los términos "pasivo", "pasivos



a la hora de apuntar que no existe diferenciación alguna entre entidades financieras o no, y los distintos instrumentos aplicables utilizados.

Ahora bien, ante la falta de definición legal y la posible modulación que se extrae de la primera consulta del BOICAC 102/2015 de junio de 2015, la distinta jurisprudencia<sup>(12)</sup> coincide en la remisión a la Norma de Registro y Valoración 9.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad para su concreta definición. La misma establece que “los instrumentos financieros se clasificarán como pasivos financieros siempre que de acuerdo con su realidad económica supongan para la empresa una obligación contractual, directa o indirecta, de entregar efectivo u otro activo financiero, o de intercambiar activos o pasivos financieros con terceros en condiciones potencialmente desfavorables. También se clasificará como un pasivo financiero, todo contrato que pueda ser o será, liquidado con los instrumentos de patrimonio propio de la empresa”<sup>(13)</sup>.

## 2. Ámbito subjetivo

Desde la promulgación del RDL 4/2014<sup>(14)</sup>, la LC contempla la posibilidad de que el contenido de un acuerdo de refinanciación homologado, pueda extender sus efectos a acreedores que no lo suscribieron en su momento y, por tanto, no formaron parte de la negociación del acuerdo, como se recoge en la DA Cuarta LC puntos 3 y 4. Esta extensión tiene dos justificaciones muy claras. Por un lado, el legislador, al permitirlo, prima el interés de la colectividad de los acreedores (siempre que alcance los quórum suscriptores) para ver satisfechas sus deudas, sobre el interés individual de aquél que decida no adherirse. Por otro lado, y como ya viene siendo una constante a lo largo de este trabajo, la extensión de efectos se justifica a través del interés público que para la sociedad supone la continuidad de la actividad empresarial, con todo lo que ello conlleva, como el mantenimiento en la medida de lo posible de los puestos de trabajo.

Esto supone una clara excepción al principio de relatividad de los contratos del art. 1257 del Código Civil por el cual los *contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*. Ahora bien, “no supone una *judicialización* de los acuerdos de refinanciación sino tan solo un procedimiento encaminando a

---

financieros” y “grupo” regulados en el artículo 71.bis y la Disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. n.º de BOICAC: 102/JUNIO 2015, n.º consulta 1.

(12) Sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 24 de octubre de 2016 (caso Abengoa); y del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Barcelona de 29 de noviembre de 2016 (caso FCC).

(13) Definición en consonancia con la contenida en la NIC 32 y en el Reglamento (CE) 1126/2008 de 3 de noviembre, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo.

(14) Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

vincular a terceros acreedores a lo acordado en un acuerdo que suscribieron<sup>(15)</sup>, es decir, no existe un proceso en el que un juez decida sobre los presupuestos concretos del acuerdo, sino que existe un proceso judicial que homologa el acuerdo de refinanciación y determina si en él se cumple con unos presupuestos tasados en la ley, y sus efectos se extienden a los acreedores como colectivo, con el fin de salvaguardar los intereses de todos ellos. La principal distinción para que a los acreedores disconformes no se les haga extensivo el acuerdo es que gocen de algún tipo de garantía real, con la salvedad de la parte del crédito que exceda el valor de dicha garantía real, ya que a estos no se les extenderán los efectos del Acuerdo de Refinanciación (DA Cuarta.3 LC).

### V. PROCESO DE HOMOLOGACIÓN

Los Acuerdos de Refinanciación que estamos analizando se caracterizan por ser procedimientos de insolvencia *híbridos*, lo que supone que se alcanzan por el cauce extrajudicial, pero se insta la homologación judicial para protegerse de futuras de impugnaciones o para extender los efectos de los mismos a los acreedores disidentes<sup>(16)</sup>. Esto supondrá un control de legalidad en base a los requisitos de la DA Cuarta.1 LC, con la salvedad del concepto del *sacrificio desproporcionado*<sup>(17)</sup>.

#### 1. Solicitud. Plazo para instar la homologación

Se ha de presentar necesariamente por escrito, acompañado de la firma de abogado y procurador, en consonancia con el art. 23 LEC. En esta misma dirección apunta SENÉS MOTILLA resaltando que “a diferencia de otros procedimientos de jurisdicción voluntaria que permiten sustanciar controversias concretas (*cf.* art. 1.2 *in fine* LJV), el procedimiento de homologación es un procedimiento unidireccional (sin contradicción), cuya resolución definitiva carece del efecto de cosa juzgada material, sin perjuicio del carácter tasado de los motivos de impugnación de la homologación<sup>(18)</sup>”. Es decir, la homologación en sede judicial supone una especialidad dentro de los actos de jurisdicción voluntaria, ya que únicamente produce efectos declarativos, en el sentido de que el objetivo que se busca con esta homologación es la no rescisión del acuerdo por terceros, dejando de lado los motivos de impugnación<sup>(19)</sup>, y por otro lado la posible extensión de los efectos del acuerdo a los acreedores disidentes,

---

(15) López Sánchez, J. (2012). *El proceso concursal*, pág. 46. Cizur Menor (Navarra). Editorial Aranzadi.

(16) *Vid. supra* punto 4.2.

(17) *Vid. infra* punto 6.2.

(18) Senés Motilla, C. (2018). El proceso de Homologación Judicial de los Acuerdos de Refinanciación, págs. 147-165. En CAMPUZANO/ROJO *et al.* *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración. X Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*. Cizur Menor (Navarra). Editorial Aranzadi.

(19) *Vid. infra* punto 6.2.

aunque en ninguno de los dos casos entrando a valorar *el fondo* del asunto, en el sentido de que impera el principio de autonomía de la voluntad.

No será necesario que previa a esta solicitud se haya realizado una comunicación al juzgado competente siguiendo el art. 5 bis LC, aunque sí será habitual. En lo referente al certificado del auditor de cuentas, aunque en un primer momento el deudor solo busque la protección rescisoria del art 71 bis LC y requiera un quórum del 60% del pasivo financiero, si a posteriori buscara la ampliación de dicho quórum para la consecución de la extensión de los efectos a los acreedores disidentes, bastaría con realizar una ampliación de dicho certificado para la consecución de tales fines<sup>(20)</sup>.

En lo referente al plazo, la DA Cuarta LC no establece ningún plazo determinado para instar la homologación, aunque resulta de vital importancia apuntar que éste no podrá presentarse hasta que no se haya llegado a un acuerdo definitivo. Por otro lado, tampoco podrá ser simultáneo a la comunicación prevista en el art. 5 bis LC ya que ésta, si bien no es obligatoria, habrá de producirse siempre de manera precedente<sup>(21)</sup>.

## **2. Legitimación**

Como se recoge en la DA Cuarta.5 LC, gozan de legitimación para instar la homologación judicial tanto el deudor como cualquiera de los acreedores que hayan suscrito el Acuerdo de Refinanciación. Se ha de puntualizar que tales legitimaciones no son en ningún caso subsidiarias, es decir, los acreedores firmantes del Acuerdo de Refinanciación pueden instar la homologación en cualquier momento, incluso cuando el deudor no esté interesado o se oponga a la misma. Esta potestad se incluyó con la *Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, como respuesta al interés directo que tienen los acreedores firmantes en que, si se cumplen los quórums necesarios, se extiendan los términos del Acuerdo de Refinanciación al resto de acreedores de pasivos financieros.

## **3. Competencia judicial**

Tal y como se recoge en el DA Cuarta.5 LC será competente el juzgado de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para conocer de la declaración del concurso de acreedores (art. 8 LC). En el caso de solicitudes conjuntas de homologación por parte de sociedades del mismo grupo, tal y como se establece en el art. 25.4 LC,

---

(20) Nieto Delgado, C. (2012). “Homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”, pág. 30. En MARTÍN MOLINA, P.B. *et al. La reforma de La Ley Concursal analizada por especialistas*. Madrid. Editorial Dykinson.

(21) Art. 5.1 bis LC que reza lo siguiente “El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente... que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta...”.

será competente el juez *del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo y, si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante o, en supuestos en que el concurso no se solicite respecto de ésta, el de la sociedad de mayor pasivo*. Este supuesto es muy interesante, a fin de evitar resoluciones contradictorias en los distintos procesos de homologación que se hubiesen iniciado.

#### 4. Admisión a trámite y paralización de las ejecuciones

Una vez presentada la solicitud de la homologación y antes de entrar a examinar el fondo del asunto, procede el examen de la admisibilidad de dicha solicitud. En las redacciones precedentes de la LC, este papel correspondía al Secretario Judicial (hoy LAJ), el cual, mediante el oportuno Decreto, admitía a trámite y decretaba la paralización de las ejecuciones por el plazo máximo de un mes. Sin embargo, con la actual redacción de la DA Cuarta LC, esta labor ya no corresponde al LAJ sino al Juez, que realizará el oportuno examen y emitirá la correspondiente providencia. En ella el Juez examinará todos los aspectos imprescindibles ya comentados en este trabajo, tales como documentos exigidos, competencia, legitimación, etc. Si procede declarar la inadmisión de la solicitud de la homologación, ésta tendrá la forma de Auto motivado, siguiendo lo dispuesto en el art. 206.1 LEC. En mi opinión, este cambio legislativo no tiene una causa lógica al atribuir al juez un primer examen, cuando este no este de tipo jurisdiccional, siendo más lógico que esta labor la siguiese desempeñando el LAJ.

En el plano ya de la *paralización de ejecuciones singulares*, sería lo lógico acotar las mismas a las estrictamente necesarias para la continuidad empresarial. Sin embargo, el art. 5 bis.4 LC y la DA Cuarta.5 LC establecen que estas paralizaciones afectan a todos los bienes, sean o no necesarios para la continuidad de la actividad de la empresa<sup>(22)</sup>. Por tanto, esta referencia genérica a “ejecuciones singulares” se hace extensible a las que se encuentren ya en marcha, como a las que en el momento de la solicitud de la homologación no se hayan iniciado todavía. Ahora bien, esta paralización no surtirá efectos desde el momento de la solicitud de la homologación, sino desde que se emita la providencia admitiéndola a trámite, sin que tenga por tanto carácter retroactivo<sup>(23)</sup>.

Una vez admitida a trámite dicha homologación el Juez gozará de un plazo de 15 días para homologar efectivamente el acuerdo, mediante un examen de todos los requisitos legales explicados previamente<sup>(24)</sup>. “En realidad, la ley hubiera podido ahorrarse el trámite de admisión, pues entre ésta y el pronunciamiento sobre la homologación no existe ninguna actuación que justifique la dualidad de decisiones, y en

---

(22) Magdaleno, A. y Beneyto, K. (2015). *Aspectos procesales de la práctica concursal*, Óp. Cit. pág. 30.

(23) *Ibíd.* pág. 31.

(24) *Vid. supra* punto 4.

la actualidad ambas corresponden al juez. A la postre se trata de un doble examen, uno más formal, y otro esencialmente sustantivo, que podría haberse simplificado en uno solo, pues contribuye inevitablemente a la dilación de la toma de decisión sobre la homologación<sup>(25)</sup>”.

## 5. Resolución de la homologación

Una vez admitida a trámite la solicitud de la homologación, y aunque pudiera parecer una contradicción, la tantísimas veces citada en este trabajo DA Cuarta LC no contempla ningún procedimiento o trámite que realizar en este momento procesal. Por tanto, el juez tendrá el plazo antes mencionado de 15 días para, mediante Auto, resolver sin que proceda un proceso de contradicción entre las partes, ni la audiencia de las mismas, ni la práctica de ningún tipo de prueba. Todo esto nos lleva de nuevo a argumentar que en realidad nos encontramos ante un expediente de jurisdicción voluntaria, con la salvedad de que también podría valorarse como un procedimiento de carácter híbrido, ya que en un primer momento el acuerdo se consigue de manera extrajudicial, y una vez conseguido, es cuando los legitimados se dirigen a la sede judicial a instar su homologación, si lo consideran pertinente<sup>(26)</sup>.

## VI. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS

### 1. Legitimación para impugnar

La DA Cuarta.7 LC recoge que “*dentro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo...*”. Es decir, para adjetivarlos a todos con una palabra, los acreedores disidentes podrán impugnar el contenido, ya que no han consentido en el mismo y sin embargo se ven afectados por las disposiciones que en el acuerdo se contengan. Aspecto importante a resaltar, como ya viene siendo una constante en este trabajo, es el carácter financiero de los acreedores incluidos en esta DA Cuarta LC. Se habrá de tener en cuenta que las personas especialmente relacionadas con el deudor, están excluidos para el cómputo de las mayorías necesarias para la homologación ex art. 93.1 y.2 LC, pero si la homologación del acuerdo conlleva la extensión de los efectos, estos se verán afectados por el mismo<sup>(27)</sup>.

---

(25) Sancho Gargallo, I. (2015). “Homologación, eficacia, impugnación y rescisión de acuerdos de refinanciación”. pág. 160. En DÍAZ MORENO, A. *et al. Acuerdos de Refinanciación, Convenio y Reestructuración*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi.

(26) Sancho Gargallo, I. (2017). *La rescisión concursal*, pág. 285. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.

(27) Tendrán esta consideración cónyuges, familiares, socios, administradores, liquidadores, apoderados, sociedades del mismo grupo, etc.

## 2. Motivos de la impugnación

Tal y como se recoge en la DA Cuarta.<sup>7</sup> LC “*los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.*” Dentro de los mismos podemos distinguirlos en dos grupos. Por un lado, tenemos el motivo meramente formal, consistente en la constatación de si concurren los quórum suscriptores exigidos por ley. Por otro lado, tenemos un control que permite entrar en el fondo, aunque sea de manera limitada. El legislador, aunque aparente una intención de limitar la impugnación, no va más allá y mantiene un cierto control a través del concepto indeterminado del “sacrificio desproporcionado”. De la interpretación que se haga de ese concepto dependerá el ámbito de la impugnación.

Es decir, solo existen dos mecanismos para poder impugnar la homologación por parte de los acreedores disidentes, no haber alcanzado las mayorías requeridas en la ley o haber soportado un sacrificio desproporcionado. Este último concepto necesita una explicación en profundidad ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado que ha llevado a un extenso análisis por parte de la jurisprudencia.

### 2.1. Concepto de sacrificio desproporcionado

Este concepto fue introducido en el ordenamiento español a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que llevó a cabo una profunda renovación de la Ley Concursal precedente del año 2003. En la misma se regula la DA Cuarta LC de manera novedosa para permitir la homologación de los Acuerdos de Refinanciación. En ese momento, la norma era muy restrictiva en cuanto a la aplicación de la posible extensión de los efectos, ya que únicamente podía afectar a los acreedores financieros que no gozasen de una garantía real (el sistema buscaba maximizar el beneficio de los acreedores), y como único punto a tratar el de las esperas pactadas, con un máximo de espera de tres años, donde, estaba excluida la posibilidad de iniciar ejecuciones singulares contra el deudor. A su vez, el juez debía, en una primera valoración del asunto, durante el trámite inicial de la homologación, comprobar la consecución de todos los requisitos formales y, además, analizar si el contenido material del acuerdo constituía un *sacrificio desproporcionado* para los acreedores no firmantes del Acuerdo de Refinanciación. A día de hoy estos requisitos ya se han visto superados por la evolución de la ley y la jurisprudencia asociada a la misma.

Todo esto lleva a CARRASCO PERERA a definir el sacrificio desproporcionado como la situación en la que “el acuerdo de refinanciación obliga a los acreedores discrepantes a soportar un dividendo concursal inferior a la cuota de liquidación que les hubiera correspondido de haberse llegado directamente a la venta de los activos del concurso. Ningún acreedor está obligado a sacrificarse más allá de su cuota hipotética de liquidación para sostener la continuidad de una empresa

insolvente<sup>(28)</sup>". Es decir, habría que realizar un análisis hipotético de la situación en la que quedaría el acreedor de no llevarse a cabo la homologación y, en consecuencia, cual habría sido la cuota de sus créditos que habría visto satisfecha en el proceso de liquidación. En este análisis se deberá entender de manera singular al deudor, con independencia de que forme parte de un grupo de empresas.

Ahora bien, este no es el único motivo contemplado por la jurisprudencia para establecer los parámetros que midan la proporcionalidad del sacrificio efectuado por el acreedor disidente, como claramente se establece en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Sevilla, de 25 de septiembre de 2017, referente al caso Abengoa:

*“En primer lugar, que el sacrificio es innecesario porque, de un lado, no se producirá la continuidad de la actividad empresarial de las deudoras a pesar del sacrificio, y, de otro lado, porque el plan de viabilidad no exige para alcanzar tal continuidad el sacrificio exigido a los no adheridos, es decir, el sometimiento a los Términos de Reestructuración Estándar. Y, en segundo lugar, porque el sacrificio exigido no es equitativo, ni respecto de la propia situación de los acreedores financieros disidentes ni respecto del sacrificio exigido a otros acreedores”<sup>(29)</sup>.*

Entrando más a fondo en lo expuesto en esta sentencia, el juez del caso Abengoa establece el carácter excepcional de un Acuerdo de Refinanciación se sustenta en la viabilidad de la empresa, en el sentido de que lo que se pretende con el mismo es el aseguramiento de la actividad empresarial, y no solamente la supervivencia y no disolución de la empresa. “En relación con el grado de certidumbre, el juez establece que no debe realizarse un análisis sobre la posible (o imposible) continuidad de la actividad empresarial, sino que lo relevante será que la probabilidad de que continúe la actividad empresarial supere a la probabilidad de que no lo haga<sup>(30)</sup>”.

Respecto al plazo temporal objeto de estudio de este *sacrificio desproporcionado*. El juez concluye que al no existir una mención expresa en la Ley Concursal cabe remitirse al art. 4.1 de la Propuesta de Directiva Comunitaria<sup>(31)</sup> donde se enuncia que “los Estados miembros se cerciorarán de que, cuando exista riesgo de insolvencia, los deudores con dificultades financieras tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva eficaz que les permita reestructurar sus deudas o empresa, restablecer su viabilidad y evitar la insolvencia”.

Resulta, cuanto menos chocante, que dicho análisis no se realice en un primer momento (como se hacía en una primera redacción de la ley), de oficio por parte del

---

(28) Carrasco Perera, A. (2014). *El “valor de la garantía real” y el “sacrificio desproporcionado” en los acuerdos de refinanciación del RD Ley 4/2014*. Análisis GA&P Marzo 2014.

(29) Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla. Sentencia n.º 442/2017, de 25 de septiembre. (F. Derecho Primero). ECLI: ES:JMSE:2017:675.

(30) Cáneva Lobato, A.M. (2018). *El sacrificio desproporcionado: últimas tendencias jurisprudenciales*, pág. 6. La Ley 1457/2018.

(31) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre *marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración*, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE.

juez competente, y se posponga hasta un proceso de impugnación posterior donde el posible sacrificio desproporcionado ya haya hecho mella en los acreedores. Sin embargo, como ya he hecho mención anteriormente<sup>(32)</sup>, no se estipula proceso contradictorio alguno en esta primera fase del proceso homologatorio y, por tanto, sólo se realiza un examen aparente de los aspectos formales y de mayorías recogidos en la LC. Una vez metidos de lleno en el proceso de impugnación “sí cabe analizar los dictámenes periciales aportados y las explicaciones y argumentos ofrecidos por quien tiene la carga de la prueba: los impugnantes. A partir de ello, llega a la conclusión de que el requisito de proporcionalidad no se cumple si se prevé la inviabilidad de las deudoras, que en este caso se refería a determinadas filiales. Por ello, se estimó la impugnación del acuerdo, porque se consideró que el esfuerzo era innecesario e inútil (en relación al caso Abengoa)<sup>(33)</sup>.” Ahora bien, no merecerá el mismo análisis si la disidencia es del 5% o del 15%, siendo necesario demostrar una mayor desproporción cuanto mayor sea el porcentaje de disidencia del acuerdo.

## VII. CONCLUSIONES

1. Es un hecho que los requisitos para homologación judicial del acuerdo se han ido “relajando” con el paso de los años. El mejor ejemplo de ello es la no obligatoriedad del informe de un experto independiente. Ello supone un paso atrás considerable en la seguridad jurídica que en el pasado este informe proporcionaba al proceso homologatorio. Hoy en día la homologación judicial, sin tener en cuenta la posible impugnación posterior, no es más que una verificación del cumplimiento formal de los requisitos tasados por la LC. Teniendo en cuenta que este informe se ha sustituido por un certificado del auditor cuentas del deudor, con el (posible) carácter parcial que pueda acarrear, no hace sino confirmar mis dudas de que la agilidad procesal ganada con este cambio no se acabe tornando en un perjuicio para los acreedores, ya que el control jurisdiccional que se le presupone al juez competente se ve menoscabado, al no permitirle el examen del fondo del acuerdo o siquiera posibilitar un proceso contradictorio con audiencia de los acreedores afectados.
2. Además, resulta muy ilustrativo el hecho de que la última redacción de la LC no establezca un límite a la cuantía de las quitas que puedan llegar a acordarse, siempre sin perjuicio del sacrificio desproporcionado que se pueda alegar. Puede considerarse un acierto para la viabilidad de las empresas y sobre todo para el mantenimiento de los puestos de trabajo, ya que las quitas con porcentajes cercanos al 100% de la deuda permiten que

---

(32) *Vid. supra* punto 5.5.

(33) Bautista, M. (2017). *Homologación de acuerdos: el sacrificio necesario*. Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 936, pág. 12. 28 de diciembre de 2017.



concurros que en otro tiempo hubiesen tenido como resultado una inevitable liquidación, ahora tienen muchas más posibilidades de fructificar.

3. Existen únicamente dos supuestos posibles para la impugnación del acuerdo, dejando muy claro la preferencia del legislador por la eficacia del acuerdo homologado. A pesar de ello, la concepción jurisprudencial del sacrificio desproporcionado permite al juez, al cual se le niega la posibilidad de un examen en profundidad en el momento de la homologación, que en este momento procesal pueda realizar un estudio pormenorizado de la proporcionalidad de las medidas acordadas gracias a la amplitud de este concepto.
4. Respecto a este sacrificio desproporcionado cabe destacar que su análisis se llevará a cabo estudiando caso por caso las circunstancias inherentes a cada acreedor disidente. La comparación con el resto de acreedores cuya posición sea similar o los efectos singulares que se produzcan serán la clave de valoración, no permitiéndose una valoración de carácter general ni abstracta sobre el conjunto de acreedores.



# LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

## THE PERMANENT REVISABLE PRISON PUNISHMENT

LUCÍA GUERRA DÍAZ

*TFG Grado en Derecho. Universidad de Oviedo.*

---

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE CONFORME A LA L.O. 1/2015, DE 30 DE MARZO (RCL 2015, 439, 868)
  - 1. **Ámbito de aplicación**
  - 2. **Forma de ejecución**
- III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PENA. DISCUSIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE
  - 1. **Prohibición de penas inhumanas y tratos crueles y degradantes**
  - 2. **Derecho a la libertad**
  - 3. **Principio de legalidad**
  - 4. **Peligrosidad y principio de reinserción social**
- IV. CONCLUSIONES

**Resumen:** La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introdujo en el Código Penal la pena de prisión permanente revisable. Erigida como la pena más grave contemplada en nuestro sistema jurídico, está prevista solo para los delitos considerados de especial gravedad que justifican una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión indeterminada pero sujeta a un régimen de revisión que permite obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias.

Son muchos los juristas que consideran que la prisión permanente revisable es inconstitucional por tener un régimen jurídico incompatible con ciertos principios constitucionales. A la espera de que el Tribunal Constitucional se pronuncie a cerca de su eventual inconstitucionalidad, los órganos jurisdiccionales españoles ya han comenzado a aplicarla.

**Abstract:** The reform operated by Organic Law 1/2015, of March 30, added a new punishment to the Penal Code called permanent revisable prison. Being the gravest punishment of our legal system, is only applicable in extraordinary, serious crimes where an extraordinary response is justified through the imposition of a permanent prison sentence and a revision system that allows to obtain freedom conditioned to the fulfillment of certain requirements.

There are many jurists that consider permanent revisable prison is unconstitutional for having a legal regime incompatible with the constitutional principles. While waiting for the Constitutional Court to make a statement about its eventual unconstitutionality, the Spanish courts have already begun to apply it.

**Palabras clave:** pena, prisión permanente revisable, inconstitucionalidad, reinserción social.

**Keywords:** punishment, permanent revisable prison, unconstitutional, social reintegration.

### I. INTRODUCCIÓN

La prisión permanente revisable, prevista en la regulación de la mayoría de los países de nuestro entorno europeo más próximo, fue introducida en el catálogo de penas de nuestro Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, configurándose como la más grave de las contempladas por nuestro ordenamiento jurídico.

Esta pena no es una figura extraña en el sistema jurídico español. Aunque no exista un antecedente legal inmediato, pues ningún código penal español elaborado a lo largo del siglo XX ha incluido la pena de prisión a perpetuidad, a lo largo del siglo XIX esta pena ha estado presente bajo distintas denominaciones en la normativa penal española.

Su incorporación a nuestro sistema jurídico penal generó un gran debate en el ámbito jurídico, político y social, y actualmente continúa siendo uno de los temas más candentes en nuestra sociedad.

Por ello, especialmente relevante resulta el análisis crítico de la prisión permanente revisable, pues a través del examen de las diferentes posturas doctrinales se tratará de determinar si esta choca con nuestra Carta Magna o el Derecho Europeo.

### II. LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE CONFORME A LA L.O. 1/2015, DE 30 DE MARZO

La prisión permanente revisable es una pena privativa de libertad, de duración indeterminada, que será impuesta únicamente en supuestos de especial gravedad, taxativamente establecidos, que está sujeta a un régimen de revisión, tras el cumplimiento de una serie de requisitos, que permitirá obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias.

## 1. Ámbito de aplicación

La aplicación de esta figura está reservada exclusivamente para una lista cerrada de delitos considerados especialmente graves. Este *numerus clausus* de delitos, conlleva que la pena de prisión permanente revisable solo se pueda imponer, con carácter preceptivo, por la comisión de los delitos previstos en el código. Así, los delitos que constituyen el ámbito de aplicación de esta pena son:

- Delitos contra la Corona, esto es, la muerte del Rey o la Reina o el Príncipe o la Princesa de Asturias.
- Delitos de terrorismo.
- Delitos contra la Comunidad Internacional, que abarcan los delitos contra el derecho de gentes, de genocidio y de lesa humanidad.
- Delito de asesinato, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:
  1. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad física o mental.
  2. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.
  3. Que el delito se cometa por quien pertenezca a un grupo u organización criminal.
  4. Que el reo de asesinato hubiera sido condenado por la muerte de dos o más personas.

Respecto de estas circunstancias, con motivo de las sentencias en virtud de las cuales se ha impuesto esta pena, surgen las siguientes cuestiones controvertidas. En relación con la primera de ellas, se plantea la posible conculcación del principio *non bis in ídem*<sup>(1)</sup>. Así, si la única circunstancia cualificadora que permite convertir un homicidio en asesinato, es la llamada alevosía de desvalimiento (esto es, aquella que se aprovecha de una especial vulnerabilidad de la víctima), no cabrá entonces apreciar nuevamente esta vulnerabilidad de la víctima para agravar el asesinato por la vía de la circunstancia primera de ser la víctima persona especialmente vulnerable, pues ello implicaría *bis in ídem*, al estar sancionando dos veces un mismo hecho. De otro lado, continuando con la circunstancia primera, en las sentencias 3/2018 de la Audiencia Provincial de Guadalajara y 100/2018 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, se observa una tendencia a imponer la prisión permanente revisable por aplicación del principio de alternatividad, que supone que se impondrá la pena más grave sobre la menos gravosa, en aquellos supuestos en que se dan dos

---

(1) En este sentido, señala el Tribunal Supremo en su sentencia 716/2018, de 16 de enero de 2019, FJ. 7, que “ya advertía el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto que daría lugar a la reforma operada por LO 1/2015 que la circunstancia primera del art. 140.1, evidenciaba una tendencia al *non bis in ídem*, pues buena parte de los supuestos a los que se refiere (menor de edad o persona especialmente vulnerable) terminarán en la alevosía en atención a la construcción jurisprudencial de la misma”.

circunstancias cualificadoras del asesinato, como son la alevosía de desvalimiento y el ensañamiento, siendo la solución dada por las Audiencias calificar como asesinato por el ensañamiento (art. 139.1.3.º CP) y desplazar la alevosía por la especial vulnerabilidad de la víctima (art. 140.1.1.º CP). Ante esto, el Tribunal Supremo en sentencia 82/2019, señaló que rige el principio de especialidad sobre el de alternatividad, de modo que la cualificante de alevosía desplaza la hipercualificante de especialmente vulnerable dejándola sin efecto, debiendo subsumirse los hechos en el delito de asesinato recogido en el art. 139.2 CP, que nos da la solución cuando concurren más de una circunstancia cualificante para el asesinato, sin que quepa por tanto la pena de prisión permanente revisable.

En relación a la circunstancia segunda, el problema se deriva de la ausencia de distinción alguna entre agresiones, abusos o acoso sexuales, equiparando tres tipologías con un contenido de injusto de muy diferente gravedad, lo que para buena parte de la doctrina supone una vulneración del principio de proporcionalidad, pues se va a castigar con la misma pena el delito contra la libertad sexual que antecede al asesinato doloso, sea una violación, un abuso sexual o se trate de un delito de acoso sexual<sup>(2)</sup>. Asimismo, respecto a esta circunstancia se plantea también un problema a la hora de establecer el adecuado concurso entre esta circunstancia y la genérica del art. 139.1. 4.ª CP (será castigado como reo de asesinato el que matare a otro para facilitar la comisión de otro hecho delictivo o evitar su descubrimiento), cuando la muerte de una persona fuera subsiguiente a la comisión de un delito contra la libertad sexual. La solución radica en que la distinción entre estas dos figuras se sustenta en que el tipo básico de asesinato (art. 139.1. 4.ª) exige la existencia de una relación de medio a fin entre el delito de asesinato y el otro hecho delictivo, es decir, que el delito de asesinato tuviera su fundamento en el hecho de querer ocultar un delito contra la libertad sexual. Mientras que el tipo cualificado del art. 140 CP no requiere una relación medio-fin, exigiendo únicamente que el delito de asesinato sea posterior al delito contra la libertad sexual, es decir, que el asesinato se produzca tras un delito contra la libertad sexual sin que la motivación del mismo hubiera sido la de tratar de ocultar el otro hecho delictivo.

Finalmente, en relación con la cuarta circunstancia son dos los problemas interpretativos que se plantean a consecuencia de una redacción poco precisa<sup>(3)</sup>. El primero de ellos, guarda relación con la expresión “hubiera sido condenado”, pues no queda claro si el legislador quiso aludir a la necesaria existencia de varias sentencias condenatorias previas o si se refería al hecho de que en una misma sentencia<sup>(4)</sup> se condenare al sujeto por varios delitos contra la vida. De otro lado, la

---

(2) Cámara Arroyo S. & Fernández Bermejo, D.: *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo Penal y Penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 131.

(3) Peñaranda Ramos, E.: “Delito de asesinato: Arts. 139, 140 y 140 bis CP”, en Álvarez García, F.J. (Dir.) & Dopico Gómez-Aller, J. (Coord.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 489.

(4) En este sentido, se pronuncia la sentencia 3/2018 de la Audiencia Provincial de Guadalajara.

expresión “muerte de dos o más personas” también plantea dudas al no especificar si las mismas se han cometido como homicidios o asesinatos.

## 2. Forma de ejecución

En cuanto al sistema de ejecución de la pena, ante la ausencia en la reforma operada por la LO 1/2015 de previsión de modificación de precepto alguno de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, o de su desarrollo reglamentario<sup>(5)</sup>, en tanto no se produzca ninguna adaptación, el modelo de ejecución de la prisión permanente revisable será el sistema general de cumplimiento configurado para las penas de prisión en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario, si bien con las especialidades que, en forma de períodos de seguridad mínimos de cumplimiento dentro de la prisión, el legislador ha introducido en el Código Penal antes del acceso a aquellas figuras penitenciarias fundamentales como permisos de salida, tercer grado o libertad condicional como forma de revisión de la pena.

De lo expuesto resulta de un lado que, el tratamiento penitenciario recibido por estos reclusos no difiere del de los demás penados en relación a los centros de destino, el tipo de establecimiento en el que van a cumplir condena, los criterios de separación interior o el acceso a los tratamientos individualizados. Y de otro lado, que las especialidades se producen en relación con la obtención de permisos de salida, el acceso al tercer grado y la revisión de la condena, pues el Código Penal establece unos plazos y unos requisitos reforzados, tenidos en cuenta el mayor desvalor de los hechos y que se trata de una pena más gravosa.

Así pues, los condenados a prisión permanente revisable podrán disfrutar de permisos de salida<sup>(6)</sup> ordinarios y extraordinarios. Para el disfrute de los permisos ordinarios se exigirá que estén clasificados en el segundo o tercer grado penitenciario, que no se observe mala conducta, un informe preceptivo previo del Equipo Técnico, en el que se valorarán el posible quebranto de condena, la reincidencia o la repercusión negativa de la salida para el reo, y un último requisito de carácter temporal consistente en haber cumplido un mínimo de doce años de condena los condenados por un delito de terrorismo y ocho años en los restantes casos.

De otro lado, los condenados a esta pena podrán obtener la clasificación en tercer grado<sup>(7)</sup>. Para ello, deberán haber cumplido un periodo de seguridad mínimo de cumplimiento efectivo de la pena, que variará según se trate de un delito de terrorismo o de los restantes y de si nos encontramos ante un solo delito o ante un concurso de delitos. Cumplido este requisito temporal, será necesaria la autorización del tribunal sentenciador, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias. Así mismo, el penado deberá haber

---

(5) Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

(6) Arts. 47.2 LOGP, 154 RP y 36.1 *in fine* CP.

(7) Art. 72 LOGP y arts. 36.1 y 3 y 78.1 y 3 bis CP.

satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito y en el caso de condenados por delitos de terrorismo, se les exigirá específicamente que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas y haber colaborado activamente con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Además, excepcionalmente podrá acordarse la progresión a tercer grado por motivos humanitarios de los penados enfermos muy graves, con padecimientos incurables según informe médico, y de los septuagenarios, valorando su escasa peligrosidad y dificultad para delinquir.

Para concluir con el régimen de ejecución de la prisión permanente revisable, los condenados a esta pena tendrán derecho a que se revise<sup>(8)</sup> su condena de oficio, cada dos años, o a instancia de parte, cuando se den los siguientes requisitos. El primero de ellos es un requisito de carácter temporal que exige, como regla general, que se hayan cumplido veinticinco años de condena. No obstante, este período mínimo exigido variará según se trate de un delito de terrorismo o de los restantes y de si nos encontramos ante un concurso de delitos. Cumplido este requisito, para poder solicitar la suspensión de la prisión permanente revisable, el penado deberá estar clasificado en tercer grado. El tercer y último requisito exigido por la ley, es la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social, que supone la falta de peligrosidad en el sujeto. Este pronóstico será fundado por el Tribunal a la vista de factores tales como la personalidad del sujeto, sus antecedentes, sus circunstancias familiares y sociales, su comportamiento durante la condena, las circunstancias del hecho cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados en el caso de que vuelva a delinquir y los efectos que quepa esperar de la suspensión, teniendo en todo caso en cuenta los informes emitidos por el centro y por los especialistas. Junto a estos requisitos, en los supuestos de delitos de terrorismo se exige además un requisito específico, consistente en que el reo debe mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas y haber colaborado activamente con las autoridades. Comprobados los requisitos, si el tribunal acuerda la suspensión, esta tendrá una duración de cinco a diez años, estando durante este periodo el sujeto sometido a control por parte del tribunal, ya que la suspensión puede condicionarse al cumplimiento de una o varias obligaciones y prohibiciones, que en caso de incumplirse supondrán la revocación de la suspensión. Si el periodo de suspensión finaliza sin ninguna incidencia, el Tribunal podrá acordar la remisión definitiva de la pena. Por su parte, rechazada una petición de revisión, podrá el tribunal fijar un plazo de hasta un año dentro del cual no se dará curso a nuevas solicitudes del penado.

### III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PENA. DISCUSIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Desde que se produjeran los primeros intentos de introducir en nuestra legislación la pena de prisión permanente revisable, no ha sido posible alcanzar un consenso en

---

(8) Arts. 78 bis y 92 CP.



torno a esta figura, convirtiéndose en la protagonista de innumerables discusiones políticas, artículos doctrinales y debates mediáticos, siendo uno de los principales motivos de controversia el tratar de delimitar su conformidad, o la falta de la misma, a la Constitución Española.

La tendencia preponderante, que es la defendida por un importante sector de la doctrina y por la mayoría de los grupos parlamentarios, es la que aboga por la inconstitucionalidad e ilegitimidad de la pena. En este sentido, coincidiendo con la entrada en vigor de la LO 1/2015, se interpuso en fecha 30 de junio de 2015, un recurso de inconstitucionalidad<sup>(9)</sup> promovido por el Grupo Parlamentario Socialista, el Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i de Unió, el Grupo Parlamentario de IU, ICVEUiA, CHA: La Izquierda Plural, el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y la mayor parte del Grupo Parlamentario Mixto del Congreso de los Diputados, fundamentado en que con la prisión permanente revisable se produce una vulneración de nuestra Carta Magna.

Así, coincidiendo con el parecer doctrinal, en el recurso se planteaban, con carácter principal, la vulneración de la prohibición de penas inhumanas y tratos crueles y degradantes (art. 15 CE), del derecho a la libertad (art. 17.1 CE), del principio de legalidad (art. 25.1 CE) y del principio de reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE).

A continuación, analizaremos la posible infracción de estos preceptos, al hilo de los argumentos tanto de los defensores como de los detractores de la prisión permanente revisable.

## 1. Prohibición de penas inhumanas y tratos crueles y degradantes

El art. 15 de nuestra Constitución<sup>(10)</sup> contiene un mandato de prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes. Quienes abogan por la inconstitucionalidad de la pena amparándose en este precepto, entienden que la prisión permanente revisable por su duración excesiva, es una pena inhumana y degradante. En este sentido, más allá de que el legislador haya previsto la posibilidad para este colectivo de disfrutar de beneficios penitenciarios, tales como los permisos de salida o el acceso al tercer grado, y pese a que se prevea igualmente un sistema de revisión de la condena tras un período de cumplimiento mínimo, que en el mejor de los casos será de veinticinco años, entiende este sector que en la práctica hay una absoluta falta de expectativas reales de libertad para el penado<sup>(11)</sup>.

---

(9) Pendiente de resolución por parte del Tribunal Constitucional.

(10) Art. 15 CE “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...)*”.

(11) En este sentido, Julián Ríos en *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Gakoia, San Sebastián, 2013, pág. 115.

Así consideran que, con independencia de las posibilidades de flexibilización de la condena, la estancia muy prolongada de privación de libertad es en sí misma inhumana, pues la vida en prisión genera problemas de muy diversa índole. En primer lugar, entiende este sector que negar la libertad de manera indeterminada al reo, es negarle su condición de persona, de miembro de una comunidad social y política, lo que supone privarle de su dignidad y condición humana. De otro lado, ocasiona un menoscabo cierto de sus capacidades y habilidades cognitivas y sociales, haciendo que cada vez estén más alejados de la sociedad y que se produzca un descenso especialmente agudo en las funciones de atención, cálculo y memoria, que incapacita para el estudio, la formación profesional y para los programas de tratamiento psicológico de tipo cognitivo. Con esta pena se produce también un grave deterioro en la personalidad del penado, fruto de la desesperanza, el desánimo, el desaliento y la desmotivación para la vida, debido a la incertidumbre respecto al momento en que se producirá su puesta en libertad o si esta llegará a producirse. Asimismo, produce el fenómeno de la prisionización, que supone la adaptación a la vida de la prisión. Esta medida ocasiona graves padecimientos psíquicos al menoscabar física y psicológicamente a la persona, lo que conlleva a que sea catalogada por la doctrina como una pena corporal<sup>(12)</sup>. Finalmente, periodos muy largos de prisión ocasionan la pérdida de relación con el exterior, con la progresiva pérdida o deterioro de los vínculos familiares y sociales y con los correspondientes problemas que ello conlleva en el momento de la libertad<sup>(13)</sup>.

Frente a esta opinión, y a falta de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable, los que defienden esta pena recurren para avalar su constitucionalidad a los pronunciamientos emitidos por nuestro Tribunal Constitucional con ocasión de la reclusión perpetua en supuestos de extradición solicitada a España de extranjeros en cuyos países existe esa pena<sup>(14)</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional<sup>(15)</sup> viene concediendo la extradición en aquellos supuestos en los que el país solicitante regula en su ordenamiento jurídico la prisión perpetua, siempre y cuando esta sea revisable, porque entiende que la naturaleza inhumana o degradante de la pena no se deriva del tiempo en prisión, sino que *“depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena”*<sup>(16)</sup>. Así, el Tribunal ha considerado garantía necesaria y

---

(12) AA.VV.: *“Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”*, AA.VV. (Ed.), Rodríguez Yagüe, C. (Coord.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pág. 29.

(13) *Ibidem* págs. 31 y 32.

(14) Serrano Gómez, A. & Serrano Mañillo, I.: *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 30.

(15) Así se recoge en STC 91/2000 FJ.9; STC 161/2000 FJ.7; STC 49/2006 FJ.5; STC 351/2006 FJ.7.

(16) STC 91/2000 FJ.9.

suficiente de salvaguarda de los derechos a la vida, integridad física y prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes, en este ámbito de extradición que, en caso de imponerse la cadena perpetua, el cumplimiento de la misma no será indefectiblemente de por vida<sup>(17)</sup>.

Así mismo, los partidarios de la prisión permanente revisable recurren a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por considerarla relevante para debatir sobre la constitucionalidad de esta pena. El TEDH se ha pronunciado en varias ocasiones con motivo de la posible vulneración del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos humanos<sup>(18)</sup>, que se pronuncia en los mismos términos que el art. 15 de nuestra Constitución, en relación con las penas perpetuas en otros países de nuestro entorno europeo. De las resoluciones del TEDH<sup>(19)</sup> se desprende que la cadena perpetua revisable no conculca *per se* el art. 3 CEDH, en tanto y cuanto exista en los países que la recogen un sistema de revisión.

Contra esta argumentación, los detractores de la pena insisten en su inconstitucionalidad, pues si bien se ha articulado en nuestro sistema jurídico un mecanismo de revisión que posibilite el acceso a la libertad tras cumplir un periodo de internamiento, este resulta de todo punto ineficaz. En primer lugar, porque la primera revisión no puede efectuarse hasta transcurridos un mínimo de veinticinco años en el mejor de los casos, siendo un plazo tan extenso que no permite augurar menores sufrimientos para los condenados a esta pena. Y de otro lado, dada la severidad de los requisitos exigidos para que prospere la revisión, puede suceder que no sea posible alcanzar la libertad por parte del penado ni en la primera ni en sucesivas revisiones o que esta se revoque una vez conseguida, haciendo que en la práctica la prisión permanente revisable se convierta en indefinida.

Ante esto, argumentan los defensores de esta pena que las revisiones no tienen límite y por tanto, nunca se podría considerar que la pena terminaría siendo indefinida<sup>(20)</sup>.

## 2. Derecho a la libertad

El art. 17.1 de nuestra Carta Magna consagra el derecho a la libertad al establecer que *“toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.”* Los detractores de la prisión permanente

---

(17) Serrano Gómez, A.& Serrano Mañillo, I.: *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, pág. 32, op.cit.

(18) Art. 3 CEDH *“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*.

(19) En este sentido, casos *Kafkaris vs Chipre*, *Meixner vs Alemania*, *Dodein vs Francia y Hutchinson vs Reino Unido*.

(20) Serrano Gómez, A.& Serrano Mañillo, I.: *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, pág. 36, op.cit.

revisable entienden que, tal y como está configurada por el legislador, esta pena resulta contraria a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, de lo que se deriva la vulneración del derecho a la libertad previsto en nuestra Constitución.

En cuanto al principio de proporcionalidad de la misma, señalan que la pena supone una restricción desproporcionada de la libertad, en tanto reviste un carácter innecesario. En este sentido, recuerdan que el análisis de la proporcionalidad de la norma exige, por un lado, que no exista un desequilibrio patente entra la sanción y la finalidad buscada, esto es, la restricción de la libertad debe obedecer a una finalidad legítima, necesaria e idónea para alcanzar el objetivo pretendido. De otro lado, exige que no haya otra pena o medida igualmente eficaz para alcanzar el fin pretendido, pero menos lesiva. Así, la prisión permanente revisable debe producir más beneficios en la colectividad que costes en derechos fundamentales. Respecto a estos dos primeros criterios, reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>(21)</sup> ha señalado que *“cabrá calificar una norma penal como innecesaria cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulte evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador... Y solo cabrá catalogar la norma penal como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio de patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa”*. Por último, la exigencia de necesidad derivada del principio de proporcionalidad requiere, además de lo expuesto, que el juez disponga de las facultades discrecionales para individualizar la pena, cosa que no admite la rigidez abstracta de la prisión permanente revisable, ya que la configuración actual de esta pena no admite graduación ninguna en el momento de su imposición, imposición que por otro lado tiene carácter preceptivo para el juez. En este sentido, el Tribunal Constitucional no ha dudado en declarar la vulneración del derecho a la libertad personal por conculcar la proporcionalidad estricta de la pena, *“cuando la magnitud de la pena es tal que no permite su adecuación a la menor gravedad de las circunstancias concurrentes del hecho o de la culpabilidad del autor”*.

En otro orden de cosas, la Resolución (76) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de febrero de 1976, en su párrafo primero declaró que, *“la inclusión en sus legislaciones por los Estados parte de penas de prisión de larga duración, incluida la cadena perpetua, solo podrá entenderse justificada si es necesaria para la protección de la sociedad”*. Así, los detractores de esta pena entienden que la misma no está avalada por su necesidad, ya que de los resultados del Anuario Estadístico del Ministerio de Interior y de las memorias de la Fiscalía General del Estado, que recogen las tasas por los delitos para los que se prevé la aplicación de esta pena con

---

(21) Ríos J.: en *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, pág. 67, op.cit.

carácter previo a su implantación, se aprecia que dichas tasas ya se encontraban por debajo de los umbrales de los países europeos que cuentan con dicha pena, de modo que no existe una necesidad de poner freno mediante un mayor grado de disuasión penológica, a una escalada de los delitos contra la vida, pues España no destaca según los datos estadísticos por la alta incidencia de dichos delitos. Especial hincapié hacen en el cese de la actividad armada por parte del grupo terrorista ETA, argumentando que fueron suficientes otras medidas en la lucha contra el terrorismo.

Por otro lado, justifican su contrariedad con el principio de culpabilidad en el hecho de que de su regulación se deriva que la prisión permanente revisable es una pena que carece de un marco que permita valorar las circunstancias del caso y la menor culpabilidad del autor, que pudieran conducir a una valoración del hecho como menos grave. Producido uno de los delitos previsto en el catálogo de delitos regulado por el legislador, dicha pena resulta de aplicación preceptiva para el juez, sin que pueda apreciar ninguna de las atenuantes comprendidas en el art. 21 CP. En este sentido, se amparan en la jurisprudencia del TEDH quien declaró que *“la imposición de una condena de este tipo en delincuentes adultos por delitos especialmente graves no es per se incompatible con el art. 3 CEDH siempre y cuando la sentencia haya sido impuesta por un juez independiente después de haber considerado todos los factores agravantes y atenuantes presente en cualquier caso dado”*. En el mismo sentido, el art. 77.1.b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé la imposición de *“la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”*.

Asimismo, los defensores de esta pena alegan que en nuestro sistema jurídico penal se pueden llegar a cumplir hasta cuarenta años de prisión efectiva por el sistema de acumulación jurídica de penas consagrado en el art. 76 CP. En este sentido, defienden que la prisión permanente revisable, si el sujeto supera la primera revisión y la suspensión de la ejecución de la pena se fija en cinco años, puede quedar extinguida a los treinta años de condena o a los treinta y cinco años si el plazo de suspensión de la ejecución se fijara en diez años. Siguiendo esta argumentación, si la revisión se produce a los veintiocho años de condena, la extinción de la pena se fijaría entre los treinta y tres y los treinta y ocho años, según el plazo previsto de suspensión. Por su parte, en los supuestos de revisión a los treinta años, los plazos de extinción quedarían entre los treinta y cinco y cuarenta años, dependiendo del plazo establecido de suspensión.

Así las cosas y teniendo en cuenta la gravedad de los delitos para los que está prevista la prisión permanente revisable, justifican los defensores la proporcionalidad de la pena.

### 3. Principio de legalidad

El principio de legalidad aparece consagrado en el art. 25.1 de la Constitución y dice así, *“nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según*

la legislación vigente en aquel momento”. De este principio se deriva el mandato de determinación de la pena, que vincula al legislador y supone que las conductas delictivas, así como sus penas, tienen que estar descritas con precisión en la ley. En este sentido, el sector doctrinal que se opone a la prisión permanente revisable se ampara en la vulneración de este mandato de determinación.

Ello es así, defienden, porque la pena de prisión permanente revisable no prevé un marco con un límite mínimo y máximo de la pena, ni susceptible de graduación en función de criterios que guarden relación con la gravedad del delito o la culpabilidad de su autor, de modo que el castigado con esta pena no sabrá en el momento de la condena cuanto tiempo va a estar privado de libertad. En este sentido, tan solo se ha limitado el legislador a establecer un plazo mínimo a partir del cual se podrá acceder a la revisión de la condena, si bien hace depender el triunfo de esa revisión de un criterio, el de la reinserción social, que no goza, por su imprecisión, de la fiabilidad mínima para resultar determinante.

Para concluir con su alegato, los detractores de esta pena traen a colación sendas sentencias del Tribunal Constitucional<sup>(22)</sup>, relativas a las sanciones administrativas, en virtud de las cuales se estableció que no caben sanciones sin límite máximo, declarando “*contraria la Constitución una sanción de 25.000 pesetas en adelante, por introducir un elemento de indeterminación de la sanción administrativa imponible que resulta incompatible con el alcance material del principio de legalidad enunciado en el art. 25.1 de la Constitución*”. Por ende, entienden que, si no es acorde con nuestra Carta Magna una sanción de esas características, mucho menos puede serlo una pena de prisión de veinticinco años en adelante.

#### 4. Peligrosidad y principio de reinserción social

Al hablar de la ejecución de la condena, vimos como uno de los requisitos imprescindibles de los que se hacía depender la clasificación en tercer grado del penado, así como la suspensión de la ejecución de la prisión permanente revisable, era la existencia respecto del sujeto de un pronóstico favorable de reinserción social<sup>(23)</sup>. En este sentido, el párrafo tercero del art. 92.3 CP contiene una especificación muy importante sobre lo que ha de entenderse por *pronóstico favorable de reinserción social* al establecer que, el juez de vigilancia penitenciaria, revocará la suspensión cuando ya no pueda mantenerse *el pronóstico de falta de peligrosidad* en que se fundaba la concesión de la suspensión.

Se vincula así la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social con la falta de peligrosidad, entendiendo por peligrosidad criminal la probabilidad de que la persona responsable de un hecho criminal vuelva a perpetrar en el futuro otras conductas delictivas, es decir, a la probabilidad de que reincida. Poniendo esto

---

(22) SSTCC 29/1989, FJ. 4 y 129/2006, FJ. 4.

(23) Arts. 36.1 y 92.1.c) del CP.

en relación con el párrafo tercero del citado art. 92.3 CP, debemos destacar que la ley no está aludiendo a un pronóstico de baja o escasa peligrosidad para conceder la suspensión de la ejecución de la pena, sino que exige un pronóstico en el que se constate la falta de peligrosidad, es decir, la probabilidad cero, la certeza de que no se cometerán más delitos<sup>(24)</sup>.

De lo expuesto hasta ahora se deduce que en el ámbito específico de la pena de prisión permanente revisable la peligrosidad criminal es especialmente relevante, puesto que de su valoración penitenciaria pueden derivarse diversos efectos que sirven para orientar la concesión de figuras que implican mejoras en la vida carcelaria del reo, como el grado de clasificación, el régimen de vida, los programas de intervención o las eventuales salidas en libertad, tales como permisos de salida, tercer grado o la suspensión de la condena, constituyéndose la peligrosidad en uno de los pilares fundamentales en los que se va a apoyar, entre otras cosas, la posibilidad de revisión y cumplimiento definitivo de la pena<sup>(25)</sup>. En definitiva, el pronóstico de reinserción social es el presupuesto esencial que condiciona por completo la ejecución de la pena de prisión permanente revisable y las decisiones de puesta en libertad y de revocación de la misma.

Es precisamente la valoración penitenciaria de la falta de peligrosidad la que suscita, entre la doctrina, importantes dudas en torno a la constitucionalidad de la pena. En primer lugar, porque la revisión basada en el pronóstico de peligrosidad del reo no pone en manos del juez un instrumento racional y certero, pues la experiencia histórica y los estudios científicos más recientes demuestran que la peligrosidad es sistemáticamente sobreestimada y da lugar a una proporción muy importante de falsos positivos<sup>(26)</sup>. Así, los pronósticos de peligrosidad son de dudosa fiabilidad, lo que genera una posibilidad cierta de que la mayoría de los condenados a prisión permanente revisable serán mantenidos en prisión a pesar de la ausencia de peligrosidad real<sup>(27)</sup>.

En segundo lugar, porque si bien el legislador establece los criterios que debe seguir el Tribunal para fundamentar su pronóstico o en su caso la revocación del mismo<sup>(28)</sup>, la doctrina entiende que son factores indeterminados, poco claros para medir la peligrosidad criminal, que responden a la mudable opinión del tribunal sobre circunstancias que o bien no son modificables por el reo o bien por definición

---

(24) Martínez Garay, I.: *Predicción de la peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua*, AA.VV. (Ed.), Rodríguez Yagüe, C. (Coord.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pág. 152.

(25) Cervelló Donderis, V.: *Retribución y peligrosidad en la imposición y cumplimiento de la prisión permanente revisable*, Orts Berenguer, E.; Alonso Rimo, A.; Roig Torres, M. (Dir.): *Peligrosidad criminal y estado de derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 51.

(26) Previsión de sujetos que delinquirán en el futuro.

(27) Martínez Garay, L.: *Predicción de la peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua*, pág. 140, op.cit.

(28) Arts. 92.1.c) y 92.3 párrafo tercero.

contribuirán a conformar un juicio negativo de pronóstico. Los elementos previstos por el legislador son *la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*. En relación a las circunstancias del delito cometido, que por definición habrá sido un delito de asesinato muy grave, de genocidio o de lesa humanidad, y la relevancia de los bienes jurídicos protegidos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, que será siempre elevadísima ya que se trata de la reiteración en delitos que son de los más graves de todo el código penal, contarán irremediamente en perjuicio del reo. De otro lado, la personalidad del penado, así como sus antecedentes, son criterios difícilmente modificables y mejorables a voluntad del reo de forma que pudiera contribuir con su conducta a mejorar su pronóstico. Por su parte, las circunstancias familiares y sociales, siendo el período mínimo de cumplimiento de la prisión permanente revisable de veinticinco años, probablemente se habrán deteriorado y será difícil que el sujeto cuente con un círculo familiar o social que le aporte el apoyo necesario en su vuelta a la libertad. De modo que, el único factor que responde a una conducta voluntaria del reo es su comportamiento durante el cumplimiento de la pena, comportamiento que autores como MARTÍNEZ GARAY entienden que tras largos periodos de reclusión difícilmente podrá exigírsele a una persona que muestre un comportamiento ejemplar de manera continuada, pues la propia privación influye negativamente en la personalidad y habilidades sociales y cognitivas<sup>(29)</sup>. A lo expuesto debe sumarse que para la revocación no se requiere en todo caso reincidencia, sino que basta con que se haya producido un cambio de las circunstancias que fundaron el pronóstico que permitió la libertad del reo, las cuales pueden ser absolutamente ajenas al comportamiento del sujeto durante el plazo de suspensión. En este sentido, podría valorarse a los efectos del arraigo social o familiar, la pérdida de un trabajo por la crisis o el fallecimiento de los familiares con los que convive el reo<sup>(30)</sup>.

Así, entiende este sector doctrinal que, a la vista del juicio pronóstico que es necesario para poder revisar la prisión permanente revisable y dada la falta de precisión de los criterios previstos para su valoración, en la práctica esta pena no se revisará o si se hace será tras periodos muy prolongados de privación de libertad, todo lo cual genera un reproche de inconstitucionalidad por ser contrario al principio de reeducación y resocialización consagrado en el art. 25.2 de nuestra Constitución.

Frente a esta postura, el propio legislador en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, adelantándose a los juicios de constitucionalidad que pudiera suscitar esta pena, establece en su apartado II que la prisión permanente revisable de

---

(29) Martínez Garay, L.: *Predicción de la peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua*, pág. 156, op.cit.

(30) AA.VV.: “*Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable*”, pág. 37, op.cit.



ningún modo renuncia a la reinserción del penado, ya que una vez cumplida una parte mínima de la condena se podrá revisar periódicamente su situación personal, lo que garantiza un horizonte de libertad para el penado y aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, pues concedida la libertad condicional, se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad como a asistir al penado en la fase final de su reinserción social. Y así, concluye el legislador que la prisión permanente revisable es *“una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión”*.

Precisamente de esta previsión de revisión se sirve un sector doctrinal para justificar que la pena objeto de nuestro estudio cumple con los fines de resocialización y reeducación social contenidos en el art. 25.2 de nuestra Carga Magna, amparándose en la doctrina jurisprudencial del TEDH, la cual es clara y señala que la prisión permanente revisable será conforme a derecho allí donde el Derecho nacional ofrezca la posibilidad de revisar la pena permanente con finalidad de conmutarla, suspenderla, declarar su remisión o liberar condicionalmente al penado, incluso cuando la posibilidad de liberación condicional de los condenados a una pena perpetua sea limitada, pues basta con que sea reducible de jure y de facto<sup>(31)</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. – La prisión permanente revisable supuso una novedad en el catálogo de penas respecto a lo previsto en nuestro sistema penal a lo largo de los siglos XX y XXI, si bien no es una pena desconocida en el ordenamiento jurídico español pues en las sucesivas codificaciones acaecidas en el transcurso del siglo XIX, se contemplaron de manera intermitente figuras que, en esencia, suponían una condena a perpetuidad para el reo y que poco a poco fueron contemplando mecanismos de excarcelación.

SEGUNDA. – La introducción de una medida de estas características en el ordenamiento jurídico español no estuvo libre de polémica, pues los primeros intentos suscitaron un arduo debate entre los defensores y detractores de la misma que perdura en la actualidad. Pese a ello, las diferentes enmiendas, anteproyectos y proyectos que pretendían incorporarla en nuestro Código Penal, tuvieron su culminación con la entrada en vigor de la LO 1/2015.

TERCERA. – La prisión permanente revisable se erige como la pena privativa de libertad más grave de las contempladas en nuestro sistema jurídico penal. Caracterizada por su duración indeterminada y por estar sujeta a un régimen de revisión que permite obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, está prevista para un numerus clausus de delitos considerados de especial gravedad.

---

(31) STEDH, de 12 de febrero de 2008, demanda 21906/04, asunto Kafkaris contra Chipre.

CUARTA. – El régimen específico de cumplimiento de esta pena se encuentra disperso a lo largo del articulado del Código Penal, debiendo acudir para completarlo al sistema general de cumplimiento configurado para las penas de prisión en la Ley Orgánica General Penitenciaria y su reglamento de desarrollo.

De ello resulta que el tratamiento penitenciario recibido por estos reclusos no difiere del de los demás penados en relación a los centros de destino, el tipo de establecimiento en el que van a cumplir condena, el criterio de separación interior o el acceso a los tratamientos individualizados.

Las especialidades se producen en relación con la obtención de permisos de salida, el acceso al tercer grado y la revisión de la condena, pues el Código Penal establece unos plazos y unos requisitos reforzados, tenidos en cuenta el mayor desvalor de los hechos y que se trata de una pena más gravosa.

QUINTA. – En torno a la figura de la prisión permanente revisable existen dos posturas doctrinales enfrentadas, la de quienes abogan por derogarla y quienes la defienden e incluso se muestran favorables a su extensión a otros delitos.

Los detractores de esta pena alegan que, tal y como está configurada, conllevará el encierro en prisión por períodos excesivamente prolongados que en algunos casos podrán derivar en una auténtica cadena perpetua, siendo en consecuencia contraria a nuestra Carta Magna por vulnerar los mandatos constitucionales de prohibición de penas inhumanas y tratos crueles y degradantes, el derecho a la libertad, el principio de legalidad y el principio de reinserción social.

Por su parte, los defensores de la prisión permanente revisable recurren, entre otras cosas, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la del Tribunal Constitucional, quienes con motivo de penas de similar naturaleza en otros países europeos, se han pronunciado y en ese sentido han señalado que, cuando se prevea la posibilidad de un mecanismo de revisión, que procure una expectativa real de liberación para el reo si se considera que se ha rehabilitado, una pena de estas características será conforme a Derecho.

**EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA  
GOBERNANZA ECONÓMICA EN LA UNIÓN  
EUROPEA: LA INDEPENDENCIA DEL BCE  
Y SU MARGEN DE APRECIACIÓN**

**JUDICIAL REVIEW OF THE ECONOMIC GOVERNANCE  
IN THE EUROPEAN UNION: THE INDEPENDENCE OF THE  
ECB AND ITS MARGIN OF APPRECIATION**

PABLO DE MIGUEL PALACIO

---

**SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LOS LÍMITES DE LA INDEPENDENCIA ORGANIZATIVA
- III. INDEPENDENCIA Y MEDIDAS PARA HACER FRENTE A LA CRISIS
- IV. INDEPENDENCIA Y ESTATUTO DE LOS GOBERNADORES DE LOS BANCOS CENTRALES NACIONALES
- V. EL TJUE Y LAS COMPETENCIAS DEL BCE EN EL ÁMBITO DE LA POLÍTICA MONETARIA
  - 1. **El ejercicio del control en la práctica**
  - 2. **Un control jurídico procedimental susceptible de refuerzo político**
- VI. EL TJUE Y LAS COMPETENCIAS DEL BCE EN EL ÁMBITO DE LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE ENTIDADES DE CRÉDITO
  - 1. **El control jurisdiccional del margen de apreciación del BCE**
- VII. CONCLUSIONES

**Resumen:** El BCE goza de un estatuto jurídico único en el marco de la Unión Europea que se caracteriza por su independencia. Si bien la cuestión no es nueva, la respuesta del BCE frente a la reciente crisis económica ha requerido la intervención del TJUE. De este modo, el presente artículo analizará sucintamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y expondrá cómo este ha procurado conciliar la independencia de esta institución con la aplicación de su control judicial, profundizando

en cuestiones como el concepto y el alcance de la política monetaria o el concreto método de control aplicable al margen de apreciación del BCE en sus distintos ámbitos de actuación.

**Abstract:** The ECB enjoys a unique legal status within the framework of the European Union which is characterized by its independence. Although the question is not new, the ECB's response to the recent economic crisis has required the intervention of the CJUE. The present article will briefly analyse the case law of the CJUE and will explain how it has sought to reconcile the independence of this institution with the application of its judicial review, approaching issues such as the concept and scope of monetary policy or the particular control method applicable to the margin of appreciation of the ECB in its different fields of action.

**Palabras clave:** Banco Central Europeo, independencia, control judicial.

**Keywords:** European Central Bank, independence, judicial control.

### I. INTRODUCCIÓN

Entre los múltiples actores de la gobernanza económica de la Unión Europea (UE), el Banco Central Europeo (BCE) destaca por ser la institución de la Unión responsable, junto al Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), de la dirección y ejecución de la política monetaria de la Unión Europea<sup>(1)</sup>. Para desempeñar esta importante función, el BCE goza de un estatuto jurídico singular que se caracteriza por un alto nivel de independencia<sup>(2)</sup>. Esta independencia, protegida a través de múltiples garantías, no es meramente anecdótica, sino que tiene importantes consecuencias a la hora del control jurisdiccional de las decisiones que el BCE toma en la consecución del objetivo que los Tratados le encomiendan, el mantenimiento de la estabilidad de precios. Los pilares normativos que garantizan esta independencia se encuentran recogidos en el Derecho primario, más concretamente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en el Protocolo n.º 4 sobre los Estatutos del BCE y el SEBC, lo cual demuestra la voluntad de los Estados miembros de blindar esta característica que generalmente se considera hoy en día esencial para el correcto funcionamiento de cualquier banco central.

En relación con ello, en esta materia existe un constante dilema entre el respeto a esa casi sagrada independencia y la determinación del método adecuado para exigir responsabilidad a esta institución por su actuación en el ejercicio de sus funciones<sup>(3)</sup>. Si bien este tema no es nuevo y el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ya se había manifestado sobre el mismo con anterioridad a la crisis, el TJUE se ha visto obligado

---

(1) Art. 127.2 TFUE.

(2) LÓPEZ ESCUDERO, M. "El Banco Central Europeo en el Tratado de Lisboa", *ReDCE*, Núm. 9, 2008, págs. 151-174. Estas distintas garantías han dado lugar a señalar que el BCE goza de cuatro tipos de independencia: la jurídica, la personal, la funcional y operativa y la financiera y organizativa.

(3) DAWSON, M., BOBIĆ, A. y MARICUT-AKBIK, A. "Reconciling Independence and accountability at the European Central Bank: The false promise of Proceduralism", *ELJ*, Vol.25, Núm. 1, 2019, págs.75-77.

a abordarlo recientemente a raíz, entre otras, de la respuesta del BCE a la reciente crisis económica y financiera en la Eurozona.

## II. LOS LÍMITES DE LA INDEPENDENCIA ORGANIZATIVA

Con anterioridad a la crisis, el primer caso en el que el Tribunal de Justicia (TJ) se tuvo que pronunciar respecto a la cuestión de la independencia del BCE fue en el asunto sobre la Oficina Europea de la Lucha contra el Fraude (OLAF)<sup>(4)</sup>. En el año 1999 la Comisión creó la OLAF con la finalidad de luchar contra el fraude, la corrupción y toda ilegalidad contraria a los intereses financieros de las antiguas Comunidades. Las facultades de investigación de la OLAF fueron concretadas en un Reglamento del Consejo y el Parlamento<sup>(5)</sup> que preveía la capacidad de la Oficina para efectuar investigaciones internas en “las instituciones, órganos u organismos creados por los Tratados CE y Euratom o sobre la base de los mismos”. Por su parte, el BCE se basó en su independencia organizativa y la tenencia de un presupuesto y unos recursos financieros propios para desconocer las facultades de la OLAF sobre sí y, mediante una Decisión<sup>(6)</sup>, considerar que tenía unos intereses financieros propios cuya protección correspondía en exclusiva a su Dirección de auditoría interna.

Ante tal situación, la Comisión recurrió frente al Tribunal de Justicia buscando la nulidad de la Decisión del BCE por considerar que esta violaba las facultades de la OLAF previstas en el Reglamento 1073/1999. En su sentencia, el TJ concluyó que, a pesar de las particularidades de su régimen jurídico, el BCE había sido creado por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea(CE) y que, a falta de disposición contraria del legislador europeo, el Reglamento le era aplicable. Además, el TJ tuvo que comprobar si, tal como alegaba el BCE, las posibles investigaciones de la OLAF constituían un medio de presión sobre los miembros de su Consejo de Gobierno y Comité Ejecutivo y podían violar su independencia protegida en el art. 130 TFUE. En su apreciación, el TJ declaró que, a pesar de la extensa independencia de esta institución, el BCE no queda desvinculado de la CE ni eximido de cumplir toda su normativa. De este modo, el TJ señaló que son el propio Tratado y sus Estatutos los que limitan la actuación del BCE y lo someten a los controles del TJ, sin excluirlo de la vinculación a la voluntad del legislador comunitario. Finalmente, el TJ determinó que la regulación de la OLAF garantizaba su independencia y anuló la Decisión del BCE<sup>(7)</sup>.

(4) Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003, Comisión/BCE, C-11/00, EU:C:2003:395.

(5) Reglamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (DO L 136, de 31 de mayo de 1999, pág. 1).

(6) Decisión del Banco Central Europeo, de 7 de octubre de 1999, sobre prevención del fraude (BCE/1999/5) (DOL 291, de 13 de noviembre de 1999, pág. 36).

(7) ZILIOLI, C. y SELMAYR, M. “Recent Developments in the Law of the European Central Bank”, *YEL*, Vol. 25, Núm. 1, 2006, págs. 11–17.

### III. INDEPENDENCIA Y MEDIDAS PARA HACER FRENTE A LA CRISIS

El siguiente asunto llegó años después en un contexto muy distinto. Varios Estados de la Eurozona presentaban grandes dificultades para financiarse en los mercados y se temía por la integridad de la moneda única. Ante estas circunstancias, el Presidente del BCE, Mario Draghi, cumplió su palabra e hizo “todo lo necesario para preservar el euro”<sup>(8)</sup>, de este modo, creó el *Outright Monetary Transactions* (OMT). El OMT se configuró como un programa de compraventa de títulos por parte del Eurosistema en los mercados secundarios de deuda soberana, cuyas características principales fueron acordadas por el Consejo de Gobierno del BCE y hechas públicas a través de un comunicado de prensa. En este contexto, se presentaron una serie de recursos ante el Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán que consideraban las decisiones relativas al OMT como *ultra vires* y contrarias a la identidad constitucional alemana. En el marco de estos recursos, el TCF alemán decidió plantear su primera cuestión prejudicial al TJ, el asunto *Gauweiler*<sup>(9)</sup>. Así, el TCF interrogó al Tribunal europeo sobre las características del programa OMT, un posible exceso por parte del BCE de los límites de su mandato en política monetaria y la posible violación de la prohibición de financiación del art. 123 TFUE.

En su sentencia, el TJ señaló de nuevo que la independencia de la que goza el BCE tiene por objeto protegerlo de influencias exteriores, sin embargo, esto no excluye su sometimiento al TJ, el cual controla que su actuación respete el principio de atribución de competencias del art. 5 del Tratado de la UE (TUE) y las demás limitaciones que el Derecho primario le impone<sup>(10)</sup>. A efectos de ese control, el TJ tuvo que determinar el concepto de la política monetaria, el cual el Tratado de Funcionamiento no define. Para hacerlo, el TJ escogió una vía indirecta y no dio una definición del concepto que en el futuro podría tener efectos limitativos imprevisibles e indeseados, sino que determinó que pertenecerá a la política monetaria toda aquella medida que contribuya a sus objetivos, como la estabilidad de precios, y utilice los medios que el Derecho primario pone a disposición del SEBC, tales como la intervención en mercados financieros mediante la compraventa de instrumentos negociables<sup>(11)</sup>.

Tres años y unos pocos meses después de su sentencia en el asunto *Gauweiler*, los miembros del TJ debieron experimentar una clara sensación de *déjà vu*, ya que ante ellos se presentó de nuevo una cuestión prejudicial del TCF alemán cuyo contenido no difería mucho de la presentada a raíz del programa OMT, el asunto *Weiss*<sup>(12)</sup>. En esta ocasión, la extralimitación en su mandato se atribuía a las decisiones por las que

---

(8) Discurso de Mario Draghi en la Global Investment Conference de Londres en el año 2012: <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html> (Última fecha de consulta: 29/06/2019).

(9) Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2015, *Gauweiler* y otros, C-62/14, EU:C:2015:400.

(10) Apartados 40 y 41 de la Sentencia del TJ *Gauweiler*, C-62/14.

(11) Apartado 46, *ibid.*

(12) Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2018, *Weiss* y otros, C-493/17, EU:C:2018:1000.

el BCE creaba y modificaba un nuevo programa de política monetaria, el programa de compra de valores públicos en mercados secundarios (PSPP)<sup>(13)</sup>.

Entrando en materia, el TJ recordó que, a pesar del margen de apreciación que se le ha reconocido al BCE como director independiente de la política monetaria, los actos del mismo deben ser controlados por el Tribunal de Justicia a efectos de determinar si entran dentro del ámbito de las competencias que el Derecho primario le otorga, ámbito para el cual tiene garantizada esa independencia. Asimismo, el TJ constató que, en cierto modo, el principio de atribución de competencias del art. 5 TUE representa un límite a esa independencia<sup>(14)</sup>. Dicho eso, el TJ recurrió a la argumentación ya utilizada anteriormente en el asunto *Gauweiler* para clasificar una medida como perteneciente a la política monetaria en función de sus objetivos y sus medios, siendo irrelevante el hecho de que la medida pueda tener efectos indirectos en la política económica al no ser posible una separación absoluta de ambas políticas en la práctica<sup>(15)</sup>. Así, es innegable que el método utilizado por el TJ para determinar el alcance de la política monetaria trata de evitar dar un concepto general, cerrado y predefinido de esta política que podría obstaculizar la futura acción del BCE y que difícilmente acertaría a formular un grupo de jueces sin especial formación en teoría monetaria. Al mismo tiempo, la técnica utilizada ofrece al Tribunal la posibilidad de realizar un control *ad hoc* y flexible del alcance de la política monetaria, sin que él mismo vulnere la independencia y competencia del SEBC para definirla.

Otras de las cuestiones directamente derivadas de la independencia del BCE, aunque también del alto nivel técnico de su actividad, es la naturaleza del determinado tipo de control que el TJ ha aplicado en estos dos asuntos a las medidas de política monetaria adoptadas por el SEBC, en concreto, aquel sobre el ya mencionado margen de apreciación que el TJ ha reconocido al BCE<sup>(16)</sup>, cuestión que será tratada más adelante.

#### IV. INDEPENDENCIA Y ESTATUTO DE LOS GOBERNADORES DE LOS BANCOS CENTRALES NACIONALES

Previo análisis del control judicial de ese margen de apreciación merece la pena prestar atención al reciente pronunciamiento del TJ sobre la puesta en práctica de una de las principales garantías de la independencia del SEBC que los Estatutos de este prevén en su art.14.2, el recurso del gobernador de un banco central nacional ante el TJ por su cese supuestamente injustificado.

---

(13) Información sobre el PSPP: <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/omt/html/pspp.en.html> (Última fecha de consulta: 29/06/2019).

(14) Apartados 48 y 49 de la Sentencia del TJ Weiss, C-493/17.

(15) Apartados 53, 60 y 61, *ibid.*

(16) Reconocimiento ya planteado por el Abogado General Pedro Cruz Villalón en sus Conclusiones del asunto C-62/14, EU:C:2015:7.

Este artículo 14.2 de los Estatutos del BCE y el SEBC establece que “un gobernador sólo podrá ser relevado de su mandato en caso de que deje de cumplir los requisitos exigidos para el cumplimiento de sus funciones o haya incurrido en falta grave” y que, además, tanto el gobernador afectado como el BCE podrán recurrir el relevo ante el “TJ por motivos de infracción de los Tratados o de cualquier norma legal relativa a su aplicación”.

En el año 2018 al gobernador del Banco de Letonia (BL) le fueron impuestas por una resolución de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción (KNAB) de su país una serie de medidas restrictivas a causa de las sospechas de corrupción que una investigación penal llevada a cabo por la KNAB había desvelado. Entre esas medidas, destacó la prohibición de ejercer las funciones propias de su cargo de gobernador del BL.

Tras un recurso infructuoso ante los Tribunales letones, el Sr. Rimšēvičs utilizó el mencionado artículo de los Estatutos del BCE y el SEBC para solicitar al TJ que declarase ilegal la resolución de medidas restrictivas que, bajo su parecer, enmascaraba un relevo injustificado de su cargo como gobernador. Por otro lado, el BCE utilizó la misma vía para solicitar que se declarase la violación del propio artículo 14.2 de sus Estatutos. Tras la acumulación de ambos recursos, el TJ les dio respuesta en una sentencia en la que por primera vez ha anulado un acto jurídico de un Estado miembro<sup>(17)</sup>, lo cual representa un verdadero hito en la historia del Derecho de la Unión Europea y su control jurisdiccional<sup>(18)</sup>.

En su apreciación del asunto, el TJ destacó que la mera existencia de este recurso demuestra la altísima importancia que el Derecho de la UE otorga a la independencia del BCE, la cual no puede ver impedida su efectividad por previsiones del Derecho procesal penal nacional de un Estado miembro<sup>(19)</sup>.

En esta línea, el TJ dio un paso más y, en contra de las solicitudes de una sentencia declarativa por parte los recurrentes, otorgó un grado de protección sin precedentes a esa independencia al hacer del recurso del art. 14.2 de los Estatutos del BCE un recurso de anulación. Consciente de la relevancia de su decisión, el TJ expuso que este recurso supone “una excepción al reparto general de competencias entre el juez nacional y el juez de la Unión”<sup>(20)</sup> en la que el TJ controla la legalidad de un acto nacional y que se explica en cuanto que el SEBC representa “una construcción jurídica original” en el Derecho de la UE basada en la cooperación entre instituciones

---

(17) Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2019, Rimšēvičs/Letonia, C-202/18, EU:C:2019:139.

(18) SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. “Crossing the Baltic Rubicon”, *Blog Despite our Differences*, 2019. El profesor Daniel Sarmiento ha llegado a calificar esta sentencia como un “momento constitucional” del Derecho de la Unión. <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2019/03/04/crossing-the-baltic-rubicon/> (Última fecha de consulta: 26/08/2019).

(19) Apartado 57 de la Sentencia del TJ Rimšēvičs/Letonia, C-202/18.

(20) Apartados 66 y 69, *ibid.*



nacionales y una institución de la Unión, existiendo en este marco una “distinción menos pronunciada entre el ordenamiento jurídico de la Unión y los ordenamientos jurídicos internos”. Fundamentada su actuación, el TJ decidió anular la resolución de la KNAB tras concluir que las medidas restrictivas representaban un relevo injustificado del gobernador del BL contrario a la independencia que el Derecho primario garantiza al SEBC.

## V. EL TJUE Y LAS COMPETENCIAS DEL BCE EN EL ÁMBITO DE LA POLÍTICA MONETARIA

Una vez tratados los problemas de determinación del alcance del concepto de la política monetaria y, por lo tanto, de las competencias del BCE, se ha de profundizar en el concreto método de control que el TJ ha utilizado a la hora de pronunciarse sobre las actuaciones monetarias de esta institución.

### 1. El ejercicio del control en la práctica

El primero de los asuntos seleccionados para exponer el control realizado por el TJ es la ya comentada sentencia *Gauweiler*. Tras declarar que el programa OMT pertenecía al ámbito de la política monetaria competencia del BCE<sup>(21)</sup>, el TJ analizó la proporcionalidad del mismo, recordando que esta exige la coincidencia de tres elementos en la medida: idoneidad para alcanzar sus objetivos, legitimidad de esos objetivos y respeto del límite de lo necesario.

Sin embargo, previa incursión en el análisis de estos elementos, el TJ hizo una precisión de gran relevancia que condicionó su posterior control judicial y que deriva de la naturaleza de las tareas encomendadas al SEBC y la independencia que para ello se le garantiza. En palabras del propio Tribunal, “el SEBC se ve obligado a proceder a elecciones de carácter técnico y a efectuar previsiones y apreciaciones complejas, [por lo que] procede reconocerle, en este contexto, una amplia facultad de apreciación”<sup>(22)</sup>.

Hecha la precisión respecto al margen de apreciación, el TJ declaró que esta amplia facultad reconocida exige un control judicial limitado a la comprobación de que ciertas garantías procedimentales hayan sido respetadas durante el proceso de toma de decisiones del BCE. En concreto, esas garantías son la valoración detallada e imparcial de todas las circunstancias y la motivación suficiente de las decisiones<sup>(23)</sup>. De este modo, el TJ optó por aplicar lo que se conoce como un *control procedimental*,

---

(21) Apartado 56 de la Sentencia del TJ *Gauweiler* y otros, C-62/14.

(22) Apartado 68, de la Sentencia del TJ *Gauweiler* y otros, C-62/14.

(23) Apartado 69, *ibid.*

que se diferencia del *control sustantivo* en que se limita a la supervisión del proceso decisorio y no del propio contenido de la decisión resultado del proceso<sup>(24)</sup>.

Respecto al deber de motivación, previsto en el art. 296.2 TFUE, el TJ recordó que el autor de un acto, en este caso el BCE, debe revelar clara e inequívocamente con ella su razonamiento, de modo que justifique suficientemente su decisión sin necesidad de detallar todas las razones que lo llevaron a adoptarla. Además, esa motivación debe exponer que el autor del acto ha incluido en su apreciación todos los elementos fácticos y jurídicos de relevancia<sup>(25)</sup>.

Por otro lado, a la hora de controlar la idoneidad de la medida monetaria elegida por el BCE, el TJ tomó de nuevo una postura muy cauta y realizó un control que podríamos llamar de mínimos, es decir, se limitó a controlar y constatar que la evaluación del BCE no adolecía de un error manifiesto de apreciación. La pregunta que surge es en qué consistiría un error de tal naturaleza. La respuesta del TJ fue que, en una materia tan compleja, controvertida y subjetiva como la política monetaria, un error de tal naturaleza se daría cuando el BCE no realizase sus análisis con “la máxima diligencia y precisión”<sup>(26)</sup>.

Posteriormente, el TJ estudió si una medida consistente en la compra de deuda soberana en mercados soberanos por el SEBC como el OMT respetaba los límites de lo “manifiestamente necesario”<sup>(27)</sup>. A este respecto, el Tribunal anotó que en sus dos años de vida el OMT no se había aplicado y determinó que sus características garantizaban su limitación a la adquisición de concretos y restringidos tipos de bonos soberanos de la Eurozona y únicamente tras la existencia de graves perturbaciones que previamente hubiesen justificado la intervención del Mecanismo Europeo de Estabilidad. Por todo ello y tras concluir que la apreciación del BCE sobre la necesidad era legítima, el TJ consideró que el BCE había ponderado todos los intereses en juego y que, en consecuencia, el principio de proporcionalidad no había sido violado.

Otro de los casos en los que el TJ tuvo que enfrentar el control del ejercicio por parte del BCE de su amplio margen de apreciación a efectos de la política monetaria fue el también ya comentado asunto *Weiss*. Al tratarse de un contexto muy similar, el tipo de control aplicado por el TJ en esta sentencia al programa sobre adquisición de instrumentos de deuda PSPP del BCE prácticamente no difirió del ya utilizado a raíz del asunto *Gauweiler*. Por un lado, el TJ confirmó de nuevo el amplio margen de apreciación del BCE, destacó la importancia del deber de motivación y constató el cumplimiento de esta obligación<sup>(28)</sup>. Por otro lado, reconoció la naturaleza técnica y compleja de las previsiones que realiza el SEBC y le aplicó el mismo tipo de control

---

(24) DAWSON, M., BOBIĆ, A. y MARICUT-AKBIK, A. “Reconciling Independence and accountability at the European Central Bank: The false promise of Proceduralism”, *op. cit.*, pág. 76.

(25) Apartado 70 de la Sentencia del TJ *Gauweiler* y otros, C-62/14.

(26) Apartados 72 a 75, de la Sentencia del TJ *Gauweiler* y otros, C-62/14.

(27) Apartados 81 a 92, *ibid.*

(28) Apartados 29 a 42 de la Sentencia del TJ, *Weiss* y otros, C-493/17.

de proporcionalidad. A la hora de analizar la idoneidad de la medida, esta vez el TJ recurrió a una comparación con la práctica de otros bancos centrales y diversos estudios para determinar que el programa PSPP podía contribuir al objetivo del BCE de mantener la inflación por debajo del 2% y que, por lo tanto, no percibía que el análisis financiero sobre el que el BCE basó la creación del programa adoleciese de un error manifiesto de apreciación<sup>(29)</sup>.

En cuanto al respeto de los límites de lo necesario, en el asunto *Weiss* el TJ no profundizó por sí mismo en la cuestión de si existían otras vías con menor impacto y simplemente aceptó la versión ofrecida por el BCE de que otras medidas de política monetaria más limitadas no le hubiesen permitido alcanzar su objetivo. Por otro lado, el Tribunal analizó los componentes del programa, tales como su duración, el importante volumen de compra de la deuda o el riesgo de pérdidas, y concluyó que se podían considerar necesarios para la eficacia del programa y la consecución de su objetivo. Asimismo, el TJ recordó que la crítica a los análisis económicos del SEBC no demuestra errores en sus apreciaciones y que, puesto que la política monetaria es un tema de habitual controversia, lo único que se le puede exigir es el uso de los conocimientos especializados y medios técnicos que considere apropiados para desempeñar sus tareas con diligencia y la máxima precisión posible. Vistas las consideraciones anteriores, el TJ declaró la proporcionalidad del Programa PSPP.

Sin abandonar el control de la actuación del BCE, el Tribunal General (TG) se ha pronunciado recientemente sobre el ejercicio por parte del BCE de su función consultiva, prevista en el marco de sus competencias monetarias en los artículos 127.4 TFUE, 282.5 TFUE y 4 de sus Estatutos. El procedimiento en cuestión es el asunto *Steinhoff*<sup>(30)</sup>, un recurso de responsabilidad extracontractual dirigido contra el BCE en base a la emisión por su parte de un dictamen consultivo sobre un proyecto de Ley griego que posteriormente facilitó la reestructuración de la deuda pública del país y que dio lugar a la reducción del valor de los títulos de deuda griega en manos privadas. En particular, los demandantes acusaban al BCE de haber actuado ilegalmente al no haber denunciado con su dictamen la violación del derecho a la propiedad del art. 17 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) por parte del proyecto de Ley.

En su apreciación, el TG recordó que, la generación de la responsabilidad extracontractual de la Unión exige que la institución en cuestión hubiese incurrido en una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiera derechos a particulares. Desde este punto de vista, el TG determinó que para que se diese una violación de tal naturaleza bastaba “la inobservancia manifiesta y grave, por parte de una institución, de los límites impuestos a su facultad de apreciación”<sup>(31)</sup>.

---

(29) Apartados 75 a 78, *ibid*.

(30) Sentencia del Tribunal General de 23 de mayo de 2019, *Steinhoff y otros/BCE*, T-107/17, EU:T:2019:353.

(31) Apartados 52, 53 y 73 de la Sentencia del TG *Steinhoff y otros/BCE*, T-107/17.

A pesar del carácter no vinculante y casi político de los dictámenes del BCE, el TG declaró que su naturaleza no tiene por consecuencia excluir ni un posible recurso de indemnización ni el deber de la institución de actuar de conformidad con el Derecho primario<sup>(32)</sup>, el derivado y los principios generales del Derecho de la Unión en el ejercicio de su facultad de apreciación, incluidos los derechos fundamentales<sup>(33)</sup>.

Por otro lado, el TG reconoció el ya promulgado amplio margen de apreciación del BCE. No obstante, en esta ocasión el Tribunal lo hizo a efectos de la adopción de los dictámenes del BCE, los cuales implican “complejas evaluaciones de orden económico y social y de situaciones sometidas a rápida evolución” y exigen que el BCE “anticipe y evalúe la evolución de aspectos económicos complejos e inciertos [...] y, por otro lado, tome decisiones de orden político, económico y social que requieren ponderar y conciliar los diversos objetivos recogidos en el artículo 127”<sup>(34)</sup>.

Finalizando ya, el TG señaló en cuanto a la supuesta violación del art. 17 de la CDFUE como norma que confiere derechos a los particulares que el BCE tenía el deber de denunciar infracciones de la CDFUE en el ejercicio de sus competencias. Así, la argumentación utilizada por el TG recuerda en gran parte a la del TJ en el asunto *Ledra Advertising*<sup>(35)</sup> en relación con el deber de la Comisión de abstenerse a firmar un MoU que violase la CDFUE<sup>(36)</sup>. La respuesta fue sin duda la misma. En el caso que ahora comentamos, el TG también declaró que, dadas las circunstancias, la reducción del valor de los títulos de deuda no constituía una intervención desmesurada e intolerable del derecho de propiedad y que, por lo tanto, el BCE no había infringido una norma que confiriese derechos a los particulares al influir en la adopción de la ley griega mediante su dictamen<sup>(37)</sup>.

## 2. Un control jurídico procedimental susceptible de refuerzo político

Llegado a este punto, se pueden hacer ya una serie de consideraciones generales sobre el control jurisdiccional ejercido por el TJUE sobre la actuación del BCE en el ámbito monetario.

El análisis de la jurisprudencia del TJUE ha evidenciado las dificultades que presenta someter a control judicial a una institución como el BCE, que tiene garantizado un enorme nivel de independencia y encomendadas unas tareas de naturaleza técnica, compleja y valorativa. Frente a estas dificultades, el TJUE ha elegido una vía de control más superficial, procedimental, que busca evitar sustituir al BCE en

---

(32) Apartados 56 y 71, de la Sentencia del TG Steinhoff y otros/BCE, T-107/17.

(33) Apartado 57, *ibid.*

(34) Apartado 72, *ibid.*

(35) Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2016, *Ledra Advertising/Comisión y BCE*, asuntos acumulados C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701.

(36) Apartados 97 a 100, de la Sentencia del TG Steinhoff y otros/BCE, T-107/17.

(37) Apartados 114 y 116, *ibid.*

sus decisiones y trata de ofrecer cierta protección a los particulares mediante unas garantías procedimentales cuya eficacia real se ve limitada.

Sin duda, la motivación de los actos del BCE se convierte en un requisito indispensable para el control de su actuación, al ser esta la prueba de que la institución ha, como mínimo, ponderado los distintos intereses en juego, valorado distintas opciones y, resumiendo, no ha actuado arbitrariamente o persiguiendo objetivos que no le han sido atribuidos. Al mismo tiempo, esta motivación permite al TJUE controlar esos posibles errores manifiestos de apreciación, si bien su alcance real no va mucho más allá. El inevitable reconocimiento de un amplio y necesario margen de apreciación al BCE tiene como consecuencia que tales errores manifiestos de apreciación deban de tener unas proporciones extraordinarias y hasta ahora indeterminadas. Además, el intento del TJUE de concretar el significado del concepto del error manifiesto mediante la insinuación de que una violación de sus deberes de precisión y diligencia por parte del BCE en la realización de sus evaluaciones podría constituir un error tal no ha sido de gran ayuda, puesto que, a la hora de determinar los concretos límites del margen de apreciación, el TJUE ha preferido salvaguardar la independencia del BCE y no ha sabido identificar qué tipo de comportamientos conllevarían una ruptura de esos límites y esa diligencia. La gran pregunta es ¿qué concreto estándar de diligencia se le ha de aplicar a un Banco central independiente? El TJUE no lo ha aclarado y, si lo podrá hacer en el futuro, es muy cuestionable, ya que, como el propio Tribunal señala, la política monetaria se caracteriza por ser un ámbito de naturaleza eminentemente subjetiva donde la controversia es parte del día a día. No obstante, la jurisprudencia del TJUE sí permite concluir que los derechos fundamentales sí constituyen un límite a ese margen de apreciación, si bien se ha de reconocer que la posición adoptada por el Tribunal respecto a la limitación justificada del derecho a la propiedad en un contexto económico delicado tiene por consecuencia que en la práctica este aparente límite vea su eficacia restringida.

Al mismo tiempo y reconociendo las dificultades que este tipo de control supone para un grupo de jueces sin especial conocimiento técnico de la materia, me planteo si el TJUE pudiera haber realizado un esfuerzo mayor para, al menos, dejar claro que el BCE, a pesar de su independencia, no tiene carta blanca para escudarse detrás de su amplísimo margen de apreciación. En mi opinión, la mera sombra de un control riguroso sería un importante aliciente para esa alcanzar la diligencia exigida. Por otro lado, la respuesta evidente a esta última afirmación sería asegurar que tal control supondría a su vez un riesgo para la propia independencia del BCE. Esto me lleva a plantearme si, verdaderamente, la vía judicial es la más adecuada para exigir algún tipo de responsabilidad al BCE. Tal vez, un marco más adecuado sería el de la responsabilidad política, ya que, al fin y al cabo, el BCE se encarga de dirigir la política monetaria de la UE<sup>(38)</sup>. Así, considero que el medio más apropiado para

---

(38) DAWSON, M., BOBIĆ, A. y MARICUT-AKBIK, A. "Reconciling Independence and accountability at the European Central Bank: The false promise of Proceduralism", *op. cit.* Los autores plantean exigir la responsabilidad del BCE "through multiple channels".

exigir un mayor grado de responsabilidad sería un mayor control complementario y *a posteriori* en el Parlamento Europeo, puesto que tal control reforzaría la legitimidad democrática de la gobernanza monetaria de la UE, permitiría una mayor flexibilidad, no conllevaría presiones políticas durante el proceso decisorio, sería menos intrusivo que un control sustantivo judicial y fomentaría una actuación responsable del BCE.

### VI. EL TJUE Y LAS COMPETENCIAS DEL BCE EN EL ÁMBITO DE LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE ENTIDADES DE CRÉDITO

Por último, me gustaría prestar atención al control realizado por el TJUE en relación con otro de los ámbitos de actuación del BCE, el de la supervisión prudencial de entidades de crédito, en el cual la naturaleza del papel y funciones que esta institución desempeña es diferente a la de las responsabilidades que tiene en el ámbito monetario.

Una de las lecciones aprendidas después de la crisis económica y financiera y del descubrimiento de graves deficiencias en sistemas bancarios de varios Estados miembros que amenazaban con contagiar al resto de la Eurozona fue la necesidad de la mejora de la supervisión bancaria a nivel europeo<sup>(39)</sup>. El medio elegido para conseguir este objetivo fue la creación del Mecanismo Único de Supervisión (MUS) sobre la base normativa del art. 127.6 TFUE. Este MUS constituye un sistema de supervisión formado por el BCE y las autoridades nacionales de supervisión que se basa en la cooperación y en el reparto de las tareas de supervisión entre los niveles europeo y nacional para mejorar la solidez del sistema bancario europeo. Como se podrá ver a continuación, la actuación del BCE en el marco del MUS también ha requerido la intervención del TJUE.

#### 1. El control jurisdiccional del margen de apreciación del BCE

Entrando ya en el análisis de la jurisprudencia, estudiaré la postura adoptada por el TJUE a la hora de controlar el margen de apreciación del BCE en su toma de decisiones en el ámbito de la supervisión bancaria, en el que, a diferencia de en el monetario, el BCE no desempeña un papel de definición y ejecución de una política de la Unión.

Los asuntos seleccionados para tal análisis son dos pronunciamientos del TG, en los que, debido al marcado carácter técnico de la materia, me centraré en destacar las manifestaciones más relevantes del Tribunal en detrimento de la exposición del marco jurídico, de los antecedentes de hecho y del estudio detallado de todos y cada uno los motivos alegados por los demandantes.

---

(39) Considerando segundo del Reglamento 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DO L 287, de 29 octubre de 2013, pág. 63).

El primero de los casos es el asunto *Crédit mutuel Arkéa*<sup>(40)</sup>, un recurso de anulación dirigido frente a una Decisión del BCE por la que se establecían los requisitos prudenciales aplicables al grupo bancario francés Crédit mutuel. Entre esos requisitos para las entidades que conformaban el grupo, la Decisión del BCE elevaba la ratio de capital «CET 1» de 8 % a 11 %<sup>(41)</sup>.

Entre los motivos alegados, la demandante, una sociedad que el BCE consideró perteneciente al grupo Crédit mutuel, señaló que la parte de la Decisión del BCE que exigía el aumento de su ratio de capital se basaba en errores de apreciación de la institución. Esa Decisión del BCE se basó normativamente en el art. 16.1 c) del Reglamento 1024/2013, el cual prevé la facultad del BCE para adoptar todas las medidas que considere necesarias si su supervisión determina que los fondos y la liquidez de la entidad supervisada no garantizan una gestión y cobertura adecuadas de sus riesgos. Materialmente, la decisión fue argumentada por el BCE mediante la posibilidad de que la demandante se separase del grupo bancario CM11-CIC y las consecuencias que, según el BCE, de ello se derivaría para ella<sup>(42)</sup>.

Al responder las alegaciones, se podría decir en un primer momento que el TG extendió el ámbito de aplicación del amplio margen de apreciación que ya se le había reconocido al BCE en las materias monetaria y consultiva también a la supervisión prudencial de entidades de crédito. De esta forma, el TG señaló que el BCE se ve obligado a realizar apreciaciones complejas que, sin embargo, no están exentas de control judicial. Por un lado, el respeto a ese margen exige que el control se limite “necesariamente a comprobar el cumplimiento de las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos y la inexistencia de un error manifiesto de apreciación de los hechos y de abuso de poder”<sup>(43)</sup>. Por otro lado, el TG añadió que, junto a la observancia de la garantía procedimental de motivación, el Tribunal debe asegurarse de la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia y comprobar si tales datos son pertinentes para apreciar una situación compleja y adecuados para justificar las conclusiones de ellos derivadas<sup>(44)</sup>. Dicho esto, el TG comprobó si el BCE había incurrido en un error manifiesto de apreciación.

Lo realmente llamativo en este asunto es cómo, a la hora de analizar el posible error de apreciación, el TG expresa su parecer sobre la posición del BCE contenida en su Decisión y los argumentos dados por la demandante en relación con la probabilidad y veracidad de una supuesta separación de la entidad del mencionado grupo bancario. Se puede llegar a afirmar que, superando los temores que el TJ mostró en

---

(40) Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2017, *Crédit mutuel Arkéa/BCE*, T-712/15, EU:T:2017:900.

(41) Concepto de ratio de capital CET I: [https://www.caixabank.com/deployedfiles/caixabank/Estaticos/PDFs/aula/CB\\_Fichas-Aula\\_ratio-capital\\_100\\_ES.pdf](https://www.caixabank.com/deployedfiles/caixabank/Estaticos/PDFs/aula/CB_Fichas-Aula_ratio-capital_100_ES.pdf) (Última fecha de consulta: 29/06/2019).

(42) Apartados 169, 170 y 171 de la Sentencia del TG *Crédit mutuel Arkéa/BCE*, T-712/15.

(43) Apartados 178 y 181, de la Sentencia del TG *Crédit mutuel Arkéa/BCE*, T-712/15.

(44) Apartados 179 y 180, *ibid.*

asuntos como *Gauweiler* o *Weiss*, el TG sí se atrevió en este ámbito a ofrecer una apreciación propia. Tal afirmación se basa en que, tras el análisis del marco jurídico y fáctico, el TG indicó, por ejemplo, que “no cab[ía] excluir” la posibilidad de que la demandante fuese expulsada de su propio grupo y que la salida del grupo “no parec[ía] [desde la perspectiva del Tribunal] tan improbable como para que su toma en consideración” constituya un error de apreciación del BCE<sup>(45)</sup>.

De un modo similar, el TG también realizó un análisis detallado de las posibles consecuencias que el BCE había derivado de la separación de la demandante de su grupo bancario. Para esa valoración, el TG acudió a fuentes técnicas, tales como un informe de una agencia de calificación crediticia y a aquellos datos no controvertidos entre las partes y concluyó que el BCE no había cometido errores de apreciación. Finalmente y para desestimar el recurso, el TG valoró la proporcionalidad del aumento de la ratio de capital y, tras volver a recordar el margen de apreciación del BCE, concluyó que la fundamentación de los razonamientos utilizados por el BCE para justificar su medida no permitía observar errores de apreciación ni un carácter desproporcionado de la medida<sup>(46)</sup>.

Si bien esta primera sentencia permite ya apreciar un control más profundo y sustantivo de los razonamientos del BCE, el asunto *Confédération nationale du Crédit mutuel*<sup>(47)</sup> permite observar aún más claramente cómo el TG, a pesar de reconocer ese amplio margen de apreciación al BCE, aplica una supervisión mucho más estricta que la utilizada por el TJ en el ámbito monetario.

En ese supuesto, la demandante, el órgano central del grupo bancario Credit mutuel, planteó un recurso de anulación del artículo 263 TFUE frente una Decisión del BCE mediante la cual la institución se negaba a aplicar la exención entonces prevista en el art. 429.14 del Reglamento 575/2013<sup>(48)</sup>. En base a esta exención, la demandante hubiese podido excluir del cálculo de su ratio de apalancamiento<sup>(49)</sup> las exposiciones constituidas por los importes correspondientes a productos que la propia demandante debía transferir obligatoriamente a una entidad pública francesa. En su Decisión, el BCE afirmó que la demandante cumplía los requisitos señalados en el artículo, pero señaló que, en virtud del tenor literal del artículo, tenía un poder discrecional para conceder la exención aun cuando se cumpliesen todos los requi-

---

(45) Apartados 185 a 188, *ibid*.

(46) Apartados 202 a 205, de la Sentencia del TG *Crédit mutuel Arkéa/BCE*, T-712/15.

(47) Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2018, *Confédération nationale du Crédit mutuel/BCE*, T-751/16, EU:T:2018:475; Esta Sentencia del TG vino acompañada de otros cinco pronunciamientos prácticamente idénticos del TG: Sentencias del TG de 13 de julio de 2018, *Banque postale/BCE*, T-733/16, EU:T:2018:477; *BPCE/BCE*, T-745/16, EU:T:2018:476; *Société générale/BCE*, T-757/16, EU:T:2018:473; *Crédit agricole/BCE*, T-758/16, EU:T:2018:472 y *BNP Paribas/BCE*, T-768/16, EU:T:2018:471.

(48) Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 (DO L 176, de 27 junio de 2013, pág. 1).

(49) Sobre el concepto «ratio de apalancamiento»: <https://www.bbva.com/es/ratio-apalancamiento-bancario-la-calidad-tan-importante-la-cantidad/> (Última fecha de consulta: 29/06/2019).



sitos. Así, el BCE consideró que había otras razones técnicas que justificaban la no aplicación del artículo 429.14 del Reglamento.

En este contexto, la demandante atacó la Decisión mediante múltiples alegaciones. Por un lado, la demandante consideró que el art. 429.14 del Reglamento no preveía ninguna facultad discrecional para el BCE. Asimismo, alegó que la ilegalidad de la Decisión se basó en un error de Derecho del BCE y, subsidiariamente, en el carácter manifiestamente erróneo de la apreciación del BCE y desproporcionado de la Decisión. Por último, la demandante acusó al BCE de violar su obligación de tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes.

En cuanto al primer motivo de la demandante, el Tribunal llevó a cabo una extensa interpretación del artículo controvertido y concluyó que el BCE sí tenía una facultad discrecional para denegar la excepción prevista en dicha disposición<sup>(50)</sup>.

Antes del análisis del resto de motivos y como consecuencia del reconocimiento de esa facultad discrecional, el TG hizo un breve inciso para recordar una vez más que el BCE tenía una amplia facultad de apreciación para decidir aplicar la excepción y que, por lo tanto, su control debía limitarse “a comprobar que la Decisión impugnada no est[aba] basada en hechos materialmente inexactos, no est[aba] viciada[ada] de ningún error de Derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación, ni de desviación de poder”<sup>(51)</sup>. En ese ejercicio de supervisión, el Tribunal afirmó que debe velar por el respeto de garantías procedimentales sin sustituir la valoración del BCE.

A efectos de ejercitar ese control, el TG valoró la legalidad de las razones que el BCE había expuesto en uno de los apartados de su Decisión para justificar su oposición a la aplicación de la excepción. En ese análisis, el TG incluyó una limitación para el ejercicio de la facultad discrecional del BCE. Así, el TG estableció que BCE debe ejercitar su facultad sin utilizar razones que hagan inaplicable la excepción e incumplan los objetivos perseguidos por la misma privándola de su efecto útil<sup>(52)</sup>.

Lo verdaderamente interesante de este asunto es, de nuevo, el detalle con el que el TG analizó los argumentos del BCE para denegar la excepción y determinó que estos carecían de pertinencia, ya que, según el TG, partían de consideraciones que eran inherentes a la propia excepción prevista y permitida<sup>(53)</sup>. En consecuencia, aceptarlas conllevaría negar la propia operatividad general de la excepción y privarla de ese efecto útil. Asimismo, el TG condenó que el BCE había negado y hecho prácticamente inaplicable la excepción, entre otros motivos, por valorar la posibilidad de que el Estado francés incumpliese sus obligaciones de pago sin hacer un estudio sobre la verdadera probabilidad de que esa situación se diese realmente<sup>(54)</sup>.

---

(50) Apartados 57 y 58 de la Sentencia del TG Confédération nationale du Crédit mutuel/BCE, T-751/16.

(51) Apartados 71 y 72, *ibid.*

(52) Apartados 79 y 81, *ibid.*

(53) Apartados 85 a 91, *ibid.*

(54) Apartados 91, 92 y 93, *ibid.*

Por otro lado y en cuanto a otra de las justificaciones ofrecidas por el BCE en su Decisión, el TG llevó a cabo un extenso y marcadamente técnico análisis para concluir que “la postura de principio del BCE [...] debe considerarse, por su generalidad, manifiestamente errónea”<sup>(55)</sup>. En relación con esto, el Tribunal determinó que el BCE no había realizado un análisis detallado de la cuestión, se había limitado a hacer referencias abstractas y, por lo tanto, no había evaluado todas las circunstancias relevantes del supuesto.

De este modo y ante los errores que el BCE había cometido, el TG estimó las pretensiones de la demandante y declaró por primera vez la nulidad de una Decisión del BCE en esta materia<sup>(56)</sup>.

Como ya señalé anteriormente a raíz del comentario de la sentencia *Gauweiler*, el Tribunal de Justicia garantizó al BCE un amplio margen de apreciación en el contexto de la política monetaria. Por su parte, en el ámbito de la supervisión bancaria el TG le ha reconocido, al menos formalmente, también un amplio margen de apreciación. No obstante, es evidente que el TG ha sabido identificar que las tareas desarrolladas por el BCE en esta materia tienen una naturaleza muy distinta a la de sus competencias en el ámbito monetario. En esta línea, merece ser subrayado cómo, al justificar jurisprudencialmente el margen de apreciación del BCE, el TG es suficientemente cuidadoso de no hacer referencia a los asuntos *Gauweiler* o *Weiss*. Así, el propio TG recuerda en sus sentencias que se trata de procedimientos de carácter administrativo, los cuales están regulados por un complejo, técnico y detallado conjunto normativo que inevitablemente vincula al BCE y limita, al menos en parte, su margen de apreciación. De esta forma, el control judicial en este ámbito deja claro que en materia de supervisión prudencial el BCE no dirige una política de la Unión amparado bajo una independencia de alcance indeterminado, sino que es una institución administrativa que aplica normas cuyos objetivos y finalidades a perseguir ya han sido predefinidos por el legislador. Finalmente, esto lleva a concluir que, en este ámbito, el BCE ha de esperar del TJUE un escrutinio y supervisión más exigentes que en el marco de la definición de la política monetaria de la Unión.

## VII. CONCLUSIONES

Una vez analizada la jurisprudencia del TJUE, se puede concluir que el estatuto jurídico del BCE y la naturaleza de las tareas encomendadas al mismo presentan un verdadero reto desde el punto de vista del control jurisdiccional.

A pesar de que el TJUE ha reconocido que el BCE está sometido a su control jurisdiccional y a los límites que los Tratados le imponen, la vinculación de su inde-

---

(55) Apartados 99 a 110 de la Sentencia del TG *Confédération nationale du Crédit mutuel/BCE*, T-751/16.

(56) Así lo destacan BOSQUE, C. y PIZARROSO, A. “The European Central Bank – judicial review of monetary policy and banking supervision”, *Blog EU Law Analysis*, 2019. <https://eulawanalysis.blogspot.com/2019/01/the-european-central-bank-judicial.html> (Última fecha de consulta: 26/06/2019).

pendencia al ejercicio de sus funciones en la dirección de una política monetaria de por sí indeterminada ha implicado que el propio TJ ejerza un control precavido y limitado por su temor a violar él mismo esa independencia, la cual también ha de respetar en virtud del art. 130 TFUE. En cambio, el Tribunal se ha mostrado contundente a la hora de proteger esa independencia y no ha vacilado a la hora de anular por primera vez una decisión nacional en el marco de la aplicación de una de sus garantías fundamentales.

En relación con la independencia del BCE y el carácter técnico de la materia, la práctica revela que el TJUE ha aplicado un control también limitado y procedimental sobre el margen de apreciación del BCE en el ámbito monetario. En consecuencia, es evidente que el método de supervisión aplicado por el TJUE en este ámbito tiene una eficacia restringida, ya que únicamente podría ser útil ante errores flagrantes del BCE. Dicho esto y dejando de lado la opción de un control judicial sustantivo que pudiese transgredir esa independencia y sería de difícil ejecución dada la naturaleza incierta de la materia, una posible medida alternativa para fortalecer el control de la actuación monetaria del BCE sería, como ya comentaba, el aumento de la transparencia de su actuación a través de un control político complementario y a posteriori por parte del Parlamento Europeo.

Por último, la indeterminación de la independencia del BCE en el ámbito monetario no ha impedido que el TJUE haya sido capaz de encontrar un límite al alcance de la misma: la supervisión prudencial de entidades de crédito. La jurisprudencia del TJUE ha confirmado que el BCE es una institución con una doble naturaleza político-administrativa y que, cuando actúa en el ámbito administrativo de la supervisión prudencial, su margen de apreciación será sometido a un control más exigente que en el ámbito monetario, ya que aquí ese margen se deriva no tanto de su independencia como de la complejidad técnica de la materia, de la naturaleza subjetiva de sus evaluaciones y de la incertidumbre que caracteriza a los elementos fácticos a valorar.



# LA DESNATURALIZACIÓN DEL DECRETO–LEY: UN SALVOCONDUCTO DEL GOBIERNO ANTE SU DEBILIDAD PARLAMENTARIA <sup>(1)</sup>

GUILLERMO PIQUERO JIMÉNEZ

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA COMPRESIÓN INTERPRETATIVA EN TORNO AL CONTENIDO DEL PRESUPUESTO HABILITANTE
  - 1. **La extraordinaria necesidad**
  - 2. **La urgente necesidad**
  - 3. **El debilitamiento de los instrumentos valorativos: la motivación razonada y la conexión de sentido**
- III. LA CRÓNICA DE UN NUEVO ABUSO: DE LA IRRUPCIÓN DEL MULTIPARTIDISMO A LA MOCIÓN DE CENSURA
- IV. EL CUESTIONADO PAPEL DE LA DIPUTACIÓN PERMANENTE: ¿UN ÓRGANO LEGISLADOR?
- V. UN ENSAYO DE CONSTITUCIONALIDAD TRAS LA INESTABILIDAD DEL EJECUTIVO
- VI. CONCLUSIONES: LA EROSIÓN DEL PARLAMENTARISMO
- VII. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2018, momento en el que me decanté por el tema del presente trabajo, faltaban tan solo dos meses para que la Constitución Española cumpliera 40 años. Entonces creí que sería una buena idea dedicar el final de mi carrera universitaria a estudiar una institución propia de la Carta Magna, norma que ha garantizado el

---

(1) Versión realizada sobre el Trabajo de Fin de Grado titulado “La desnaturalización del Decreto-ley. El Gobierno como Legislador”, que fue defendido en la Universidad de Oviedo el 27 de junio de 2019.

marco de convivencia en el que he nacido y he crecido. Durante esos días, un tema clásico del Derecho Constitucional que estaba muy presente en el debate jurídico, y en el de la arena política, era nada menos que el abuso del decreto-ley. Hacía escasos cuatro meses que prosperaba por primera vez una moción de censura, y el silogismo «gobierno y mayoría parlamentaria» se había roto definitivamente. Ante una evidente situación de incapacidad en las Cortes Generales, el Ejecutivo decidió comenzar a aplicar sus medidas programáticas exclusivamente a través de su potestad legislativa de urgencia. Desnaturalizando la «extraordinaria y urgente necesidad» para la que se concibió la previsión del artículo 86 CE, todas las iniciativas legislativas emanadas directamente del Gobierno han sido aprobadas mediante decreto-ley. El arriesgado ejercicio de aunar los apoyos suficientes en la votación de convalidación ha resultado exitoso, asegurando la supervivencia de un Ejecutivo notablemente débil durante nueve meses. Sin embargo, esta etapa de evasión del Parlamento no hubiera sido posible si el nuevo Gobierno no se hubiese visto avalado por la trayectoria interpretativa del Tribunal Constitucional en torno al presupuesto habilitante. Desde su primer pronunciamiento en 1982 sobre el uso de la legislación de urgencia, el Tribunal romperá con el carácter excepcional del decreto-ley sellado por el constituyente, abriendo la senda hacia la relajación de los requisitos constitucionales.

El decreto-ley del ordenamiento constitucional español hunde sus raíces históricas en la Revolución de 1868, cuando el Gobierno Provisional del General Serrano comenzará a dictar decretos de urgencia ante la falta de convocatoria de las Cortes. La prudente recepción que realiza el artículo 86 CE es consecuencia del uso desmedido que de esta figura se había estado realizando en épocas pasadas. Durante la dictadura franquista, la absoluta arbitrariedad en el ejercicio de la facultad atribuida al Jefe del Estado por las Leyes Fundamentales del Régimen, se debe considerar la consecuencia lógica de la escasez de convocatorias plenas de las Cortes franquistas<sup>(2)</sup>. Años después, en el camino de España hacia la plena normalidad democrática, el Gobierno de Adolfo Suárez utilizará el decreto-ley reconocido en el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes para afrontar la gravedad de la economía española, para sentar las bases del sistema democrático o como clave de bóveda del nuevo sistema territorial. De esta forma, la respuesta que otorga la Constitución de 1978 es «*un reflejo reactivo muy intenso y perfectamente justificado*»<sup>(3)</sup> a esa situación por la que se venía atravesando.

---

(2) La urgencia que motivará la emanación de los decretos-leyes durante la dictadura se manifiesta como la distorsión de un concepto jurídico indeterminado vinculada a la concentración del poder en el Jefe del Estado, que hará un constante uso de la facultad reconocida en las Leyes Fundamentales del franquismo. Se utilizarán los decretos-leyes para hacer frente a las catástrofes naturales, al paro o al fomento de vivienda. Asimismo, será el instrumento idóneo para la ratificación de acuerdos internacionales o para la creación de impuestos. *Vid.* Salas J., "Los Decretos-Leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia", *Revista de Administración Pública*, núm. 51, 1966, págs. 81 a 89.

(3) García de enterría, E., Fernández Rodríguez, T-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Navarra, 2017, pág. 171.

Tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, el decreto-ley no va a constituir, como resulta de la tradición histórica, una quiebra del equilibrio institucional, es decir, del reparto de poder entre el Ejecutivo y el Parlamento, sino la habilitación legislativa del Gobierno que encuentra su reconocimiento en la propia Constitución. Las características más claras que se desprenden del artículo 86 CE son dos: la *excepcionalidad* y la *provisionalidad*. Ante todo, el decreto-ley es una norma excepcional, pues como ha recordado el Tribunal Constitucional a lo largo del camino de su jurisprudencia: «El artículo 86 CE habilita, desde luego, al Gobierno para dictar normas con fuerza de ley, pero en la medida en que ello supone la sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa»<sup>(4)</sup>. En segundo lugar, destaca el carácter provisional del decreto-ley. Sin embargo, la provisionalidad no se refiere estrictamente a la vigencia de las medidas introducidas por la legislación de urgencia (*contenido*); sino al instrumento jurídico o la forma que las envuelve (*continente*)<sup>(5)</sup>. De este modo, en tanto no se produce el pronunciamiento del Congreso de los Diputados en el plazo indispensable de 30 días desde la promulgación del decreto-ley, no tiene lugar su definitiva incorporación en el ordenamiento jurídico de manera estable y con plena fuerza pasiva. De forma que la legislación de urgencia se encomienda a un «*órgano complejo*»<sup>(6)</sup> que integran los órganos de dirección política del Estado: el Gobierno y el Congreso de los Diputados, que por sí solo no monopoliza la capacidad legislativa. Además, el artículo 86 CE limita en una doble vertiente la facultad excepcional que atribuye al Gobierno para dictar normas con rango de ley. Siguiendo este esquema, la limitación viene establecida, por un lado, por la debida existencia de un presupuesto habilitante concreto en el uso del decreto-ley: la cláusula de extraordinaria y urgente necesidad. Por otro lado, por la imposibilidad de que el Gobierno «afecte» mediante su potestad legislativa de urgencia a determinadas materias (el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado; el régimen de las Comunidades Autónomas, los derechos, deberes y libertades regulados en el Título I; así como el régimen electoral general) por creer el constituyente que eran merecedoras de ser reguladas mediante una ley parlamentaria.

Durante las cuatro décadas de democracia, el Consejo de Ministros no ha utilizado el decreto-ley exclusivamente para adoptar medidas concretas, o con una vigencia limitada en el tiempo, sino que ha aprobado reformas de liberalización con clara vocación de permanencia en sectores trascendentales para la economía española, ha llevado a cabo la transposición de derecho comunitario, o incluso ha pretendido asegurar el ritmo de crecimiento económico a través de la legislación de

---

(4) Argumento invocado por el Tribunal Constitucional en todos sus pronunciamientos. Entre otros, STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3.º.

(5) Cruz Villalón, P. “Tres sentencias sobre el Decreto-ley (STC 29/1982, 6 y 111/1983), AA.VV., *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Diputació de Barcelona, Barcelona, 1985, págs. 139 y ss.

(6) La doctrina del órgano complejo es impulsada por Ignacio de Otto. *Vid.* Otto, I. De, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

urgencia. La crisis económica y financiera que irrumpió en España en el año 2008 ha sido una nueva vuelta de tuerca al abuso de esta norma excepcional. A través del decreto-ley, el Gobierno asumió el cumplimiento de los compromisos de estabilidad presupuestaria con la Unión Europea, emprendiendo reformas estructurales en los pilares básicos del Estado del Bienestar: la educación y el sistema sanitario. Tras la XII legislatura, el examen de constitucionalidad de los decretos-leyes emanados del último Gobierno puede que abra una nueva fase de relajación de los requisitos constitucionales en sede jurisprudencial. En cualquier caso, las cifras y la experiencia son claras: el abuso constante del decreto-ley ha debilitado el pluralismo político y la confrontación de proyectos que asegura el parlamentarismo.

## II. LA COMPRENSIÓN INTERPRETATIVA EN TORNO AL CONTENIDO DEL PRESUPUESTO HABILITANTE

El presupuesto habilitante se consagra en el ordenamiento constitucional español como la base de legitimación de la emanación de la legislación de urgencia. La posición constitucional que ostenta el Gobierno trae como consecuencia la capacidad de decisión sobre los instrumentos normativos que considere más eficaces para la dirección política del Estado y, por consiguiente, un margen de apreciación discrecional de la extraordinaria y urgente necesidad para recurrir al decreto-ley. El Tribunal Constitucional, desde una posición *self-restraint*, debe respetar el juicio emitido por el órgano político, centrando su tarea de fiscalización en garantizar un recurso adecuado de la potestad legislativa de urgencia del Ejecutivo, rechazando cualquier uso abusivo o arbitrario.

### 1. La extraordinaria necesidad

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado muchas veces, más de las que desearía<sup>(7)</sup>, sobre la caracterización de la cláusula de extraordinaria y urgente necesidad, y desde muy pronto, adoptó una posición generosa hacia el Ejecutivo. Todo apunta a que esta postura hizo que los sucesivos gobiernos se vieran avalados en sus papeles de colegislador, invadiendo la función natural que corresponde a las Cortes Generales. Una de las primeras veces que el TC entra a definir el presupuesto habilitante, afirma que la extraordinaria necesidad que legitima el uso del decreto-ley no tiene un carácter absoluto que conlleva un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público, sino que esta cláusula constitucional se debe afrontar con una mayor amplitud, pues más bien se trata de una necesidad relativa «respecto de

---

(7) Pérez Royo, J. “La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno”, AA.VV., *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Diputació de Barcelona, Barcelona, 1985, págs. 139 y ss.



situaciones concretas de los objetivos gubernamentales»<sup>(8)</sup>. A partir de esta interpretación, se abrió un panorama que hizo del decreto-ley no una norma jurídica utilizable en los clásicos peligros para el sistema político, sino un instrumento «*simplemente necesario*»<sup>(9)</sup> en el ejercicio del impulso y dirección política del Estado. La solución que adopta parte de la clásica distinción aportada por la doctrina italiana entre «*necesidad absoluta*» y «*necesidad relativa*»<sup>(10)</sup>, y amparándose en que la Constitución encuentra solución a las crisis del sistema político (estado de excepción, de alarma y de sitio) en el artículo 116 CE, el TC desdramatiza la necesidad que el artículo 86.1 CE caracteriza como «*extraordinaria*» y como «*urgente*». Su criterio confunde gravemente, como aprecia Aragón Reyes, el carácter excepcional de la situación que viene a regular el decreto-ley con el carácter excepcional de la propia norma<sup>(11)</sup>. Así todo, haciendo una interpretación demasiado dúctil, el TC ha entendido que el Gobierno puede hacer uso de la potestad normativa de urgencia para dar respuestas a las circunstancias cambiantes de la sociedad actual. De esta suerte, el TC diseñó un nuevo concepto jurídico indeterminado: las «*coyunturas económicas problemáticas*»<sup>(12)</sup>. Además, situando al decreto-ley en el tablero político como un instrumento perfecto para «*alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país*»<sup>(13)</sup>, la potestad legislativa de urgencia del Ejecutivo se ha acabado convirtiendo en un atajo para desarrollar su programa político<sup>(14)</sup>. En todo caso, resulta inquietante para el sistema de fuentes que el papel que atribuye el Tribunal a la legislación de urgencia coincida plenamente con el que corresponde naturalmente a la ley emanada del procedimiento legislativo. Ante esta tesitura, se presenta difícil la tarea de trazar una línea de separación entre la ley parlamentaria y la legislación de urgencia emanada del Gobierno<sup>(15)</sup>.

(8) La desdramatización del presupuesto habilitante se consagra por primera vez en la STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5.º.

(9) Soriano, J.E., “Los decretos-leyes en la jurisprudencia constitucional española”, *RAP*, 100-102, 1983, pág. 457.

(10) Esposito apunta a que el decreto-ley del ordenamiento italiano puede adoptar medidas necesarias y urgentes solo en relación a los fines contemplados por el Gobierno. *Vid.* Esposito, C. “Decreto-legge”, *Enciclopedia del Diritto, Volumen XI*, Giuffrè Editore, Milano, 1982, págs. 834 y 835.

(11) Aragón Reyes, M., *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016, págs. 58 y 59.

(12) A lo largo de las últimas décadas el TC ha considerado como coyunturas económicas problemáticas la expropiación del *holding* de empresas RUMASA ante la inestabilidad del sistema financiero (STC 111/1983, de 2 de diciembre); las constantes medidas de saneamiento del déficit público (STC 182/1997, de 28 de octubre), o la necesidad de estimulación del mercado del automóvil (STC 137/2003, de 3 de julio).

(13) STC 23/1993, de 21 de enero, FJ 5.º.

(14) Por ejemplo, el TC respaldó la concurrencia de la «*extraordinaria y urgente necesidad*» para que el Gobierno derogase el Plan Hidrológico Nacional de 2001 «*cuya observancia y cabal cumplimiento no estuvieron nunca a disposición del Ejecutivo*», tras un cambio de sentido en el criterio político. STC 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 6.º.

(15) García Majado se pregunta: «¿Cuál es entonces la frontera que separa, si es que existe, a la legislación ordinaria de la legislación de urgencia?». *Vid.* García Majado, P., “40 años de legislación de

El análisis parcial del contenido del presupuesto habilitante lleva a pensar que la extraordinaria necesidad debe presentarse como un acontecimiento cuyo pronóstico no cabe exigir a un «*Gobierno atento*»<sup>(16)</sup>. Sin embargo, en cuanto al carácter imprevisible de la coyuntura, el TC ha relajado su postura, admitiendo que «la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su previsibilidad, e incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del Gobierno»<sup>(17)</sup>. En torno a esta interpretación, el TC ha admitido que, a pesar de un notable retraso en el plazo de la adaptación de directivas europeas por parte del Gobierno, éste pueda recurrir al decreto-ley para llevar a cabo la transposición a fin de evitar una nueva condena por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>(18)</sup>. En la misma dirección de diluir la importancia de la imprevisibilidad, el TC ha admitido el decreto-ley como un instrumento adecuado para que el Gobierno ejecute una de sus sentencias y dé respuesta, años después, al vacío legal creado por la declaración de inconstitucionalidad de una Ley estatal<sup>(19)</sup>.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha cerrado la puerta a admitir la constitucionalidad de varios decretos-leyes por los que se adoptaban medidas para resolver algunas situaciones prolongadas en el tiempo, y a las que el Ejecutivo bien pudiera haber dado respuesta antes. Destacando algunos casos, el Tribunal no apreció el carácter extraordinario de la necesidad señalada por el Gobierno en el Real Decreto-Ley 13/2005, que modificaba la Ley 4/1986, *de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado*. El TC consideró que habían transcurrido veinte años desde la aprobación del régimen de restitución de los bienes y derechos incautados a las organizaciones sindicales durante la guerra civil española, y que, aunque el Gobierno consideraba imprescindible reformar la normativa anterior para hacer efectiva la restitución a las organizaciones sindicales, no se estaba enfrentando «a una situación de excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad»<sup>(20)</sup>. El TC tampoco ha apreciado las notas de la extraordinaria necesidad en la aprobación de un decreto-ley por el cual se concede un crédito extraordinario al Ministerio de Defensa, cumpliendo así las obligaciones derivadas de un programa especial de armamento, pues «el momento que la obligación de hacer frente al pago de estos programas es periódica y por tanto, previsible y programable»<sup>(21)</sup>.

---

urgencia”, Punset Blanco, R.; Álvarez Álvarez, L., (coords.), *Cuatro décadas de una constitución normativa (1978-2018)*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2018, págs. 394 y 395.

(16) Santamaría Pastor, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2009, pág. 199.

(17) STC 11/2002, de 17 de enero, FJ 6.º, que inauguraría una nueva línea jurisprudencial.

(18) Bajo el criterio adoptado en sede del TC, es necesario que el Ejecutivo haya definido, además, la dimensión material de la necesidad de acudir al decreto-ley para adaptar el Derecho interno, como bien pudiera ser los intereses en juego de un sector estratégico para la economía española. STC 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 6.º.

(19) STC 199/2015, de 24 de septiembre, FJ 5.º.

(20) STC 125/2016, de 7 de julio, FJ 3.º.

(21) STC 126/2016, de 7 de julio, FJ 4.º.

## 2. La urgente necesidad

La premura o la inmediatez en el tiempo con que el Gobierno debe dar respuesta a una situación problemática, sin quebrantar la efectividad de la medida, se configura como la columna vertebral de la potestad legislativa de urgencia que el artículo 86 CE confiere al Ejecutivo. El TC sostiene que el decreto-ley es constitucionalmente utilizable cuando una situación que ha sido calificada por el Gobierno como «extraordinaria» reclama «una acción normativa que, por lo ordinario, compete al Legislador, pero que precisamente por esa necesidad, y no poder ser atendida por una acción normativa emanada de las Cortes Generales, se autoriza al Gobierno»<sup>(22)</sup>. Tal y como sostiene Santolaya Machetti, «urgente es, en el ordenamiento jurídico español, todo aquello que teniendo que ser abordado por el Parlamento, “debe”, sin embargo, estar realizado en el plazo menor de dos meses»<sup>(23)</sup>. De este modo, el Tribunal perfila el carácter urgente de la necesidad en torno a la imposibilidad de alcanzar los objetivos gubernamentales a través del procedimiento legislativo de urgencia (93 y 94 RCD; 133 a 135 RS), que permite una reducción a la mitad de los plazos parlamentarios. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional nunca ha contrastado la urgencia de la intervención jurídica del Gobierno con la agilidad que permitiría el procedimiento en lectura única de un proyecto de ley. Una vía rápida que, por tanto, el TC ha descartado en favor de la intervención legislativa excepcional del Gobierno, en detrimento de las Cortes Generales. Y ahondando aún más en su generosidad interpretativa, el TC ha avalado el uso del decreto-ley para regular materias a las que basta el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno. Basándose en la inexistencia de reserva material a favor del reglamento en nuestro ordenamiento constitucional, la jurisprudencia ha admitido que un decreto-ley eleve y congele el rango normativo de materias que anteriormente se encontraban deslegalizadas. Esta operación jurídica choca con el carácter de la vía reglamentaria, que por sí misma demuestra ser una vía rápida y eficaz, capaz de disciplinar una materia en un tiempo notablemente menor al que precisa el procedimiento parlamentario. Esta posición encontrará una importante voz crítica de la entonces Presidenta del Tribunal, que sostendrá firmemente que quien debe legislar sobre cualquier materia «es solo el verdadero legislador, es decir, las Cortes Generales, y no el Gobierno con ocasión del ejercicio excepcional, de facultades legislativas»<sup>(24)</sup>.

Asimismo, el carácter urgente ha ido desvaneciéndose en sede jurisprudencial, pues pesa a exigirse en un primer momento que las medidas introducidas la legislación de urgencia debían de ser «concretas y de eficacia inmediata»<sup>(25)</sup>, el TC permite que el decreto-ley aprobado por el Gobierno diseñe un nuevo marco jurídico, pero

(22) STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 4.º.

(23) Santolaya Machetti, P., *El Régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 112.

(24) Votos particulares formulados por María Emilia Casas Baamonde a las SSTC 332/2005 y 329/2005, ambos pronunciamientos del 15 de diciembre.

(25) STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 6.º.

remitiendo su desarrollo a una fase posterior. La habilitación para un futuro desarrollo normativo tiene como *conditio sine qua non* que el decreto-ley suponga una innovación efectiva en el ordenamiento jurídico y, además, que el Ejecutivo indique expresamente el plazo de elaboración de las normas que desarrollen su contenido. Esta doctrina tuvo su punto de partida en el diseño con urgencia del marco jurídico que permitió al Gobierno impulsar los Planes de Reconversión de la industria pesada en España, avalando el TC su constitucionalidad por no ser «una norma deslegisladora, sino habilitante»<sup>(26)</sup>. Pero lejos de rodearse de las obligadas cautelas que permiten la relajación en torno al requisito de la urgencia, el Gobierno ha eludido reiteradamente el plazo perentorio que debe darse a sí mismo. Así ocurre con las prototípicas medidas urgentes en materia presupuestaria, que, ante la necesidad de cumplir el objetivo del déficit comprometido con Bruselas, o de elevar el gasto público, el Gobierno autoconcede a distintos Ministerios la facultad de aprobar todas las disposiciones que sean necesarias para su desarrollo<sup>(27)</sup>. La gravedad deriva del incumplimiento de las exigencias constitucionales, máxime cuando estas medidas escapan de la aprobación y control de los Presupuestos Generales del Estado que corresponde naturalmente al Parlamento en virtud del artículo 134 CE.

En la misma sintonía de separar la urgencia de intervenir jurídicamente ante el desafío de una coyuntura problemática y de la urgencia de la ejecución de las medidas contenidas, el TC permite el reenvío de algunas de las disposiciones previstas en el decreto-ley a un momento posterior de la entrada en vigor de la norma. Esta cláusula de transitoriedad cobraría sentido tras la consolidación del decreto-ley como un instrumento normativo que introduce grandes reformas en el ordenamiento jurídico. El Tribunal es comprensible con la necesidad de un periodo de adaptación de las reformas de importante calado. Por ejemplo, mediante la Disposición Transitoria 1.ª del Real Decreto-Ley 16/2012, *de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*, el Gobierno estableció que los ciudadanos extranjeros sin permiso de residencia, afectados por la eliminación del carácter universal del sistema de salud, iban a seguir disfrutando de la asistencia sanitaria hasta pasados cuatro meses desde la publicación del decreto-ley en el Boletín Oficial del Estado.

### **3. El debilitamiento de los instrumentos valorativos: la motivación razonada y la conexión de sentido**

Dos son los instrumentos de valoración que ostenta el TC para dar el respaldo de constitucionalidad al uso de la legislación de urgencia en pleno respeto al artículo

---

(26) STC 29/1986, de 20 de marzo, FJ 2.º, que avaló la constitucionalidad del Real Decreto-ley 8/1983, de 30 de noviembre, *de reconversión y reindustrialización*.

(27) Práctica común entre los gobiernos de distinto signo. De la etapa de crisis económica y financiera, en el marco del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera de los Estados miembros, se puede destacar, por ejemplo, el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, *de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público*.

86 CE, y ambos han quedado completamente trastocados tras el uso reiterado del decreto-ley para combatir los efectos de la crisis económica y financiera. El primero de ellos es la *motivación explícita y razonada* de las razones que llevaron al Gobierno a hacer uso de la facultad excepcional de aprobar un decreto-ley. El Tribunal vuelve a protagonizar un giro hacia la flexibilización de los requisitos del uso de la legislación de urgencia, permitiendo que la motivación no deben reflejarse siempre en la norma, sino que «tal presupuesto cabe deducirlo de una pluralidad de elementos»<sup>(28)</sup>: aquellos motivos reflejados en la Exposición de Motivos del decreto-ley, los invocados por el miembro del Gobierno en el debate parlamentario para su defensa y convalidación, así como los contenidos en el expediente de elaboración. Además, la valoración de los factores que llevaron al Ejecutivo a dictar el decreto-ley debe realizarse en su conjunto, «*produciéndose un curioso fenómeno de la carga de la prueba*»<sup>(29)</sup>, al verse obligado el Tribunal a buscar los motivos de aprobación de la disposición excepcional fuera de la literalidad de la norma.

En cuando al carácter de los motivos invocados, las razones de marcada abstracción fueron contundentemente rechazadas por el Tribunal en la STC 68/2007, de 28 de marzo, tras aprobar el Gobierno un nuevo sistema de protección por desempleo a través de la legislación de urgencia, como respuesta a la ruptura de las negociaciones con los sindicatos y la amenaza de huelga general<sup>(30)</sup>. El TC aseveró que «la cambiante situación de la economía internacional» o la «necesidad de resolver una situación de paro que arrastraba España desde hace décadas» eran fórmulas «de prácticamente imposible control constitucional»<sup>(31)</sup>. Sin embargo, esta inédita doctrina ha sido una excepción a la regla general mantenida en los últimos años en los que el decreto-ley se arrogó el papel de solventar las consecuencias del «*estado de excepción*»<sup>(32)</sup> que pasó a ser la recesión económica. En contadas ocasiones, motivaciones rituales como el «recrudecimiento de la economía española» no han superado el canon de control de concurrencia del presupuesto habilitante<sup>(33)</sup>. La tendencia que se consolidó fue avalar la estrategia del Gobierno de consolidación fiscal y de reducción del déficit público. Escogiendo un ejemplo ilustrativo, las motivaciones invocadas por el Ejecutivo para suprimir la paga extraordinaria de diciembre de 2012 a los funcionarios públicos<sup>(34)</sup>

(28) STC 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3.º.

(29) Vega García, A.S., “La cláusula «extraordinaria y urgente necesidad» del decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 68, abril-junio 1990, pág. 260.

(30) En ese contexto de tensión política, el Ejecutivo decidió aprobar el Real Decreto-Ley 5/2002, *de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad*.

(31) STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 10º.

(32) Arana García, E., “Uso y abuso del decreto-ley”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 191, mayo-agosto 2013, pág. 350.

(33) Al pronunciamiento del año 2007 se sumará en clave de excepción a la regla general la STC 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 4.º.

(34) Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, *de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*

no fueron para el Tribunal imprecisas o retóricas, sino que partían «de una situación de recesión y crisis económica y financiera que es real y conocida; (...) y también de unos compromisos que son igualmente conocidos»<sup>(35)</sup>.

El segundo instrumento de control del que hace uso el TC es la *conexión de sentido* o el juicio de adecuación que debe existir entre la coyuntura extraordinaria caracterizada por el Ejecutivo y la respuesta jurídica que articula para solventarla. De esta manera, la relación de congruencia se configura como la otra cara de la moneda del presupuesto habilitante, al constituirse como condicionante del contenido del decreto-ley, y como un contrapeso más del enorme espacio de discrecionalidad del que goza el Gobierno en el uso de su potestad excepcional. Lo que cabe resaltar es que desaparecida la situación coyuntural, y rota la conexión con la regulación que emana de la misma, ésta no perdería su validez, en todo caso cesaría en su aplicación. De lo contrario, sería admitir que el decreto-ley resiste a una declaración de constitucionalidad sobrevenida, una vez superada la *occasio legis* o circunstancias que motivaron su emanación. Por otra parte, la pérdida fortaleza de este parámetro de control ha venido de la mano de la instauración en el ordenamiento constitucional de los decretos-leyes *omnibus*, o sea, aquellos que introducen medidas vinculadas a unos objetivos y sectores muy dispares entre sí. En busca de otro ejemplo ilustrativo, el exorbitante Real Decreto-Ley 8/2014, *de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*, lleva a cabo una modificación de veinticinco leyes a través de más de ciento veinte artículos. Es difícil buscar la coherencia de una decreto-ley a través del cual el Gobierno, avalado por una intensa agenda reformadora, regula, entre otras muchas cosas, el mercado de hidrocarburos, los aeropuertos, el cine, el acceso a la carrera militar, el cambio de gestión del Registro Civil, la declaración de zonas de gran afluencia turística, el Plan de Garantía Juvenil, o la conmemoración de la primera exposición de Picasso. El TC respaldó la constitucionalidad de la mayor parte de las medidas sobre su propia doctrina de la heterogeneidad intrínseca de las leyes *omnibus*, pero varios Magistrados reprobaban este criterio, sosteniendo que la relajación a la que se había llegado en torno a la puesta en marcha de esta fuente excepcional había llegado a romper «todos los diques constitucionales»<sup>(36)</sup>.

### III. LA CRÓNICA DE UN NUEVO ABUSO: DE LA IRRUPCIÓN DEL MULTIPARTIDISMO A LA MOCIÓN DE CENSURA

Tras la efímera XI Legislatura, el Gobierno se ha venido situando en una situación de debilidad en el seno del Parlamento nunca vista. Si durante la X Legislatura, en la que se vio respaldado por la mayoría absoluta de las dos Cámaras, evadió en

---

(35) STC 81/2015, de 30 de abril, FJ 4.º.

(36) Voto particular que formulan la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos a la STC 199/2015.

reiteradas ocasiones la vía parlamentaria para impulsar las medidas anticrisis, la irrupción del multipartidismo determinará una nueva etapa de abuso del decreto-ley. La difícil aritmética parlamentaria ha provocado que al Ejecutivo le resulte aún más atractivo inutilizar los importantes mecanismos de iniciativa legislativa que ostenta ante la Cortes Generales. Además, los acuerdos para investir a los Presidentes del Gobierno, pero no para gobernar, situarán al Gobierno en una constante situación de tensión con el Parlamento.

El segundo gobierno de Mariano Rajoy, superada la crisis económica en la que el decreto-ley fue pieza fundamental del *iter* de reformas en la economía y el mercado laboral y financiero, seguirá haciendo un uso generoso de la facultad legislativa de urgencia. Hasta la primavera de 2018, cuando el Gabinete cayó censurado, se aprobaron veintiocho decretos-leyes. El Ejecutivo ampliará los horizontes políticos, y comenzará a identificar la «extraordinaria y urgente necesidad» con nuevas coyunturas: desde la previsión de instrumentos para que los consumidores recuperasen las cantidades pagadas por las cláusulas suelo, hasta medidas urgentes que facilitasen el traslado de empresas en territorio nacional, ante los acontecimientos acaecidos en Cataluña tras la declaración unilateral de independencia. Desde la modificación del destino del superávit de las Entidades locales, motivada por la reivindicación de la Federación Española de Municipios y Provincias; hasta la reforma de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres, debido a la urgente necesidad en la que se vio envuelta el Ministerio de Fomento de buscar un equilibrio entre el crecimiento de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor y la oferta del sector del taxi. En este sentido, queda demostrado que el Gobierno, desprendido del automatismo con el que recurrió a la recesión económica como base de legitimación del decreto-ley, seguirá concibiendo las distintas situaciones que pretende afrontar desde su punto de vista «*subjetivo y contingente*»<sup>(37)</sup>. Es decir, definirá las coyunturas a combatir en función de sus objetivos políticos, lejos de perfilar un carácter objetivamente extraordinario. Pese a lograr superar con facilidad el debate parlamentario y la fase de convalidación en la mayoría de ocasiones, no se puede obviar que comenzará a sufrir su minoría parlamentaria: la derogación del primer decreto-ley relacionado con la liberalización del sector de los estibadores en los puertos españoles, tras la condena a España por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Gobierno intentaba dar cumplimiento, tres años después, al fallo europeo, y precisamente a partir de esta falta de adopción de medidas, justificaba la extraordinaria y urgente necesidad del artículo 86 CE<sup>(38)</sup>. Pese a la derrota parlamentaria, el Ejecutivo conservador logró aprobar, después de dos meses de negociaciones, una norma muy parecida a la derogada.

---

(37) Carmona Contreras, A.M., *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pág. 103.

(38) El Real Decreto-Ley 4/2017, de 24 de febrero, modificaba el régimen de los trabajadores del sector de la estiba, dando cumplimiento a la sentencia del TJUE por la vulneración de la libertad comunitaria de establecimiento. El Ministro de Fomento invocaba en el debate parlamentario las advertencias de la Comisaria de Transportes, ante un nuevo fallo que impusiera a España una multa coercitiva. Sin embargo, la oposición

El segundo periodo de la XII Legislatura claramente diferenciado es el que se abre paso tras la moción de censura que, presentada contra Mariano Rajoy, elevó a Pedro Sánchez al Gobierno de España en la sesión celebrada en el Congreso de los Diputados entre el 31 de mayo y el 1 de junio de 2018. La moción de censura consiguió la investidura efectiva de un nuevo gobierno, pero sin garantizar su estabilidad, que tan solo ha contado con el escaso respaldo de 84 diputados. En esta situación de enorme fragilidad, el Gobierno se ha visto obligado a acogerse a la legislación de urgencia para poder aplicar un intenso programa político. Todas las iniciativas legislativas emanadas del Consejo de Ministros en esta etapa han revestido la forma del decreto-ley, hasta alcanzar la alarmante cifra de 34 decretos-leyes en nueve meses. Varias han sido las razones invocadas por el Ejecutivo para recurrir permanentemente a la facultad excepcional que brinda el artículo 86 CE. Entre otras, ha aducido la situación de bloqueo parlamentario o falta de cumplimiento del mandato legal de las Cortes Generales para renovar el Consejo de Administración de RTVE; se ha referido al incumplimiento del plazo exigido para remitir a las Cortes Generales el desarrollo normativo y económico de las medidas del Pacto de Estado contra la Violencia de Género; o ha invocado el compromiso de garantizar la universalidad de la asistencia sanitaria, tras la previa exclusión de las personas no autorizadas a residir en España. También ha alegado, por ejemplo, la drástica reducción de la inversión pública en la investigación científica y tecnológica (I+D+i) durante la crisis económica, o la todavía dependencia de muchas comarcas españolas de la industria de la minería del carbón. Con toda esta riqueza de motivos, el Gobierno entendió reiteradamente la concurrencia del presupuesto habilitante, haciendo uso de su potestad legislativa de urgencia como instrumento más eficiente en favor de sus objetivos políticos. De esta forma, el cauce parlamentario para impulsar sus medidas gubernamentales fue descartado, en detrimento de la definición de la legislación de urgencia como una excepción al debate en las Cortes Generales y a la participación de los grupos políticos.

Así las cosas, uno de los principales motivos por los que el Gobierno surgido tras la moción de censura se entregó al uso constante del decreto-ley, fue el intento de conjurar la mayoría que ostentaba la oposición en la Mesa del Congreso de los Diputados, órgano de gobierno del Parlamento. Los grupos parlamentarios que no respaldaban la acción del Ejecutivo fueron acusados de practicar filibusterismo u obstrucción parlamentaria, al dilatar constantemente el plazo de presentación de enmiendas a los proyectos de ley, así como a las proposiciones de ley impulsadas por los grupos más próximos al Gobierno, una vez que habían sido tomados en consideración por el Pleno<sup>(39)</sup>. Además, el gran obstáculo con el que se encontró el Ejecutivo,

---

se unió para derogar el decreto-ley, criticando la forma, por parte del Gobierno, en la que se reprodujeron las negociaciones sobre los nuevos derechos laborales de los trabajadores.

(39) El artículo 110.1 RCD contempla un plazo de quince días hábiles para que los diputados y los distintos grupos parlamentarios puedan presentar enmiendas a los proyectos de ley del Gobierno. La apertura de este mismo plazo, conforme a los artículos 125 a 127 RCD, también es aplicable a las proposiciones de ley impulsadas por quienes ostentan la facultad de iniciativa legislativa en función del artículo 87 CE. Este



en su tarea de la dirección política del Estado, fue el intento de eliminar la capacidad de veto del Senado a los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública propuestos por el Consejo de Ministros, una vez que son aprobados por el Congreso de los Diputados<sup>(40)</sup>. Pero sin duda, la demostrada capacidad de resistir a través de la invocación permanente de la cláusula de «extraordinaria y urgente necesidad» se mostró inviable tras no poder llevar a cabo una de las políticas más importantes: la presupuestaria<sup>(41)</sup>. Y de nuevo, el Ejecutivo, ante su inédita minoría parlamentaria y la previsible dificultad de aprobar la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019, identificará una nueva coyuntura económica problemática: la necesidad de garantizar la revalorización de las pensiones conforme al Índice de Precios al Consumo previsto (IPC). El Ejecutivo revistió así esta medida del pleno carácter extraordinario y urgente, amparándose en que de no aprobarse las cuentas públicas, los pensionistas sufrirían un inevitable perjuicio<sup>(42)</sup>.

Este panorama dibujado en los últimos meses ha consagrado al decreto-ley como el único instrumento normativo del Gobierno palpable, lejos de ser capaz de ejercer la iniciativa legislativa ante el Parlamento. Como consecuencia de la indudable preponderancia de la legislación de urgencia, la emanación de leyes parlamentarias –tanto las orgánicas como las de carácter ordinario– ha sufrido un importante retroceso. La XII Legislatura lidera la producción legislativa de urgencia en toda la historia de la democracia, representando los decretos-leyes nada menos que el 62’5% del total de las normas con fuerza de ley aprobadas desde septiembre de 2016 hasta marzo de 2019 (apartando de este análisis los decretos legislativos). La cifra se dispara respecto a la X Legislatura en casi veinte puntos, dejando en un plano totalmente secundario a la aprobación de proyectos y de proposiciones de ley. De esta manera, la etapa legislativa que se ha cerrado en marzo representa la más estéril de la etapa

---

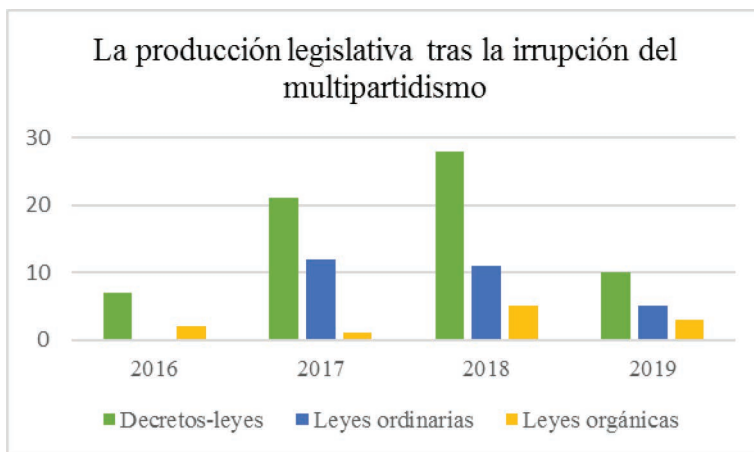
plazo de quince días hábiles puede ser prorrogado por acuerdo de la Mesa del Congreso, en el ejercicio de la facultad sobre prórroga y reducción de plazos que le otorga el artículo 91 RCD. Lo que ha sucedido en la segunda etapa de la XII Legislatura, es que esta previsión de prórroga ha sido utilizada reiteradamente por la mayoría política reflejada en el órgano de gobierno del Congreso de los Diputados, frenando la continuación del *iter legis* de muchas iniciativas impulsadas por el Ejecutivo nacido tras la moción de censura.

(40) Debido a la mayoría parlamentaria del principal partido de la oposición en el Senado, el Gobierno era incapaz de elevar unos nuevos objetivos de déficit público. La acción de gobierno, más allá del impulso a través de la legislación de urgencia, se vio truncada por el camino de obstáculos en que se convirtió la reforma por el procedimiento de urgencia del artículo 15.6 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 abril, *de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*. Según este precepto: “En forma sucesiva y tras el correspondiente debate en Pleno, el Congreso de los Diputados y el Senado se pronunciarán aprobando o rechazando los objetivos propuestos por el Gobierno”.

(41) Aragón Reyes parece predecir la situación que se vendría a instalar en el sistema político español. Vid. aragón reyes M. “Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias”, *REDC*, núm. 109, enero-abril 2017, pág. 25.

(42) Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, *para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo*. En los últimos días del año, e invocando la «extraordinaria y urgente necesidad», el Ejecutivo asumió «el compromiso» de presentar un nuevo modelo de protección por desempleo en los cuatro primeros meses de 2019, que sustituyera lo que consideraba «el hasta ahora vigente modelo complejo, disperso e ineficaz».

democrática en cuanto a normas aprobadas por las Cortes Generales (dejando de un lado en el análisis a la efímera XI Legislatura). La tendencia al alza de la legislación de urgencia en los últimos tres años se ha desatado, suponiendo en el año 2017 un 61'7%, y en 2018 un 63'6% sobre el total de la producción legislativa. La cifra de 2019, hasta el final de la XII Legislatura en el mes de marzo, confirma el crecimiento desmesurado de la legislación de urgencia, representando los decretos-leyes un 62'5%.



FIGURA<sup>(43)</sup>

#### IV. EL CUESTIONADO PAPEL DE LA DIPUTACIÓN PERMANENTE: ¿UN ÓRGANO LEGISLADOR?

El Presidente del Gobierno se vio abocado en febrero de 2019 a hacer uso de la facultad de proponer la disolución anticipada de las Cortes Generales. Pese a esta situación, el Ejecutivo siguió impulsando su programa político vía decreto-ley, al amparo de lo que el propio Gobierno definió los «viernes sociales», y bajo las duras críticas de electoralismo por parte de la oposición<sup>(44)</sup>. La inauguración de un nuevo debate jurídico vino de la mano de la aprobación, justo antes de la disolución de las

(43) Este estudio se cierra sobre la producción legislativa conocida hasta el mes de marzo de 2019. Gráfico de elaboración propia. Datos extraídos de la Página Web del Congreso de los Diputados: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/LeyesAprob?\\_piref73\\_1335447\\_73\\_1335446\\_1335446.next\\_page=/wc/busquedasLeyesAprobadas&anoLey=2018](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/LeyesAprob?_piref73_1335447_73_1335446_1335446.next_page=/wc/busquedasLeyesAprobadas&anoLey=2018). (última consulta a 21 de mayo de 2019).

(44) La Junta Electoral Central concluyó que los denominados *viernes sociales* no incurren en ninguna conducta prohibida por el artículo 50, apartados 2.º y 3.º, de la LOREG, desestimando la pretensión del Partido Popular por la que se solicita la suspensión, durante el proceso electoral, de las ruedas de prensa posteriores al Consejo de Ministros, así como de cualquier otra clase publicidad y divulgación de las medidas

Cortes Generales, del Real Decreto-Ley 5/2019, de 1 de marzo, *por el que se adoptan medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea sin que se haya alcanzado el acuerdo previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea*; así como del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de *medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*. El objetivo de este último decreto-ley no es otro que acabar con todos los espacios de desigualdad entre hombres y mujeres, y para ello, equipara los permisos de paternidad y maternidad, acercando, a lo largo de un periodo transitorio de tres años, a las dieciséis semanas que marca la normativa comunitaria. Abarcando todas las posibilidades de ocupación de las mujeres, el decreto-ley afecta a siete disposiciones con carácter general, entre todas ellas, lleva a cabo una importante reforma del Estatuto de los Trabajadores. La profunda reforma legal que suponían estas medidas urgentes suscitaban dudas en la Mesa del Congreso de los Diputados sobre la posibilidad de los grupos políticos de formular enmiendas al texto inicialmente aprobado del decreto-ley. Por ello, la Secretaría General de la Cámara fue preguntada sobre la posibilidad de que estos decretos-leyes, y los que podría seguir aprobando el Consejo de Ministros, fuesen tramitados, en virtud del artículo 86.3 CE, como proyectos de ley mediante el procedimiento de urgencia durante la convocatoria general y hasta la constitución de las nuevas Cortes Generales. Es en este punto donde cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Ostenta la Diputación Permanente potestad legislativa?

Tal y como establece el artículo 78.2 CE, este órgano asume, cuando las Cortes Generales son disueltas o expiran su mandato, las facultades que corresponden a las Cámaras de acuerdo con los artículos 86 y 116 CE. De esta suerte, resulta claro que la Diputación Permanente guarda intacta la función normativa y de control de convalidar o derogar los decretos-leyes aprobados por el Ejecutivo en ese tiempo ¿Pero qué sucede con la apertura del trámite de conversión en ley que posibilita el artículo 86.3? El artículo 57 RCD es claro al afirmar que la Diputación Permanente asume «todas» las funciones que en relación con los decretos-leyes atribuye el artículo 86 CE al Congreso de los Diputados. Por su parte, el artículo 151.5 RCD reconoce expresamente que «la Diputación Permanente podrá, en su caso, tramitar como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia los Decretos-leyes que el gobierno dicte durante los periodos entre legislaturas». Así, sobre la literalidad de los preceptos, el criterio seguido por los Letrados del Congreso de los Diputados otorga carta de naturaleza a que la Diputación Permanente ostente potestad legislativa. Conforme a esta solución, si el Ejecutivo aprueba algún decreto-ley durante el periodo descrito, la Diputación Permanente debería ser convocada en el plazo de 30 días, para que así acuerde la convalidación o derogación de la norma gubernamental. A continuación, si fuera convalidado, y si algún miembro de la Diputación Permanente tuviera a bien solicitarlo, se procedería a acordar la tramitación del decreto-ley como

---

de marcado contenido político y social que se aprueben. *Acuerdo de la Junta Electoral Central 51/2019 de 11 de marzo, (núm. expediente 293/834).*

proyecto de ley mediante el procedimiento de urgencia. Sin embargo, la decisión tomada en torno a la iniciación del cauce legislativo no se podría diluir en el tiempo, yendo más allá del periodo en que la Diputación Permanente ejerza sus funciones. De manera que el Informe pasó a sugerir el *iter legis* que se debería seguir, y que no correspondería más que a la Mesa de la Diputación Permanente decidir. En el procedimiento *ad hoc* que se diseña por los Letrados, se parte de la inexistente regulación de la intervención de la Diputación Permanente del Senado en el procedimiento legislativo –omitida tanto en la Constitución como en el Reglamento de la Cámara–. Así pues, el plazo de dos meses exigido por el artículo 90.2 CE para que la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados levante el veto impuesto por el mismo órgano del Senado por mayoría simple, en el caso de que no fuese levantado por mayoría absoluta, resulta totalmente inviable. Es improbable que la Diputación Permanente del Congreso ejerza sus funciones durante tanto tiempo, por lo que el proyecto de ley se entendería rechazado. De este modo, es fácil apreciar como el ámbito reducido en el que actúa la Diputación Permanente hace inviable impulsar el procedimiento legislativo con todas sus garantías reglamentarias, como la publicidad o la deliberación política entre sus miembros.

En cualquier caso, el epicentro del debate se sitúa en el fundamento constitucional por el que la Diputación Permanente ostentaría facultades legislativas. Buena parte de la doctrina ha sostenido que la genérica remisión que el artículo 78.2 CE hace al artículo 86 CE no es suficiente para otorgarle la potestad de legislar. La razón principal es que las Cortes Generales no ejercen la función legislativa conforme al artículo 86.3 CE, sino que lo hacen naturalmente sobre la base del artículo 66.2 CE. Además, el apartado tercero del artículo 86 CE no es una norma competencial sino de carácter especial, ya que su función es enlazar «*determinado efecto sobre el decreto-ley a la decisión que puedan tomar las Cortes de ejercer su genérica potestad legislativa*»<sup>(45)</sup>. Profundizando en la postura sostenida por Jiménez campo, el autor defiende que la Diputación Permanente no puede considerarse una «*Cámara en prorrogatio*»<sup>(46)</sup>. El órgano ejerce unas competencias propias atribuidas por el artículo 78.2 CE, sin que sea dable que las Cámaras deleguen funciones en la Diputación Permanente, o ésta se subroge en la posición constitucional de legislador que corresponde a las Cortes.

De todas maneras, la configuración por la que decanta el Reglamento del Congreso de los Diputados no parece corresponder con la voluntad del constituyente, que probablemente estuvo orientado a que la acción gubernamental de urgencia no caducase, lejos de permitir que la Diputación Permanente legislase a partir de un decreto-ley convalidado. El apartado quinto del artículo 151 RCD peca en exceso al permitir la apertura del cauce legislativo, a lo que se viene a sumar la ausente previsión del procedimiento para que las Diputaciones de ambas Cámaras impulsen la tramitación de proyectos de ley. Esta solución reglamentaria se tomó tres años

---

(45) Jiménez Campo, J., “Las diputaciones permanentes y el control sobre el decreto-ley”, *RDP*, núm. 15, otoño 1982, pág. 49.

(46) *Ibidem*, pág. 50.

después de la entrada en escena de la Diputación Permanente el 6 de febrero de 1979, tras la disolución de las Cortes Constituyentes y la convocatoria de elecciones generales. Procediendo a la convalidación de los primeros decretos-leyes aprobados por el Ejecutivo en democracia, el Presidente contempló la posibilidad de preguntar sobre la voluntad de tramitar como proyecto de ley los decretos-leyes recientemente convalidados. Los resultados arrojados tras las votaciones fueron negativos, por lo que no se llegó a poner en práctica el procedimiento legislativo en la Diputación Permanente<sup>(47)</sup>.

El mecanismo del Reglamento del Congreso de los Diputados aprobado en 1982 vino a sembrar importantes dudas sobre su carácter tangible el pasado mes de marzo, cuando los grupos políticos de la oposición pretendieron enmendar los decretos-leyes que el Ejecutivo continuaba aprobando. Sin duda, se trata de la consecuencia lógica de que el Gobierno haya descartado el decreto-ley como un instrumento quirúrgico ante situaciones problemáticas, en favor de su recurso para introducir modificaciones de importante calado. Ante reformas trascendentales para la sociedad española, como las medidas para acabar con la situación de desigualdad que sufren las mujeres trabajadoras a través de la legislación de urgencia, o la tutela de los intereses de la ciudadanía y de los operadores económicos que puedan verse afectados por la retirada de Reino Unido de la Unión Europea, irrumpió la reivindicación de algunos grupos parlamentarios, que pretendieron ejercer su derecho de participación política, esencialmente en la creación del Derecho.

En la sesión celebrada el 3 de abril de 2019, tras cada votación de la convalidación de los seis decretos-leyes que aprobó el Gobierno durante esta etapa, la Presidenta ofreció la posibilidad de tramitar como proyectos de ley los decretos-leyes recientemente convalidados<sup>(48)</sup>. Cuarenta años después, la Diputación Permanente volvió a renunciar al inicio del procedimiento legislativo, sin poder demostrarse su viabilidad. En cualquier caso, la solución más acertada que se podría adoptar pasa por reajustar la previsión constitucional de las funciones de la Diputación Permanente con el Reglamento del Congreso de los Diputados<sup>(49)</sup>. Resultaría coherente aceptar que la Diputación Permanente, convalidado un decreto-ley, puede acordar su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, pero no impulsarla y concluirla. En consecuencia, quedaría por resolver el grado de vinculación de las nuevas Cortes Generales con el acuerdo alcanzado por la Diputación Permanente. Así, a partir del artículo 78.4 CE, que obliga a dar cuenta de los asuntos tratados por la Diputación, el informe presentado a la nueva Cámara dejará constancia de la

---

(47) En la Sesión de la Diputación Permanente del 6 de febrero de 1979, sin ninguna previsión reglamentaria aún en vigor, el Presidente decidió otorgar prioridad a la convalidación, dejando la puerta abierta a que los diputados acordasen posteriormente acudir a la vía del artículo 86.3 CE. Esta fue la praxis generada desde un primer momento. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 2, de 6 de febrero de 1979.

(48) DSCD, núm. 185, de 3 de abril de 2019, págs. 74 y 75.

(49) Astarloa Huarte-Mendicoa, I., “Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español”, *RAP*, núm. 106, 1985, págs. 168 y 169.

voluntad política de tramitar como proyecto de ley la correspondiente norma gubernamental que ha sido convalidada. Aun así, el Parlamento surgido de las elecciones no se encontraría vinculado por la decisión tomada por otro órgano, pudiendo aceptar o desistir de la tramitación del proyecto de ley, sin afectar a la plena vigencia y validez del decreto-ley<sup>(50)</sup>.

## V. UN ENSAYO DE CONSTITUCIONALIDAD TRAS LA INESTABILIDAD DEL EJECUTIVO

Para entender el uso de la legislación de urgencia en la última etapa legislativa, se hace interesante aplicar los cánones mantenidos por el Tribunal Constitucional en torno al presupuesto habilitante a algunos de los decretos-leyes aprobados por el Gobierno desde el éxito de la moción de censura. Así, un ensayo de constitucionalidad permite ver la desnaturalización del decreto-ley cuatro décadas después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978:

–*La inactividad previa del Gobierno y las razones de justicia histórica.* El primer caso es el Real Decreto-Ley 10/2018, de 24 de agosto, *por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.* A través de este decreto-ley, el Gobierno lleva a cabo una reforma en la Ley de Memoria Histórica del año 2007, con el objetivo de acometer la exhumación de los restos del dictador Franco del Valle de los Caídos, pretendiendo que la Basílica deje de ser un lugar de memoria franquista y nacional-católica y se convierta en un espacio de reconocimiento de las víctimas de la guerra civil y de la dictadura. El Ejecutivo invoca los «reiterados requerimientos de Naciones Unidas» y la «ausencia de actividad gubernamental dirigida al mandato parlamentario urgente y preferente del año 2017», pretendiendo justificar la necesidad de una acción normativa inmediata. Asimismo, el Gobierno recuerda que para el TC la «inactividad del Gobierno y el desconocimiento de un deber de normación de las Cortes Generales no es óbice para recurrir a la legislación de urgencia»<sup>(51)</sup>. Sin embargo, si se aprecia la constitucionalidad desde otra óptica, el Tribunal ha establecido que las razones de justicia histórica que pueda tener en consideración el Gobierno «pueden servir para justificar las concretas medidas adoptadas, pero no su urgencia y necesidad o, en otras palabras, no la sustracción de esta ordenación al procedimiento parlamentario, sede ordinaria con carácter general, de la legislación»<sup>(52)</sup>.

–*La inseguridad jurídica y el deber constitucional de los poderes públicos.* El segundo caso corresponde al Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, *por*

---

(50) Carmona contreras, A.M., *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, op. cit., págs. 282 y 283.

(51) STC 11/2002, de 17 de enero, FJ 7.º.

(52) STC 125/2016, de 7 de julio, FJ 3.º.

*el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.* A través de la legislación de urgencia, el Gobierno pretendió hacer recaer el gasto de la elevación a escritura pública sobre el prestamista y no sobre el consumidor hipotecario. Este decreto-ley vino motivado por la decisión de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que, en tan solo dos días, pasó de anular el precepto que había atribuido hasta entonces la carga tributaria al prestatario, a volver a librar al prestamista de los gastos hipotecarios. El Gobierno justificó la medida en la incertidumbre que se había creado en torno a la figura de un contrato tan común en el mercado español como el de préstamo con garantía hipotecaria, y también en su deber constitucional de garantizar a los ciudadanos sus derechos como consumidores. En cuanto a la concurrencia del presupuesto habilitante, en una ocasión, la justificación que hizo el Gobierno de la extraordinaria y urgente necesidad para resolver una situación que definía como de reinante inseguridad jurídica en materia inmobiliaria, no superó los cánones valorativos del Tribunal. El TC entendió que la necesidad urgente de establecer definitivamente la imposibilidad de obtener por silencio administrativo determinadas autorizaciones y licencias urbanísticas, ante la pasividad de los Ayuntamientos, se basaba en una pura aspiración del Ejecutivo. Según el criterio del Tribunal, no resultaba un motivo suficiente alegar la inseguridad jurídica, pues es necesario «que esa incertidumbre venga cualificada por unas determinadas circunstancias singulares, cuya presencia es la que reclama y fundamenta su corrección urgente»<sup>(53)</sup>. El propósito que persigue el Gobierno en la Exposición de Motivos del decreto-ley, refiriéndose tanto a la importancia del normal desenvolvimiento del tráfico inmobiliario como al mandato constitucional hacia los poderes públicos, no es otro que reforzar la justificación de recurrir a la habilitación legislativa de urgencia. Ante un hipotético recurso de inconstitucionalidad, si el Tribunal no considerase suficiente los motivos alegados en la propia norma, acudiría a la defensa del decreto-ley que realizó la Ministra de Hacienda en el debate de convalidación. En sede parlamentaria las razones de la urgencia se centraron, de nuevo, en la obligación del Ejecutivo de aclarar el marco jurídico del devengo del impuesto tras el fallo del Alto Tribunal<sup>(54)</sup>.

**–Coyuntura problemática versus situación estructural.** El tercer caso es el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 marzo, *de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*. El carácter *puramente coyuntural* estaría sustentado por la intensidad con la que sigue creciendo la demanda de vivienda en alquiler en la actualidad, y que además, se agrava en las grandes ciudades tras la irrupción de las plataformas de vivienda turística. Por su parte, la *estructuralidad* podría estar basada en la rigidez que soporta el mercado inmobiliario español, como consecuencia del aumento de la demanda y la escasez de vivienda disponible en régimen de arrendamiento durante los últimos años. Además, este carácter vendría reforzado por un anterior intento de dar una solución: la reforma liberalizadora del mercado en el año 2013.

---

(53) STC 29/2015, de 19 de febrero, FJ 5.º.

(54) DSCD núm. 168, de 22 de noviembre de 2018, págs. 6 y 7.

De confirmarse el carácter estructural de la situación, el Tribunal debería comprobar si efectivamente todos los motivos invocados se encuentran revestidos de las notas de «excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad»<sup>(55)</sup> que, según jurisprudencia constitucional consolidada, determina la necesidad de una respuesta normativa inmediata frente a un problema de grandes dimensiones. Profundizando en un posible examen de constitucionalidad, el TC centraría su atención en la justificación de la concurrencia del presupuesto habilitante en la Exposición de Motivos. Así, el Gobierno para dar un giro de la política estatal de vivienda, invoca la grave situación de vulnerabilidad económica y social de un gran número de familias y hogares, así como el incremento del precio del alquiler en lugares de fuerte dinámica inmobiliaria caracterizados por una intensa actividad turística. Posteriormente, el TC analizaría la comparecencia del Ministro de Fomento en defensa del texto legal ante la Diputación Permanente para obtener su convalidación. En primer lugar, observando la literalidad de sus palabras en sesión parlamentaria: «El requisito de extraordinaria necesidad y la urgencia de las medidas que recoge este real decreto-ley se apoya y justifica en sólidos motivos»<sup>(56)</sup>. Durante todo el tiempo de defensa de este decreto-ley el Ministro señaló la escasez del parque de vivienda social, en contraste con los datos de países del entorno, y la vulnerabilidad económica y social de las familias para hacer frente al pago del alquiler de una vivienda en el mercado. En segundo lugar, y basándose en el criterio de la inmediatez o dilación de la efectividad de las medidas adoptadas, el TC podría llegar a examinar la introducción de la habilitación a la Administración General del Estado para la realización de un Sistema de índices del precio del alquiler de la vivienda. No obstante, y como se ha visto, el propio TC admite que el marco jurídico del decreto-ley no sea completo y definitivo, sino que se desarrolle posteriormente dentro de un plazo determinado<sup>(57)</sup>.

Analizado el presupuesto habilitante, el Tribunal examinaría la conexión de sentido de las medidas adoptadas y la situación extraordinaria que pretende afrontar el Gobierno. El Ministro de Fomento destacó en sede parlamentaria tres grandes bloques de actuaciones: la ampliación de la prórroga obligatoria del contrato de arrendamiento, ofreciendo mayor seguridad al inquilino; una batería de medidas para incentivar la oferta de viviendas; y también una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, facilitando la intervención en los procedimientos de desahucio de los servicios sociales para los casos de mayor vulnerabilidad. Independientemente de un juicio

---

(55) STC 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 7.º.

(56) DSCD, núm. 185, 3 de abril de 2019, pág. 44.

(57) La solución adoptada sobre las distintas variaciones de la urgencia en la necesidad giran en torno a la diferencia adoptada por Esposito entre la urgencia del *provvedere* y la urgencia del *provvedimento*, o lo que es lo mismo, entre la urgencia del Gobierno por intervenir jurídicamente, con independencia del contenido normativo, y la urgencia de adoptar unas medidas que hagan frente inmediatamente a la coyuntura. Esta doctrina es acogida por Santolaya Machetti y Carmona Contreras en sus respectivos análisis del diseño constitucional del decreto-ley. Cfr. Santolaya Machetti, P., *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, op. cit., pág. 120; y Carmona Contreras, A.M., *La configuración constitucional del decreto-ley*, op. cit., págs. 122 a 128.



político y técnico de las medidas, que corresponde al control parlamentario, el TC determinaría si las medidas efectivamente están directamente destinadas a solventar la necesidad calificada como extraordinaria y urgente.

## VI. CONCLUSIONES: LA EROSIÓN DEL PARLAMENTARISMO

El uso permanente del decreto-ley durante la XII Legislatura ha producido, por un lado, el detrimento de la calidad de las disposiciones legislativas adoptadas por el Gobierno y, por otro lado, una erosión del parlamentarismo español, tanto en su función de control de la legislación de urgencia como en su tarea natural de creación del Derecho. Situando el foco en la relación del Gobierno y las Cortes Generales, la directa responsabilidad que atribuyo al Ejecutivo, en su uso constante del decreto-ley, tiene que ver con la falta de consideración de las minorías parlamentarias, aumentando consecuentemente su inmunidad de poder. El pluralismo es uno de los valores superiores de nuestro Ordenamiento, siendo las leyes emanadas del Parlamento el resultado de la formación de la voluntad de este órgano tan complejo, en el que existe una pluralidad de voluntades reales, frente a la voluntad unívoca del Ejecutivo. La llegada del multipartidismo al sistema político español hace más necesario que nunca el debate público y la negociación política entre los grupos parlamentarios. La intensa realidad por la que transita el sistema político español pone muy difícil que el Gobierno se aferre a los argumentos propios para asegurar que su voluntad final, tras el desarrollo del procedimiento legislativo, se impone a una mayoría parlamentaria muy heterogénea. Por tanto, el recurso al decreto-ley se hace muy atractivo, y al Ejecutivo le resulta más fácil imponer su voluntad final en un debate de convalidación. Y es en este debate en sede parlamentaria donde se ha vuelto a poner en evidencia, por una parte, la fidelidad al criterio del Gobierno. Tanto es así, que pese a no contar con un sólido respaldo parlamentario, el Ejecutivo ha logrado, salvo en dos contadas ocasiones, el apoyo suficiente a todos los decretos-leyes aprobados. Por otra parte, esta realidad ha dejado serias muestras de la debilidad del control parlamentario. Es notable que el criterio político de la oposición no se logra imponer casi nunca, puesto que la crítica a la acción del Gobierno se escenifica en una intervención por cada grupo parlamentario de quince minutos sobre la totalidad del texto del decreto-ley, seguido de unos escasos diez minutos para fijar su posición en virtud del artículo 74.2 del RCD. Además, es llamativo como intervenciones muy críticas en el debate parlamentario con la acción del Consejo de Ministros acabaron en un apoyo favorable en la votación de la convalidación. La conclusión a la que sin ningún lugar a dudas se llega es que, en la mayoría de las ocasiones, la convalidación es fruto de negociaciones y acuerdos alcanzados por el Gobierno «*fuera del aula*»<sup>(58)</sup>.

---

(58) Expresión adoptada por Rubio Llorente para señalar la verdadera realidad de la formación de la voluntad del Parlamento. Vid. Rubio Llorente, F., *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 645.

También ha resultado un daño al parlamentarismo el hecho de que todos los decretos-leyes sobre los que se decidió su tramitación como proyectos de ley –en virtud del artículo 86.3 CE– hayan visto frustrado este cauce como consecuencia de la inestabilidad política. Todas estas iniciativas legislativas no han visto la luz, resultando inviable la vía de cohonestar la posible urgencia con la posibilidad de formular enmiendas a la norma que el Gobierno aprueba unilateralmente. Siendo legítimos los fines del Gobierno, los medios resultan cuestionables y, por ende, se debilita la propia legitimidad de las decisiones políticas. Habermas sostenía que la fuerza legitimadora del derecho se sustentaba en una forma de política deliberativa, basada en unas condiciones del debate y de la formación de la voluntad<sup>(59)</sup>. Así pues, la adopción de estas medidas por el Gobierno mediante decreto-ley, dando por desnaturalizada la «extraordinaria y urgente necesidad», y sin las condiciones adecuadas del debate político, no ha sido el mejor modo para alcanzar algunos objetivos colectivos de la sociedad. Finalizada la XII Legislatura, el decreto-ley ya se ha convertido en el salvoconducto del Ejecutivo para atravesar por una inédita situación de minoría parlamentaria. Solo cabe esperar a la nueva etapa que se abre en sede jurisprudencial en torno al abuso de la legislación de urgencia. Asegurar el papel activo del Parlamento, como expresión de la voluntad popular, y como verdadera garantía de la calidad democrática es, sin duda, el camino a seguir.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, M. “Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, enero-abril 2017.
- Aragón Reyes, M., *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016.
- Arana García, E., “Uso y abuso del decreto-ley”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 191, mayo-agosto 2013.
- Astarloa Huarte-Mendicoa, I., “Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 106, 1985,
- Carmona contreras, A.M., *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- Esposito, C. “Decreto-legge”, *Enciclopedia del Diritto, Volumen XI*, Giuffrè Editore, Milano, 1982.
- García de enterría, E., Fernández Rodríguez, T-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Navarra, 2017

---

(59) Defendía Habermas que las deliberaciones se efectúan en forma argumentativa, es decir, mediante el intercambio regulado de informaciones y razones entre partes que hacen propuestas y las someten a la crítica. Bajo mi opinión, el debate de convalidación no asegura estas condiciones. *Cfr.* Habermas J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, págs. 382 y 383.

- García Majado, P., “40 años de legislación de urgencia”, Punset Blanco, R.; Álvarez Álvarez, L., (coords.), *Cuatro décadas de una constitución normativa (1978-2018)*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2018.
- Habermas J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.
- Otto, I. De, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- Jiménez Campo, J., “Las diputaciones permanentes y el control sobre el decreto-ley”, *Revista de Derecho Político*, núm. 15, otoño 1982.
- Pérez Royo, J. “La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno”, AA.VV., *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Diputació de Barcelona, Barcelona, 1985.
- Rubio Llorente, F., *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- Salas J., “Los Decretos-Leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 51, 1966
- Santamaría Pastor, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2009.
- Santolaya Machetti, P., *El Régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Tecnos, Madrid, 1988,
- Soriano, J.E., “Los decretos-leyes en la jurisprudencia constitucional española”, *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983.
- Vega García, A.S., “La cláusula «extraordinaria y urgente necesidad» del decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 68, abril-junio 1990.
- JURISPRUDENCIA CITADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: SSTC 29/1982, de 31 de mayo; 6/1983, de 4 de febrero; 111/1983, de 2 de diciembre; 29/1986, de 20 de marzo; 23/1993, de 21 de enero; 11/2002, de 17 de enero; 329/2005, de 15 de diciembre; 332/2005, de 15 de diciembre; 68/2007, de 28 de marzo; 137/2011, de 14 de septiembre; 237/2012, de 13 de diciembre; 142/2014, de 11 de septiembre; 81/2015, de 30 de abril; 199/2015, de 24 de septiembre; y 125/2016, de 7 de julio.



# LAS SUBVENCIONES EN EL ÁMBITO LOCAL

AIDA VALLEDOR HORMAZABAL

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONCEPTO DE SUBVENCIÓN
- III. LAS ENTIDADES LOCALES COMO RECEPTORAS DE SUBVENCIONES
  - 1. **Subvenciones del Estado a las entidades locales**
    - 1.1. Subvenciones a través de plan estratégico
    - 1.2. Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo
  - 2. **Subvenciones de la Comunidad Autónoma a favor de las entidades locales**
    - 2.1. Subvenciones anuales a través de plan estratégico
    - 2.2. Plan “Asturias”
  - 3. **Subvenciones procedentes de la Unión Europea**
- IV. LA ACTIVIDAD DE FOMENTO DE LOS ENTES LOCALES
- V. CONCLUSIONES
- VI. BIBLIOGRAFÍA

**Resumen:** Debido a la importancia que tiene la actividad de fomento en la Administración, este trabajo tiene como objetivo ensalzar la figura de la subvención, especialmente en el ámbito local.

Como punto de partida, es necesario hacer una breve alusión a la normativa general y específica que regula las subvenciones locales. A partir de la legislación y tomando como base diversa doctrina y jurisprudencia, se analizarán los caracteres relevantes para que una aportación dineraria sea calificada como subvención.

Asimismo, se expondrán las dos posibles perspectivas en las que pueden verse implicadas las entidades locales. Por lo tanto, podrán actuar como receptoras de subvenciones procedentes del Estado, de una Comunidad Autónoma o de la Unión Europea, o como concedentes de las mismas.

**Abstract:** Due to the importance of public aids in the Administration, this paper aims to praise the figure of the subsidy, especially in the local area.

As a starting point, it is necessary to make a brief reference to the general and specific regulations which refer to local subsidies. From the legislation and based on diverse doctrine and jurisprudence, the relevant characteristics will be analyzed so that a monetary contribution can be qualified as a subsidy.

In addition, we will expose the two possible perspectives in which local entities may be involved. Therefore, Local Administration could act as a beneficiary of subsidies that come from the State, from an Autonomous Community or from the European Union, or as grantors of them.

**Palabras clave:** subvenciones; local; Administración Pública.

**Keywords:** subsidies; local; public administration.

### I. INTRODUCCIÓN

La potestad de fomento puede ejecutarse mediante la técnica de la subvención, que es la que conforma el objeto de este trabajo. En síntesis, puede afirmarse que se trata de un tema actual e importante debido al incremento sostenido en la concesión de estas aportaciones dinerarias condicionadas al cumplimiento de un fin concreto. A continuación, se expondrá un resumen de un estudio más ambicioso calificado con la máxima nota.

En primer lugar, cabe destacar que la legislación básica y general aplicable a las entidades locales (EELL) será la misma que para el resto de Administraciones Públicas, siendo además necesario añadir algunas particularidades propias de la esfera local.

Hasta el año 2003, el único vínculo legal que tenían las subvenciones era la Ley General Presupuestaria (LGP) que, junto con reglamentos independientes, regulaban aquéllas. No obstante, era necesario regularizar la situación normativa ya que estos últimos reglamentos ciertamente están prohibidos por el principio de vinculación positiva de la ley. Por consiguiente, en ese año, se aprobó la **Ley General de Subvenciones** (en adelante, LGS) con el fin de superar las deficiencias existentes en su regulación hasta el momento, dotando este importante ámbito de actividad administrativa de un régimen jurídico propio<sup>(1)</sup>.

A partir de entonces, y con la posterior promulgación del Reglamento de la Ley General de Subvenciones (RLGS) en el año 2006, se mejoró la situación normativa, aunque no se logró paliar la dispersión normativa, especialmente en el ámbito local. Prueba de ello son las distintas normas aplicables a las corporaciones locales en materia de subvenciones, como son el Reglamento de Servicios de las Corporacio-

---

(1) SESMA SÁNCHEZ, B.: "El concepto jurídico de subvención y ayuda pública. Alcance de la noción de fomento y promoción". En GARCÉS SANAGUSTÍN, M. y PALOMAR OLMEDA, A (coord.), *Derecho de las Subvenciones y Ayudas públicas*, Aranzadi Thomson Reuters, ed. 1.ª, Navarra, 2011, p. 248.

nes Locales(RSCL), la ley reguladora de haciendas locales (TRLHL)<sup>(2)</sup> o la ley reguladora de las bases del régimen local (LBRL)<sup>(3)</sup>, entre otras.

En último término, es necesario hacer referencia a los planes estratégicos, a la convocatoria y a las bases reguladoras de subvenciones (aprobadas mediante ordenanza local, ya sea general o específica; o por bases de ejecución del presupuesto)<sup>(4)</sup>.

## II. CONCEPTO DE SUBVENCIÓN

En el ámbito administrativo, hemos de destacar que el ordenamiento jurídico reconoce que la actividad consistente en el otorgamiento de una subvención pública desempeñada por la Administración supone el ejercicio de una potestad administrativa<sup>(5)</sup>. Considerando esto, y como señala Pascual García<sup>(6)</sup>, cabe precisar el concepto de subvención de acuerdo con las siguientes notas características:

- a) Ha de tratarse de una disposición dineraria con cargo a fondos públicos. Se identifica, por tanto, con entrega o aportación dineraria y en caso de no producirse la misma, no habría subvención y, en consecuencia, no se aplicaría la LGS<sup>(7)</sup>.
- b) Dicha disposición dineraria debe realizarse sin contraprestación directa de los beneficiarios. No obstante, ello no se opone a la existencia de cargas para el favorecido.

Asimismo, la doctrina anterior a la LGS ha calificado la subvención como un acto dispositivo, utilizando expresiones para referirse a ella como

---

(2) Solamente dedica el artículo 40 al régimen de subvenciones: “*1. Las subvenciones de toda índole que obtengan las entidades locales, con destino a sus obras y servicios no podrán ser aplicadas a atenciones distintas de aquellas para las que fueron otorgadas, salvo, en su caso, los sobrantes no reintegrables cuya utilización no estuviere prevista en la concesión*” (...).

(3) La LBRL remite a las cláusulas residuales comprendidas en los artículos 21.1. s) y 34.1.o) para determinar el órgano competente para la concesión cuando no se disponga de otro precepto que lo especifique, como ocurre con las subvenciones. Por lo tanto, atribuye la competencia en todos los asuntos no reservados al pleno, respectivamente, al Alcalde y al Presidente de la Diputación.

(4) Así lo establece el artículo 17 de la LGS, que es una de las pocas referencias directas que dicha Ley dirige al ámbito local.

(5) FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “La aplicabilidad de la Ley general de subvenciones a las entidades locales y, en particular, a las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias de cooperación económica a los municipios”. *QDL Estudios*, núm. 5, 2004, p.33. Igualmente, CORTELL GINER, R.P.: “El concepto de subvención y las entidades privadas del sector público”. *Revista Española de Control Externo*, núm.32, 2009, p. 89.

(6) PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Boletín oficial del Estado, 6.ª edición, Madrid, 2016, p.40.

(7) FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la ley”, en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (coord.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*. Thomson Civitas, 1.ª edición, Navarra, 2005, p.29.

“atribución patrimonial a fondo perdido<sup>(8)</sup>” o “donación modal de Derecho Público<sup>(9)</sup>”. Respecto a este último término ha habido mucha controversia a lo largo del tiempo. Autores como Martínez López–Muñiz<sup>(10)</sup> han sostenido que esta gratuidad tampoco “tiene *nunca* por causa la mera *liberalidad*”. Igualmente, Fernández Farreres<sup>(11)</sup> ha advertido que la gratuidad no implica liberalidad, diferenciándose así de la donación<sup>(12)</sup>. Es preciso traer a colación el respaldo normativo del artículo 27 del RSCL<sup>(13)</sup> y la existente línea jurisprudencial de sentencias del Tribunal Supremo (TS). En este sentido, la STS 6082/1997 de 14 de octubre<sup>(14)</sup> ha sostenido lo siguiente: «*la figura de la subvención no responde a un puro acto de liberalidad de la Administración Pública; por el contrario, su naturaleza jurídica es la de un instrumento de fomento o estímulo de la participación de los administrados en funciones administrativas de protección, o de gestión, de intereses generales, encomendadas a la Administración otorgante de la ayuda económica en que la subvención consiste*».

- c) La entidad concedente ha de ser una Administración Pública, pudiendo ser cualquiera de las comprendidas en el artículo 3 de la LGS. Por lo tanto, la subvención puede ser otorgada por la Administración General del Estado, por la Administración de las Comunidades Autónomas, por las entidades que integran la Administración local, o por entidades vinculadas o dependientes de las mismas.
- d) El perceptor está obligado a aplicar los fondos a un objetivo determinado, concretamente a fines públicos. Más aún, no cabe la incondicionalidad, sino que tiene que fijarse el destino de la subvención en el momento de su otorgamiento. El objetivo (ya sea en forma de proyecto, actividad o comportamiento singular) no puede ser elegido por el beneficiario, sino que será fijado por la Administración a través del correspondiente procedimiento de

---

(8) FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, *passim*.

(9) NIEVES BORREGO, J.: “Estudio sistemático y consideración jurídico–administrativa sobre la subvención”, *Revista de Administración Pública*, núm. 42, 1963, p. 28.

(10) MARTÍNEZ LÓPEZ–MUÑIZ, J. L.: “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública”. En *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, p. 762.

(11) En este sentido, FERNÁNDEZ FARRERES señala que “la subvención, a diferencia de la donación, incluso acompañada de una carga modal, no es ni puede ser en ningún caso, una atribución patrimonial cuya causa radique en la liberalidad, en el *animus liberalitatis* de la Administración Pública otorgante...”, *vid. La subvención: concepto y régimen jurídico*, ob. cit., p. 348.

(12) La donación, a tenor del artículo 618 CC, es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta.

(13) El art. 27.1 del RSCL establece que: “*serán nulos los acuerdos de subvenciones que obedezcan a mera liberalidad*”.

(14) STS 6082/1997 de la Sala de lo Contencioso–Administrativo (sección 4.ª), de 14 de octubre (ECLI: ES:TS:1997:6082).



concesión de la subvención. Además, el beneficiario debe cumplir, con el fin de lograr el objetivo que se persigue, las obligaciones materiales y formales establecidas en la normativa reguladora de la subvención, y en la resolución o convenio que instrumente su concesión<sup>(15)</sup>.

La doctrina<sup>(16)</sup> ha diferenciado dos modalidades de subvención: las subvenciones **prepagables** (“ex ante”) y **postpagables** (“ex post”). En las primeras la entrega dineraria es previa al cumplimiento de la finalidad a la que va orientada y, por lo tanto, se otorgan para la realización de una actividad futura. En cambio, las segundas se conceden una vez se haya producido la realización efectiva del objeto de la subvención, es decir, se refieren a una actividad pasada. Como ejemplo de estas últimas se puede mencionar los premios no excluidos de la LGS<sup>(17)</sup>.

- e) El objeto de la financiación será el fomento de una actividad de utilidad pública e interés social o de promoción de un fin público.

De acuerdo con todo lo expuesto, para calificar un acto como subvención debe reunir los elementos que configuran su definición<sup>(18)</sup>, con independencia de su *nomen iuris*, tal y como se recoge en el artículo 2 del RLGS<sup>(19)</sup>.

### III. LAS ENTIDADES LOCALES COMO RECEPTORAS DE SUBVENCIONES

Los entes locales pueden ser beneficiarios o receptores de subvenciones que provengan de otras Administraciones territoriales, obteniendo en consecuencia ingresos afectados a la realización de una concreta actividad. En este sentido se expresa el art. 2.1 de la LGS y también el 11.1 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, esta ley no suministra un criterio que ayude a determinar positivamente los casos en que las entidades locales pueden ser receptoras o beneficiarias de subvenciones, sino que únicamente determina en qué supuestos las entregas dinerarias están sujetas a la ley de forma directa (concepto estricto de subvención) y en cuáles no<sup>(20)</sup>. A mayor abundamiento, interesa aludir a la diferencia entre las subvenciones en sentido

(15) A tenor del artículo 28 de la LGS.

(16) MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L.: “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública”. En *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, ob. cit. p.755.

(17) En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la LGS, quedan excluidos los *premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario*.

(18) Artículo 2 LGS.

(19) Este artículo 2 RLGS establece que: “1. Lo previsto en la Ley General de Subvenciones, así como en el presente Reglamento será de aplicación a toda disposición dineraria que, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 2.1 de la Ley General de Subvenciones, sea realizada por cualquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de dicha Ley a favor de personas públicas o privadas, cualquiera que sea la denominación dada al acto o negocio jurídico del que se deriva dicha disposición”.

(20) FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “Las entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las comunidades autónomas”. *QDL*, núm. 21, 2009, p. 33.

estricto y las transferencias, siendo estas últimas aquellas aportaciones dinerarias que financian globalmente la actividad de un ente local para ejercer las competencias que le son propias.

El principio de autonomía financiera, en relación con el de suficiencia financiera, es fundamental para las EELL. Por ello, la regla general será la transferencia, con motivo de que ésta es incondicionada y los entes locales pueden gestionar el dinero para cumplir sus fines libremente. Además, al faltar un destino específico, sobre tales transferencias no recae la obligación de reintegro que se contempla para las subvenciones en el artículo 37 de la LGS<sup>(21)</sup>.

Ya en la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España el 20 de enero de 1988 (CEAL), se establecía, de forma clara y en cuanto a los gastos se refiere, una autonomía de gasto que sostiene el criterio de que las competencias locales han de ser financiadas a través de mecanismos que les garanticen la plena libertad de la disposición sobre los recursos financieros percibidos. Ello no supone excluir las subvenciones en sentido estricto de la financiación, solo que se conciben como un medio de financiación excepcional. Las subvenciones se contemplan como un recurso más en el art. 2.1 del TRLHL, tratándose de un recurso especial y singular, como acertadamente indica Sesma Sánchez<sup>(22)</sup>.

Más aún, esta autonomía financiera local queda reflejada en sucesivas sentencias del Tribunal Constitucional (TC), entre las que destacamos la STC 104/2000, de 13 de abril, cuando dispone que «(...) *la autonomía de los entes locales va estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas*».

Solo para el caso de competencias delegadas y encomiendas de gestión realizadas a los entes locales puede admitirse la financiación a través de subvenciones finalistas, al ser el ente delegante el habilitado para articular “técnicas de dirección y control de oportunidad”, de acuerdo con el art. 7.3 de la LBRL.

Con todo lo anterior reafirma Fernández Farreres<sup>(23)</sup> que no constituyen subvenciones aquellas transferencias dinerarias destinadas a financiar los servicios de competencia propia de la entidad local. El mismo autor sostiene que las subvenciones solo deberían considerarse ajustadas a Derecho cuando vengán a facilitar la realización conjunta de actividades de otras administraciones con los entes locales, siempre que respondan a un interés común, es decir, que entren en el círculo de sus respectivas competencias, aunque sea en común.

---

(21) BASTARDO YUSTOS, F.: *El régimen jurídico de las subvenciones en el ámbito local*, Wolters Kluwer, 1.ª edición, Madrid, 2017, p. 116.

(22) SESMA SÁNCHEZ, B.: *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 199–200.

(23) FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “Las entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las comunidades autónomas”, ob. cit. p. 33.

## 1. Subvenciones del Estado a las entidades locales

Es necesario acercarse a la jurisprudencia constitucional para conocer la doctrina clara y taxativa acerca de las subvenciones como instrumento de intervención pública. Doctrina que, sin duda, también debe aplicarse a los entes locales<sup>(24)</sup>.

Esta doctrina descansa en dos ideas fundamentales<sup>(25)</sup>:

1. No hay una competencia específica sobre subvenciones para ninguna Administración territorial. En este sentido, se inclina la STC 39/1982, de 30 de junio, al establecer en sus fundamentos jurídicos 5 y 10 que: «*la subvención no es concepto que delimite competencias, ni puede erigirse en núcleo que atraiga hacia sí competencia sobre los variados aspectos a que pueda dar lugar la misma*».
2. La actividad concesional de las Administraciones territoriales debe obedecer a una vinculación estricta entre gasto y las competencias que ostenta, en virtud del principio de conexión. Solo para el Estado esta doctrina queda matizada, sobre la base de lo que se denomina “señorío del Estado sobre su presupuesto”. Así, la STC 13/1992, de 6 de febrero<sup>(26)</sup>, ha reconocido que «*el poder de gasto del Estado o de autorización presupuestaria, manifestación del ejercicio de la potestad legislativa atribuida a las Cortes Generales (arts. 66.2 y 134 CE) no se define por conexión con el reparto competencial de materias que la Constitución establece (arts. 148 y 149 CE). (...) Por consiguiente, el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, pues existen otros preceptos constitucionales (y singularmente los del Capítulo III del Título I) que legitiman la capacidad del Estado para disponer de su Presupuesto en la acción social o económica*».

### 1.1. Subvenciones a través de plan estratégico

En virtud del precepto 8.1 LGS, los órganos de las Administraciones Públicas, en este caso los órganos estatales, deben concretar, previamente, en un plan estratégico de subvenciones los objetivos, el plazo, los costes y sus fuentes de financiación.

---

(24) Entre otros, BELTRÁN AGUIRRE, J.: “El sistema de subvenciones centralizadas en el sector de la acción social y las Comunidades Autónomas. Comentario a la STC 13/1992, de 6 de febrero”. *RVAP*, núm. 34, 1992, p.43 y ss.; y RAMALLO MASSANET, J.: “El poder de gasto del Estado: subvenciones y orden competencial”. *DA*, núm. 232–233, 1993, p.403 y ss.

(25) FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “Las entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las comunidades autónomas”, ob. cit. p. 35.

(26) STC núm. 13/1992 (Pleno), de 6 de febrero (Arz. RTC 1992, 13)

En referencia a la jurisprudencia, la STS de 28 de enero de 2013 se pronunció al respecto al determinar que *«de este precepto pueden obtenerse, sin esfuerzo dialéctico, dos conclusiones:*

- *El Plan Estratégico tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención;*
- *El precepto es imperativo y categórico.*

*Consideramos que la dicción del precepto, exigiendo con carácter previo el Plan Estratégico, no es tangencial y no sistemático, sino requisito esencial y previo a la regulación de la subvención, de tal forma que sí requiere una formalización o instrumentalización externa que, aunque no es exigible una determinada formalidad, si una definición específica que pueda ser identificada».*

Por ello, cada uno de los Ministerios del Gobierno debe elaborar su propio plan estratégico de subvenciones. A continuación, se muestra un ejemplo de subvención que es concedida por el Estado a las entidades locales correspondientes.

**Tabla III.1: Subvenciones procedentes del Estado a favor de las entidades locales**

<b>PLAN ESTRATÉGICO SUBVENCIONES</b>	<b>SUBVENCIONES</b>	<b>PROCEDIMIENTO CONCESIÓN</b>	<b>BENEFICIARIOS</b>
Ministerio de Interior para el período 2018–2020	Subvenciones Protección Civil y Emergencias	Concurrencia competitiva	Entidades locales adscritas a los Planes de Emergencia Nuclear

Fuente: Elaboración propia

### 1.2. *Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo*

La última crisis económica también ha incidido en el ámbito subvencional de las Administraciones Públicas. Durante dicho periodo de receso económico, se llevaron a cabo diversos planes de subvenciones, como los destinados a paliar el desempleo, que muchos derivaron finalmente en la iniciación de obras públicas innecesarias. Además, se produjeron irregularidades y abusos en el ejercicio de la actividad subvencional. Todo ello puso de manifiesto el replanteamiento de garantizar la originaria finalidad de la subvención consistente en servir como una medida de estímulo e impulso de una específica actividad que revista especial interés general<sup>(27)</sup>.

En este sentido, es interesante apuntar las subvenciones específicas que se otorgaron con motivo de la crisis para fomentar el empleo local. Es el caso de las subvenciones encubiertas otorgadas durante el Gobierno de Zapatero, cuando se

---

(27) FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “Subvenciones y ayudas económicas en tiempos de crisis”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154, 2012, p. 19 y ss.

destinó un enorme presupuesto al Fondo Estatal de Inversión Local, en el marco del llamado Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo (“Plan E”). Este Fondo fue creado por Real Decreto– Ley 9/2008, de 28 de noviembre y, se dotó con 8000 millones de euros.

El objeto de esta primera medida consistía en incrementar la inversión pública en el ámbito municipal, mediante la financiación de obras públicas nuevas, la ejecución inmediata a partir de 2009 y que fueran competencia de las propias entidades locales. Con ello, se pretendía que los 8000 Ayuntamientos que aproximadamente existen en España llevaran a cabo estas obras en el tiempo más breve posible y, consecuentemente, ello produjese un estímulo de la actividad económica a través de generación de empleo.

Sin embargo, en el año 2009 continuaron los resultados negativos de producción, renta y empleo. Por ello, el Real Decreto– Ley 13/2009, de 26 de octubre, creó el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, dotado con 5000 millones de euros, y que planteaba un doble objetivo. Por un lado, reproducía los fines seguidos por la primera medida en el año anterior mediante las actuaciones generadoras de empleo para el año 2010. Por otro lado, este Fondo Estatal también trataba de contribuir a la sostenibilidad social, a través de la financiación de los gastos necesarios para la prestación de servicios educativos y de otros servicios sociales de competencia local.

## 2. Subvenciones de la Comunidad Autónoma a favor de las entidades locales

El TC en su sentencia 95/2001, de 5 de abril, expresa que las Comunidades Autónomas (CCAA) solo pueden ejercer válidamente su autonomía financiera de gasto en conexión con sus títulos competenciales, cuando dispone que «(...) *las Comunidades Autónomas no pueden financiar o subvencionar cualquier clase de actividad, sino tan solo aquellas sobre las cuales tengan competencias, pues la potestad de gasto no es título competencial que pueda alterar el orden de competencias diseñado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía*».

De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, no se pueden establecer subvenciones en sectores materiales en los que no se ostenten competencias, ni tampoco evidentemente sobre materias que competencialmente corresponden a otros entes. Por lo tanto, la subvención no es un título competencial, sino que sirve para la realización de una competencia concreta.

### 2.1. Subvenciones anuales a través de plan estratégico

En este apartado nos referiremos a la actividad de fomento que desarrolla, en concreto, la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias mediante el otorgamiento de subvenciones a favor de las entidades locales. Por lo tanto, las administraciones locales son beneficiarias de los fondos subvencionados.

Al igual que ocurre con las subvenciones que concede el Estado, los órganos de la Comunidad Autónoma también deben elaborar su plan estratégico de subvenciones,

por lo que se reitera lo dicho anteriormente al respecto a tenor del artículo 8.1 LGS. En este sentido, existe un plan estratégico para cada una de las consejerías existentes en el Principado de Asturias. A modo de ejemplo, se muestran a continuación algunas de las subvenciones concedidas en el ámbito autonómico.

**Tabla III.2: Subvenciones procedentes del Principado de Asturias a favor de las entidades locales**

<b>PLANES ESTRATÉGICOS SUBVENCIONES</b>	<b>SUBVENCIONES</b>	<b>RÉGIMEN</b>	<b>BENEFICIARIOS</b>
Consejería de Educación y Cultura para el ejercicio 2018–2019	Normalización social del asturiano y, en su ámbito, del gallego–asturiano	Concurrencia competitiva	Entidades Locales del Principado de Asturias
	Sostenimiento de los conservatorios municipales para mejorar el acceso a la ciudadanía	Nominativa	Ayuntamientos y mancomunidades titulares de conservatorios municipales de música
Consejería de sanidad para los ejercicios 2019–2021	Prevención y reinserción de toxicómanos	Concurrencia competitiva	Entidades locales del Principado de Asturias para el desarrollo de planes y/o programas municipales sobre prevención del consumo de drogas y promoción de la salud
Consejería de servicios y derechos sociales para 2019	Garantizar el acceso a la vivienda a los colectivos de población más desfavorecidos	Concesión directa	Ayuntamiento de Avilés, Castrillón y Gijón
Consejería de presidencia y participación ciudadana para el periodo 2018–2020	Desarrollo del Plan de Salvamento en Playas del Principado de Asturias (SAPLA)	Concesión directa	Ayuntamientos costeros dentro del Plan SAPLA (Llanes, Colunga, Gozón, Valdés, y Navia, entre otros)

Fuente: Elaboración propia

## 2.2. Plan “Asturias”

Igualmente, merece la pena destacar las subvenciones concedidas en el marco del Plan “Asturias” (conocido posteriormente como “Plan A”), que fue introducido en la disposición adicional de la Ley del Principado de Asturias 4/2009, de 29 de diciembre,

de Medidas Administrativas y Tributarias de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2010. La finalidad de esta medida extraordinaria era fomentar el empleo local y la mejora de las infraestructuras municipales en el periodo 2010 y 2011, mediante la ejecución conjunta por la Administración del Principado de Asturias y por los entes locales. Concretamente, el mencionado Plan pretendía ayudar a cumplir las competencias propias de las entidades locales como son: la mejora de la infraestructura viaria y de espacios públicos, el abastecimiento y saneamiento de agua potable, el ahorro energético en alumbrado público, los equipamientos industriales, culturales y deportivos, así como obras de construcción, mejora o reforma de edificios públicos administrativos.

La cuantía aportada por la Administración autonómica fue de 100 millones. Sin embargo, se daba una peculiaridad con motivo de que cada municipio debía cofinanciar un porcentaje de dicha cantidad, el cual era más alto en función del mayor número de habitantes de los concejos.

Para ello, la Administración del Principado de Asturias y cada una de las entidades locales (que son 78 concejos asturianos) firmaron un convenio de colaboración para fijar la ejecución de las actuaciones incluidas en el “Plan A” y la consiguiente aportación dineraria.

En esta línea, las subvenciones derivadas de este “Plan A” consistían en un único pago de forma anticipada para cada ejercicio. Cabe indicar que se contemplaron algunas singularidades para estas subvenciones. Así, los concejos beneficiarios de estas quedaban exonerados de la obligación de presentar una solicitud previa y, al amparo de la DA 8.<sup>a</sup> de la LGS, de la justificación necesaria por parte de las entidades de no estar incurso en las prohibiciones para obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora<sup>(28)</sup>, así como de la obligación formal de acreditar estar al corriente de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social<sup>(29)</sup>. Tampoco tenían la obligación de prestar garantía por recibir anticipadamente la subvención.

No obstante, la entidad local beneficiaria indiscutiblemente estaba obligada a acreditar ante la Consejería correspondiente la justificación de la subvención a través de certificación del secretario municipal de los pagos realizados para ejecutar la actuación subvencionada.

### **3. Subvenciones procedentes de la Unión Europea**

La mayor parte del presupuesto comunitario se realiza por los Estados miembros de la UE a través del sistema de “gestión compartida”, de forma que estos recursos llegan a sus destinatarios finales a través de las autoridades nacionales o son las propias Administraciones Públicas las destinatarias y gestoras de los mismos. En

---

(28) Artículo 13.7 de la LGS.

(29) Es una de las circunstancias recogidas en el apartado 2.e) del artículo 13 que impide obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora, pero que aquí queda exceptuada.

este sentido, existen cinco Fondos Estructurales y de Inversión Europeos<sup>(30)</sup> (en lo sucesivo, Fondos EIE) cuya finalidad es lograr, en el periodo 2014–2020, la convergencia y desarrollo homogéneo entre las diferentes regiones de Europa, así como el cumplimiento de la Estrategia Europa 2020.

El soporte jurídico de estos fondos está integrado por variedad de reglamentos. Se debe mencionar principalmente el Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, que es aplicable a todos los Fondos EIE, y sin perjuicio de que cada uno de ellos venga desarrollado además por un Reglamento específico.

No obstante, se aplicará la legislación de subvenciones en aquello no recogido por la normativa comunitaria. Por ello, se deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 6 LGS<sup>(31)</sup> para las subvenciones reguladas por los Reales Decretos que a continuación se expondrán a título ejemplificativo.

En primer lugar, el Real Decreto 616/2017, de 16 de junio, modificado por el Real Decreto 316/2019, de 26 de abril, regula el procedimiento de concesión directa de subvenciones a proyectos singulares para la reducción de las emisiones de dióxido de carbono en el ámbito de las entidades locales españolas. Dichos proyectos se centran en el ahorro y eficiencia energética, la movilidad urbana sostenible y el uso de las energías renovables, todo ello bajo el Programa operativo FEDER de crecimiento sostenible 2014–2020. Con este Real Decreto se trata de impulsar la realización de actuaciones para minimizar las emisiones de carbono por parte de los municipios españoles o agrupaciones formadas por municipios pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma, además de las Ciudades de Ceuta y Melilla. En la regulación vigente tras la última modificación, los proyectos singulares objeto de las subvenciones recogidas en el Real Decreto aludido se aplican a todo el territorio español, sin ninguna limitación en cuanto al número de habitantes<sup>(32)</sup>. Además, resulta de aplicación a estas subvenciones el Reglamento previamente mencionado.

En cuanto al ámbito subjetivo, el órgano concedente de las subvenciones reguladas en el presente Real Decreto es el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE). Asimismo, como entidades beneficiarias podrán ser las entidades locales de conformidad con la LBRL, y las entidades supralocales formadas por

---

(30) Los cinco fondos comunitarios son los siguientes: el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Social Europeo (FSE), el Fondo de Cohesión, el Fondo Europeo Agrícola y de Desarrollo Rural (FEADER) y el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (FEMP).

(31) De conformidad con el artículo 6 de la LGS, *las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea se regirán por las normas comunitarias aplicables en cada caso y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquéllas*, teniendo carácter supletorio los procedimientos de concesión de las mismas establecidos en dicha ley.

(32) Sin embargo, previo a la modificación por el Real Decreto 316/2019, de 26 de abril, se restringía el ámbito territorial a los municipios con una población de derecho de menos de 20.000 habitantes, o agrupaciones de municipios en los que cada uno de ellos tenga menos de 20.000 habitantes de una misma comunidad autónoma, incluyéndose, además, las ciudades de Ceuta y Melilla.



agrupaciones de entes locales, que realicen las inversiones y promuevan los proyectos singulares de economía baja en carbono.

En segundo lugar, el Real Decreto 1234/2018, de 5 de octubre, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión directa de subvenciones a entidades locales para la financiación de proyectos de empleo, autoempleo y emprendimiento colectivo, dirigidas a municipios de menor población. Dichos proyectos pretenden afrontar el cambio demográfico que está experimentando la sociedad como consecuencia del envejecimiento de la población, la reducción de la natalidad y la despoblación rural que afectan a la organización social. Por ello, se engloban en el marco del Programa Operativo de Empleo Juvenil del Fondo Social Europeo, para el periodo 2014–2020. La finalidad de estas subvenciones es aumentar la empleabilidad y el emprendimiento de los jóvenes que habiten o vayan a habitar en municipios que no formen parte de una gran área urbana y que tengan una población inferior o igual a 5.000 habitantes, o una población comprendida entre los 5.001 y los 10.000 habitantes siempre que estos últimos presenten un saldo demográfico negativo en la última década<sup>(33)</sup>.

#### IV. LA ACTIVIDAD DE FOMENTO DE LOS ENTES LOCALES

Esta actividad de fomento, en base al artículo 7 de la LBRL, quedará comprendida en el ámbito de sus competencias propias o atribuidas por delegación o, en casos puntuales, distintas de estas últimas. En esta línea, la regulación relativa al otorgamiento de subvenciones en las EELL se recoge en la formulación general del artículo 25 LBRL cuando se refiere a los municipios<sup>(34)</sup> y en el 36 de dicha Ley si afecta a las Provincias<sup>(35)</sup>.

Además, la legislación estatal de régimen local recoge supuestos en materia de subvenciones, entre los que es interesante destacar el derecho de las asociaciones vecinales a obtener ayudas económicas<sup>(36)</sup>, la necesidad de documental fehaciente y acreditativa de la aportación de la subvención con respecto a la disponibilidad de los créditos para su financiación<sup>(37)</sup>, o la cooperación económica de las Diputaciones a la efectividad de los servicios municipales a través de la aplicación de las subvenciones o ayudas financieras que concedan el Estado o la Comunidad Autónoma<sup>(38)</sup>.

---

(33) Así se recoge en el artículo 2 del Real Decreto 1234/2018, de 5 de octubre.

(34) El artículo 25.1 de la LBRL establece que “*el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo*”.

(35) El artículo 36 LBRL atribuye a las Diputaciones competencia para cooperar jurídica, económica y técnicamente con los municipios y para cooperar con las demás Administraciones al fomento del desarrollo económico y social en el territorio provincial.

(36) Artículo 72 LBRL

(37) Artículo 173.6 TRLHL

(38) Artículo 30.6 TRRL

Todos los preceptos anteriores complementan a la LGS, permitiendo estructurar un marco jurídico referido a las EELL que era manifiestamente impreciso e incompleto<sup>(39)</sup>.

En desarrollo del **artículo 25 de la LBRL**, se enumeran las competencias propias del municipio, en los términos habilitados por la legislación del Estado y de las CCAA. De este modo, las entidades locales podrán dar cumplimiento a estas competencias bien de forma directa o bien a través de subvenciones. De entre las posibles competencias recogidas en el precepto aludido, resaltaremos algunas que pudieran ser desarrolladas por medio de subvenciones como son las siguientes:

- Urbanismo y Medio Ambiente: se pueden citar las subvenciones para la rehabilitación de la edificación y mejora de la accesibilidad en edificios colectivos de viviendas.
- Atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social: a través de subvenciones de atención a personas de tercera edad o subvenciones a favor de inmigrantes.
- Promoción del deporte e instalaciones deportivas: con subvenciones a clubes deportivos y Federaciones Deportivas para la realización de eventos y competiciones deportivas.
- Promoción de la cultura y equipamientos culturales: pueden otorgarse subvenciones a entidades organizadoras de fiestas (romerías tradicionales) o de festejos en pueblos, barrios y parroquias de los distintos concejos.
- Educación: como pueden ser las subvenciones para la conservación y mantenimiento de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.

## V. CONCLUSIONES

En primer término, la Ley 38/2003, General de Subvenciones, se aplicará a todas las Administraciones cuando, en virtud de las líneas definitorias establecidas en el precepto 2.1 del mismo texto legal, las entregas dinerarias sean calificadas como subvenciones. Entre estos requisitos destacan fundamentalmente el carácter afectado de la disposición dineraria (es decir, cuya entrega vincula a la realización de un concreto y determinado fin) y la no-contraprestación por parte del beneficiario de la subvención, sin perjuicio de que el receptor tenga que cumplir con las obligaciones materiales y formales. *A sensu contrario*, si la entrega no puede calificarse como subvención, la mencionada ley no será de aplicación.

Asimismo, se pueden sugerir una serie de recomendaciones en lo referente a su regulación en el ámbito local. En este sentido, cabría la posibilidad de valorar la

---

(39) PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, ob. cit., p. 97.

modificación de la legislación existente, incluyendo previsiones específicas referidas a la competencia en orden a clarificar los órganos concedentes en la esfera local sin que sea necesario acudir a las cláusulas residuales, como ocurre hasta ahora al no estar previsto de forma expresa.

No obstante, con la regulación positiva que existe actualmente, la materia subvencional en la Administración local tiene cobertura legal moderna y suficiente para el desarrollo de la actividad de fomento, especialmente como parte concedente, puesto que la legislación local suele estar huérfana de legislación suficiente y adecuada para una ágil prestación de sus actividades, como sucede a menudo en algunas materias de su competencia.

Por otra parte, y a pesar de que las entidades locales pueden actuar bien como beneficiarias o bien como concedentes de una subvención, tiene una mayor relevancia económica y cabida su posición como receptoras, puesto que pueden percibir subvenciones tanto del Estado como de la Comunidad Autónoma correspondiente o incluso directamente de la Unión Europea.

Por último, resulta interesante señalar que las subvenciones públicas tienen una importancia creciente como instrumento de fomento que permiten a los entes locales realizar fines de interés público en colaboración con los beneficiarios resultando la consecución de la actividad, probablemente, de forma más económica que si se ejecutara directamente. Además, facilitan la realización de actividades o proyectos que quizá sin esta ayuda no pudiera lograrse como, por ejemplo, las subvenciones otorgadas a una organización de festejos.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BASTARDO YUSTOS, F.: *El régimen jurídico de las subvenciones en el ámbito local*. El Consultor de los Ayuntamientos–Wolters Kluwer, 1.ª edición, Madrid, 2017.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “El sistema de subvenciones centralizadas en el sector de la acción social y las Comunidades Autónomas. Comentario a la STC 13/1992, de 6 de febrero”. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 34, 1992, págs. 43 y ss.
- CORTELL GINER, R.P.: “El concepto de subvención y las entidades privadas del sector público”. *Revista Española de Control Externo*, núm.32, 2009.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 348 y ss.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “La aplicabilidad de la Ley general de subvenciones a las entidades locales y, en particular, a las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias de cooperación económica a los municipios”. *QDL Estudios*, núm. 5, 2004, págs. 7–33.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la ley”, en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (coord.),

- Comentario a la Ley General de Subvenciones*. Thomson Civitas, 1.ª edición, Navarra, 2005, págs. 29–63.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “Las entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las comunidades autónomas”. *QDL*, núm. 21, 2009, págs. 28–39.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “Subvenciones y ayudas económicas en tiempos de crisis”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154, 2012, págs. 19 y ss.
- MARTÍNEZ LÓPEZ–MUÑIZ, J. L.: “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública”. En VILLAR PALASÍ, J.L. (hom.) y GÓMEZ–FERRER MORANT, R. (coord.). *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 751–768.
- NIEVES BORREGO, J.: “Estudio sistemático y consideración jurídico–administrativa sobre la subvención”, *Revista de Administración Pública*, núm. 42, 1963, págs. 17–120.
- PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Boletín oficial del Estado, 6.ª edición, Madrid, 2016.
- RAMALLO MASSANET, J.: “El poder de gasto del Estado: subvenciones y orden competencial”. *Documentación Administrativa*, núm. 232–233, 1993, págs. 403 y ss.
- SESMA SÁNCHEZ, B.: *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1998.
- SESMA SÁNCHEZ, B.: “El concepto jurídico de subvención y ayuda pública. Alcance de la noción de fomento y promoción”. En GARCÉS SANAGUSTÍN, M. y PALOMAR OLMEDA, A (coords.), *Derecho de las Subvenciones y Ayudas públicas*, Aranzadi Thomson Reuters, ed. 1.ª, Navarra, 2011, págs. 245–264.

# Diálogos jurídicos

---

**DIÁLOGOS JURÍDICOS Y  
ENTREVISTAS**

---



## **EL FUTURO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN SOCIAL (DIÁLOGO GUIADO POR PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN)**

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA  
JESÚS R. MERCADER UGUINA

**PMS. Tener la oportunidad de contar con dos pesos pesados del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como son Joaquín García Murcia (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid) y Jesús R. Mercader Uguina (Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid), es, sin duda, un lujo no siempre asequible. Si a ello sumamos la circunstancia de que se han mostrado dispuestos a dialogar sobre el futuro de nuestro sistema español de protección social el privilegio de guiar ese coloquio jurídico se antoja absoluto. Así las cosas, aprovechemos la ocasión...**

**Habiendo transcurrido 40 años desde la promulgación de la Constitución, y estando, como estamos, en un momento de incertidumbre absoluta sobre el futuro del sistema de Seguridad Social que en ella se reconoce, ¿en qué dirección entiende que deberían ir las reformas para garantizar su pervivencia, preservando las garantías constitucionales?**

**JGM.** Por lo pronto, esperemos que la incertidumbre acerca de nuestro sistema de seguridad social no sea absoluta. Yo creo que hay en efecto razones poderosas para preocuparse por nuestra seguridad social, pero también considero que no está en juego el sistema en sí sino su capacidad de respuesta económica, especialmente en determinadas coyunturas. No me parece que se cuestione entre nosotros (es decir, en el seno de nuestra sociedad) la existencia de un sistema universal de seguridad social, ni que se pongan en tela de juicio las coordenadas básicas que lo sostienen en la actualidad. Lo que sí genera inquietud, de forma más bien cíclica, es la fuente de aprovisionamiento financiero de dicho sistema, o, visto desde el otro lado de la frontera, el nivel de gasto que viene alcanzando en los últimos lustros, que en ocasiones se antoja excesivo para las posibilidades de nuestro aparato productivo. Es sabido, por otra parte, que la Constitución puede y debe servir de soporte para propuestas o intervenciones de los poderes públicos competentes, pero, si bien se mira, no proporciona muchas claves acerca de lo que se puede o se debe hacer al respecto. El margen de maniobra del legislador es sumamente amplio por lo tanto, lo mismo que lo es, a la postre, el margen de “autogestión” de la propia sociedad en

esta concreta parcela de la política social. Dado que no hay necesidades ni razones inexcusables para reducir su elenco de contingencias protegidas, ni para eliminar sus tradicionales elementos contributivos, es evidente que la posible intervención en el sistema ha de bascular entre la ordenación del gasto (orientaciones, prioridades y medios de control) y la evaluación del previsible del caudal de ingresos. A fin de cuentas, se trata de que ambos capítulos puedan convivir razonablemente. En lo que toca al primero de ellos, debe tenerse en cuenta que la idea de “reparto”, propia de nuestro sistema, admite aún algunas modulaciones, en el sentido de ajustar mejor las disponibilidades existentes en cada momento (o en cada periodo) a los compromisos de gasto, o viceversa. En lo que se refiere al segundo, no parece que se pueda evitar un crecimiento progresivo de la aportación de los presupuestos generales del Estado al sostenimiento de la seguridad social, que puede ir unido en todo caso a una mayor corresponsabilidad de los interesados en la financiación de “su” sistema (con el consiguiente aumento de sus aportaciones). La idea de solidaridad, sobre la que en buena lógica se asienta nuestro sistema público de seguridad social, quizá no se haya comprendido ni difundido hasta ahora debidamente. A diferencia del seguro privado, no estamos ante un mecanismo que ofrece unas prestaciones como resultado de unas aportaciones previas, sino de algo bastante más complejo en lo que está implicada toda la sociedad, y en lo que debe atenderse prioritariamente al interés general y a los fines de justicia social.

**JMU.** No es sencillo dar una respuesta a una pregunta tan compleja. No obstante, parece claro que es necesario reflexionar sobre posibles alternativas y hacerlo desde una visión global que tenga en cuenta las múltiples transformaciones económicas y tecnológicas que estamos viviendo y, sobre todo, que vamos a vivir en los próximos tiempos. Acercarse a las reformas es acercarse al futuro y para que esas reformas sean efectivas es necesario trascender el escenario actual y proyectarnos en un siempre incierto viaje hacia el futuro.

La preservación de los Estados del bienestar exige su sostenibilidad y, como derivada necesaria, la suficiencia de las prestaciones que provea. Sobre estas bases resultaría una revisión en profundidad de nuestro actual sistema. No bastan meros ajustes cosméticos o atender a circunstancias coyunturales. Es necesario repensar el modelo con ojos nuevos y equilibrados. Ello requeriría, probablemente, constituir un nuevo contrato social que añada al pacto intergeneracional existente un compromiso que integre al Estado y, por paradójico que pueda resultar, a las propias empresas. Los modelos de aseguramiento clásicos basados en una sinalagmaticidad corregida pueden resultar insuficientes cuando los modelos demográficos sobre los que estos se basaban comienzan a tambalearse. Por otro lado, el desarrollo tecnológico y los incrementos de productividad resultantes dotan de protagonismo a las rentas del capital y, por ello, los futuros modelos sociales están, creo, obligados a tomarlos en cuenta.

**PMS.** Según se deduce de las palabras de ambos, parece evidente que la supervivencia del sistema exige de ciertos cambios y de la mayor implicación de algunos sujetos presente en el contrato social. Desde esta perspectiva, ¿conveniría reconsiderar el actual modelo legal de Seguridad Social? ¿Hasta dónde permite el art.41 CE llegar en la reformulación del modelo?



**JGM.** El artículo 41 de la Constitución exige el mantenimiento de un régimen público de protección de los riesgos sociales, partiendo de que con anterioridad ya existía un sistema de tales características. Ello quiere decir, sobre todo, que el Estado debe empeñarse e implicarse en esa tarea. Pero poco más añade el texto constitucional sobre cómo debe ser ese “régimen” (vocablo que, por cierto, debe entenderse más bien como “sistema”). Está claro que ha de dar cobertura a todas las situaciones de necesidad, que debe dispensar a tal efecto prestaciones que sean “suficientes”, y que debe ocuparse en todo caso de las situaciones de desempleo. Pero el artículo 41 CE no predetermina las bases organizativas del sistema, ni el montante que tales prestaciones deben alcanzar, ni fija tampoco las posibles fuentes de financiación. Con la Constitución en la mano, el sistema público de seguridad social podría organizarse conforme a distintos criterios de los que lo han informado hasta la actualidad, y, para decirlo con mayor concreción, podría dejar de ser un sistema prioritariamente contributivo (que se nutre de cuotas y que protege en función de la cotización previa) para serlo preferentemente asistencial (que atiende antes que nada a la acreditación de una situación de necesidad). La Constitución exige “mantener” el régimen público existente, pero eso no quiere decir que el sistema tenga que conservar estrictamente las líneas que lo han caracterizado hasta estas fechas. Todo eso significa también que se pueden remodelar las contingencias, y se pueden establecer otras pautas para el acceso a las prestaciones. Como se acaba de decir, la reconfiguración de los riesgos protegidos permitiría, por ejemplo, hacer más hincapié en la idea de “necesidad” que parece encerrarse en el artículo 41 CE, de modo que podrían limitarse las prestaciones en aquellos casos en los que el interesado no estuviera verdaderamente necesitado de esta clase de auxilio público. Y el disfrute de las prestaciones podría verse condicionado por las disponibilidades financieras del sistema, particularmente en aquellos escalones o niveles en los que la prestación superara holgadamente el umbral de suficiencia.

**JMU.** La respuesta a la primera pregunta es, como he dicho anteriormente, positiva pero ello creo que no exige un cambio constitucional que es amplio, flexible y permite plurales modelos de tutela social. No hay, creo, en el art. 41 CE un sistema o modelo de Seguridad Social claramente definido sino una serie de directrices, por otra parte muy generales, sobre el carácter público de la Seguridad Social, la tendencia a la universalización de la protección y el logro de la suficiencia de ésta, aparte de la garantía de un espacio para una Seguridad social complementaria no obligatoria, ni necesariamente pública. El precepto del art. 41 CE se configura como un “principio rector”, un mandato de optimización social, que obliga a que algo sea realizado en el mayor grado posible en relación a las posibilidades fácticas y jurídicas, impide a todas luces el estancamiento constitucional como señalara Alexy. Creo, por ello, que en este precepto caben muchos mundos sociales posibles.

**PMS.** Parece, según sostienen ambos, que nuestro modelo constitucional es lo suficientemente dúctil como para admitir cambios sustanciales sin con ello poner en jaque la garantía constitucional. En tal contexto, ¿consideran que la llamada a la voluntariedad y complementariedad, que el art. 41 CE contiene respecto de la previsión social complementaria, sería compatible con un mayor protagonismo de este canal de protección?

**JGM.** Tengo la sensación de que los espacios de la previsión social complementaria en nuestro sistema gozan ya de suficiente arraigo y vitalidad como para no requerir impulsos suplementarios. El problema de ese tipo de instrumentos de aseguramiento particular o privado no parece que radique actualmente en su configuración institucional y normativa, sino en su trasfondo económico y financiero. Es evidente que su recepción en el artículo 41 de la Constitución entraña una garantía imposible de sortear por el legislador, y parece evidente también que nuestra legislación ha ido dando paso a todos los medios o soportes que, en hipótesis, o a la vista de la experiencia, pueden cumplir esa función aseguradora de carácter voluntario y complementario. Se puede discutir si gozan o no de los apoyos adecuados desde algunos de los posibles frentes de actuación (como el tratamiento fiscal), pero probablemente tampoco esa sea la clave del problema. La mayor dificultad del ahorro privado con fines de previsión de riesgos sociales radica en las disponibilidades económicas de las personas y las familias, y esa importante barrera no parece que pueda ser superada mediante la mera acción del legislador. Por otra parte, no se atisban muchas posibilidades de reacondicionar nuestro sistema público de seguridad social con fines de promoción de la previsión privada. Podría pensarse, pero sólo como mera especulación, en la liberación de parte de lo que se contribuye en la actualidad al sistema público para su gestión libre por parte del interesado, es decir, en la aplicación de la nota de voluntariedad en un sistema que por su carácter imperativo y sus estrictas exigencias en lo que respecta a cotización y acceso a las prestaciones deja poco margen para la autogestión de los individuos. Pero una incisión de esas características provocaría sin duda alguna un daño poco menos que irreparable en la capacidad financiera de nuestra seguridad social, con todas las consecuencias negativas que ello acarrearía. Menos viable y menos aceptable sería aún revisar el carácter complementario de los instrumentos de previsión social para hacerlos sustitutorios del sistema público, por su afectación directa a la idea de solidaridad.

**JMU.** El modelo público de Seguridad Social no se define de forma solipsista, pues el mismo puede coexistir con otros sistemas complementarios de carácter libre, si bien éstos no pueden ser considerados equivalentes a aquél. Creo que esas son las premisas desde las que debemos dar contestación a la pregunta que se nos plantea. Por ser más claro, creo que no debe temerse al desarrollo de sistemas de protección social en los que la lógica privada o individual vaya ganando terreno (Suecia, es un buen ejemplo), pero creo también que lo público debe seguir conservando un papel preponderante de forma que, desde luego yo, no me plantearía transiciones hacia sistemas plenos de capitalización o basados esencialmente en el ahorro privado.

**PMS.** **Coincido plenamente con que la solución no está en el mero trasvase de lo público a la previsión social complementaria, ni con la integración de sistemas de capitalización puros, que, por razones obvias, finiquitarían la solidaridad que se presenta como piedra angular de nuestro sistema. En tal tesitura, ¿sería una opción reconsiderar el carácter contributivo de algunas prestaciones, tales como las de muerte y supervivencia?**

**JGM.** Las prestaciones de muerte y supervivencia tal vez merezcan una reconsideración más a fondo que la que atañe a su configuración como contributivas o

asistenciales. Creo que hay que reflexionar sobre su sentido y su deseable orientación en una sociedad muy distinta de la que supuso su puesta en marcha. Desde luego, hay que distinguir dentro de ese apartado entre sus diferentes contingencias, pues no es igual la orfandad que la viudedad, ni son del todo equivalentes estas situaciones con las que pudieran afectar a otra clase de familiares. Seguramente hay que situar en el eje de la discusión la situación de necesidad a la que alude el artículo 41 de la Constitución. En la contingencia de orfandad e incluso en la relativa a determinados vínculos familiares puede que sea razonable pensar que, como regla general, ha sido y sigue siendo la necesidad la que da paso a la prestación pública, por lo que poco más habría que añadir o precisar. Pero en el concreto terreno de la viudedad las cosas acaso sean distintas, puesto que hoy en día es previsible que toda persona tenga acceso a la cobertura de seguridad social a partir de otras contingencias, como la jubilación. Por decirlo más claro: hoy en día no se aprecian diferencias insuperables entre los distintos grupos sociales, y particularmente entre mujeres y hombres, con vistas a construir una carrera propia de seguro, con los efectos que todo ello supone para las bases tradicionales de la pensión de viudedad. No estamos, en definitiva, ante una prestación de seguridad social que responda de modo sistemático a una situación de necesidad. Es verdad que la muerte de uno de los miembros de la pareja causa un impacto evaluable en las condiciones de vida, que deja de ser una vida en común para pasar a ser una vida en solitario. Pero cabe plantearse si esa es o debe ser verdaderamente una contingencia para la seguridad social.

**JMU.** Es frecuente que, en un contexto de reformulación de los sistemas de Seguridad Social, aparezcan propuestas que vengán a reformular algunas prestaciones clásicas. La que ha sido objeto de mayor debate es la pensión de viudedad. Probablemente, porque los fundamentos que sirvieron a su nacimiento ha desaparecido al emerger nuevas formas de convivencia familiar, la pérdida de la estabilidad del vínculo conyugal y, muy especialmente, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. El legislador, como ha explicado Elena Desdentado, solo ha reaccionado parcialmente, ampliando los beneficiarios de la pensión, lo que ha supuesto un coste enorme. La posibilidad de convertir en asistencial esta prestación plantea numerosas dudas que se vinculan con la propia sostenibilidad del sistema. Más razonables me parecen las propuestas que abogan por la conservación del carácter contributivo, pero articulando el campo de sus beneficiarios de manera más selectiva. De esta forma se reduciría el coste de la pensión, haciendo más eficaz, a su vez, la protección (ahora mismo hay situaciones de déficit de protección, pero también de sobreprotección). Las mismas razones son aplicables, con más motivo, a la pensión de orfandad, sin perjuicio de que se considerara la necesidad de impulsar una protección no contributiva para la misma.

**PMS.** Parecen coincidir ambos en la idea de que las prestaciones de muerte y supervivencia, y en particular la viudedad, han perdido a día de hoy buena parte de su razón de ser. No puedo por menor que compartir esa opinión. A mi modo de ver, el error del legislador de 2007 a la hora de simplemente ampliar el abanico de posibles beneficiarios de la pensión de viudedad, sin reparar en que el incremento de gasto que ello acarrearía debía compensarse de algún

modo, quizá reformulando las pensiones de viudedad clásicas (por matrimonio), nos ha abocado a un paradójico panorama normativo respecto de esa porción de la protección social. Pero no sólo la configuración legal de la viudedad se encuentra hoy en tela de juicio. La protección por desempleo es también un tema recurrente en los debates sobre la viabilidad del sistema, ¿convendría una reestructuración de este cauce de protección, reconduciendo a la vía impositiva la vertiente asistencial?

**JGM.** Al igual que en las situaciones de muerte y supervivencia, la discusión acerca de si conviene imputar el coste de la prestación al caudal contributivo del sistema de seguridad social o si, por el contrario, es mejor imputarlo a las partidas dispuestas a tal fin por los presupuestos del Estado no resuelve en realidad el fondo del problema, que no es otro que el coste financiero del servicio público correspondiente (al margen de que se preste a través de la seguridad social, o a través del Estado sin más). La imputación del gasto en protección del desempleo a los recursos recaudados mediante impuestos tiene la virtualidad de hacer partícipe al conjunto de la población, mientras que la cobertura a través del presupuesto de seguridad social hace recaer el sostén económico en mayor medida en quienes participan activamente en el sistema productivo y, en particular, en las personas más directamente afectadas por el riesgo de referencia. Tener en cuenta todo eso es importante para la configuración del sistema, sin duda. Que una determinada prestación se impute a una u otra fuente de financiación también puede servir para poner de relieve el grado de compromiso, de implicación o de respaldo de la sociedad respecto de esa particular acción protectora. Pero a fin de cuentas el coste recae sobre el erario público, ya sea el erario general del país, ya sea el erario más particular del sistema público de seguridad social, que, por otro lado, y como sabemos, desde hace tiempo se nutre en una parte bastante significativa de los fondos presupuestarios del Estado. Tal vez no sea más que una operación contable de asignación de partidas a unos u otros conceptos. Otro tema es que la Unión Europea, como a veces se dice o se propone, participe de manera más directa o deliberada en la protección de las situaciones de desempleo.

**JMU.** Probablemente vamos a tener que repensar la protección del desempleo globalmente. El surgimiento de colectivos excluidos de toda relación salarial o instalados en la precariedad y el futuro incierto que nos proporciona el cambio tecnológico nos va a obligar a repensar la protección por desempleo tomando en cuenta estos factores. Probablemente esta reflexión deba caminar de la mano del denominado “subsido universal”, “ingreso mínimo de existencia” o incluso “ingreso de ciudadanía”. Se trata de avanzar, “más allá de la solidaridad” y “superando el Estado providencia”, para instaurar un nuevo sistema, enormemente ambicioso, de reparto de los recursos de cualquier naturaleza de los que dispone la sociedad. Si ello es así, la protección de las situaciones de inactividad probablemente requiera una readaptación y reformulación de todos los mecanismos contributivos, no contributivos y de asistencia social ahora existentes: prestaciones ligadas al desempleo (contributivo + asistencial + prórroga); rentas de inserción autonómicas o, en fin, prestaciones asistenciales diversas.

**PMS.** Aprovechando que el profesor Mercader saca a la palestra el tema de las rentas autonómicas de inserción, me gustaría que nos diesen su opinión sobre el papel que debe jugar el Estado de las autonomías en la protección social. ¿Habría que replantearse el reparto competencial entre el Estado –Seguridad Social– y las Comunidades Autónomas –asistencia social–, para evitar duplicidades, desigualdades, etc., y mejorar la gestión de la protección de las situaciones de necesidad?

**JGM.** Probablemente todos coincidamos en que la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección social es políticamente acertada pero técnicamente deficiente. Sobre todo, porque la línea de separación entre seguridad social y asistencia social nunca será fácil de trazar, con el consiguiente riesgo de confusión o solapamiento. Tampoco hay que descuidar el efecto social de esa opción institucional, puesto que ni siquiera en materia de seguridad social queda asegurada completamente la igualdad de todos los ciudadanos, desde el momento en que se permiten complementos públicos de pensiones a cargo de las Comunidades Autónomas. Más notable, evidentemente, puede ser la brecha entre unos territorios y otros en el terreno de la pura asistencia social, incluidos los servicios sociales. De nuevo se echa en falta la idea de solidaridad, en este caso entre regiones y entre grupos sociales. Los fondos disponibles para protección social deberían gestionarse con criterios comunes y uniformes para toda la población, máxime en un contexto en el que es difícil advertir diferencias contundentes tanto en los niveles de bienestar como en las necesidades de asistencia. Puestos a potenciar la equidad del sistema, tal vez fuese preferible la idea de federalismo cooperativo, bien pertrechado de instancias de colaboración, al criterio que parece haber prevalecido en nuestro sistema actual, que no va mucho más allá de la mera distribución de competencias, y de fondos, entre las distintas parcelas de poder del Estado.

**JMU.** El Estado de las autonomías es un tema pendiente y necesitado de serena reflexión. Es evidente que los espacios de Estado y Comunidades Autónomas en materia de protección social son un terreno de confrontación como han demostrado algunos relevantes pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional. Pienso también que el sistema existente muestra importantes ineficiencias por lo que resultaría necesario hacer balance de lo sucedido en esta materia y valorar posibles actuaciones futuras. Probablemente, caminamos hacia un Estado del superbienestar y en él una organización racional y eficaz constituye una condición primordial para la calidad del servicio prestado a los beneficiarios y para el mantenimiento de la gestión racional. La eficacia administrativa es un principio jurídico que formaliza un bien o valor constitucional, a saber: la obligada realización del interés general. Por tanto, la Administración deberá estar al servicio del interés ciudadano y del logro de esos objetivos sociales.

**PMS.** Estamos, por tanto, todos de acuerdo en que el Estado de las autonomías, tal como está diseñado y estructurado hoy, no casa bien con la idea de protección social global en condiciones de igualdad, solidaridad y eficacia. Pero quizá esa sea una reforma tan necesaria como políticamente difícil de afrontar.

**Por el momento, parecen más viables otras medidas de menor impacto político en una coyuntura de innegable crispación territorial. Así las cosas, ¿cómo puede mejorarse la relación ingresos/gastos del sistema? ¿Le parece bien la técnica empleada en las últimas reformas de elevar la cotización? ¿Habría un modo más efectivo de incrementar los ingresos? ¿Sería la reformulación de las incompatibilidades entre prestaciones o entre prestación y actividad laboral una fórmula apropiada?**

**JGM.** Para mejorar la relación entre ingresos y gastos del sistema realmente no se vislumbran fórmulas mágicas. Como se dijo, una manera de ajustar completamente esa relación sería darle al criterio de reparto un carácter más estricto o matemático, de forma que sólo se pudiera repartir entre los beneficiarios lo disponible en cada momento (o en cada periodo). Pero no parece una solución factible, por razones que son fáciles de captar y comprender. La atención a las fuentes de ingresos de cada beneficiario puede ser un modo razonable de ajustar el gasto en prestaciones, aunque no es una operación sencilla desde luego. El ajuste preciso del deber de cotización a los ingresos reales o al valor efectivo de cada trabajo también puede ser una buena estrategia. Por supuesto, no debería descartarse una creciente implicación de los presupuestos del Estado en la financiación de la seguridad social. Pero quizá no debamos olvidar nunca que el incremento de las disponibilidades financieras suele impulsar, aunque sea de manera imperceptible, un incremento de los conceptos de gasto del sistema, por lo que parece una quimera la idea de una seguridad social pública en la que no existan problemas de sostenibilidad en el plano económico. El aumento de los fondos expande casi inevitablemente el horizonte de la protección. Por ello, puede que sea más importante la labor de vigilancia constante del devenir del sistema, unida a la diligencia máxima en su gestión, que el ajuste puro, exacto y puntual entre las disponibilidades financieras y los conceptos de gasto. El Fondo de reserva es indudablemente un buen instrumento para ir haciendo frente a desajustes o desviaciones digeribles para el sistema.

**JMU.** Creo que nos enfrentamos a problemas nuevos que van a requerir soluciones imaginativas. Es evidente que la tasa de natalidad desciende y que la esperanza de vida crece. Los sistemas demodependientes están sufriendo una lenta pero inexorable crisis de subsistencia. Las técnicas tradicionales comienzan a no servir y las soluciones emotivas están lejos de responder a los grandes problemas que tenemos por delante. Cualquier persona dirá que toda persona tiene derecho a una prestación suficiente que le permita vivir dignamente pero la cuestión fundamental es cómo financiamos esas ideas.

Sería necesario reconstruir nuestro pacto social por el Estado del bienestar y asumir que las cotizaciones es posible que no sirvan, por sí solas, para sostener el referido modelo. Probablemente a corto plazo pueda ser una respuesta porque es evidente que la tendencia es cotizar más y recibir prestaciones menores. Pero a medio y largo plazo por mucho que elevemos las cotizaciones no conseguirán resolver el problema si no somos capaces de construir mercados de trabajo más robustos y modelos de empleo alejados de la precariedad. Todo ello, nos exigirá encontrar otros

sistemas con mayor intervención de fuentes estatales de financiación pero, si ello es así, será necesario incrementar los impuestos y la gran pregunta es: ¿estaremos dispuestos todos a ello?

Todo ello, “rebus sic stantibus”, porque si el cambio tecnológico esperado comienza a desarrollarse y las estimaciones sobre destrucción de empleo se materializan ni siquiera este camino será transitable. Debemos por todo ello reflexionar sobre la forma en que los cambios tecnológicos pueden afectar a los futuros sistemas de Seguridad Social. El diario El País del día 17 de octubre de 2016, nos sorprendería con un titular inquietante pero enormemente sugerente: ¿Tienen que cotizar los robots a la Seguridad Social? La pregunta es inteligente por dos motivos. Por un lado, pone sobre la mesa un camino de salida a la crisis de nuestro sistema de Seguridad Social, por otro, plantea la forma y modo de reparto de los beneficios potenciales que pueden producir los incrementos espectaculares de productividad y riqueza que puede generar en el futuro próximo la revolución robótica. Pero si los robots crean los problemas, ¿podrían ayudar a resolverlos?

**PMS. Les pediría una reflexión final sobre cómo puede superarse la tensión entre el incremento de la edad de jubilación y la preocupante tasa de desempleo juvenil. ¿Podría ser la parcialidad una solución?**

**JGM.** En una primera aproximación el reparto del empleo aparece como la mejor técnica para lograr un ajuste adecuado entre oferta y demanda en el mercado de trabajo. Pero es suficientemente sabido que las grandes variables económicas y sociales no siempre se comportan en términos matemáticos. Para bien o para mal, aún no se han descubierto los factores que de modo efectivo impulsan la actividad productiva y la consiguiente generación de oportunidades de empleo, ni han podido evaluarse de modo fidedigno los efectos que puede tener la jubilación pronta o anticipada, ni siquiera la jubilación forzosa, en el plano de las ofertas de empleo. Se ha postulado muchas veces la distribución del empleo existente como remedio para la escasez, pero también se ha dicho en ocasiones, tal vez con razón, que el empleo es fuente de riqueza y de nuevas oportunidades de colocación para quienes están a la espera de esa fuente de ingresos. Todo ello quiere decir que es muy probable que no haya exactamente contradicción entre el mantenimiento en el empleo por parte de quienes van entrando en edades de jubilación y la búsqueda de respuestas para los problemas de inserción laboral de la población juvenil. En un análisis microscópico y muy localizado, las plazas vacantes por jubilación pueden ser ocupadas en hipótesis por jóvenes demandantes de empleo, pero en un panorama más general no es del todo seguro que se produzca ese efecto sustitución, al menos en condiciones tan exactas. En todo caso, parece evidente que un procedimiento como la jubilación parcial, o la jubilación gradual en términos más generales, además de constituir un buen tránsito hacia la terminación completa de la vida laboral, puede actuar como un revulsivo interesante para la entrada de los jóvenes en el mercado, máxime desde que se admite la posibilidad de que el trabajador sustituto ocupe el lugar del sustituido con una prestación de servicios a tiempo completo. También es cierto que ese tipo de operaciones puede tener distinto desarrollo según se trate del sector privado

o del sector público, especialmente si hablamos de la Administración pública. En este ámbito el volumen del empleo se presta mejor a cálculos cuantitativos y proyecciones de futuro, de modo que proporciona mayores dosis de previsibilidad o certeza acerca del resultado de una política favorecedora de la jubilación con vistas a facilitar la entrada de nuevos empleados en el correspondiente servicio. El cese en el trabajo, por otra parte, constituye un acto de mucha trascendencia para la vida de las personas, por lo que nunca debe olvidarse el grado de satisfacción (vital y social) que puede proporcionar un sistema flexible de jubilación que con carácter general permita acomodar esa decisión a las circunstancias, condiciones o proyectos de cada persona, y que de manera más particular ofrezca posibilidades de prolongación de la vida activa a quienes así lo deseen. No olvidemos tampoco la repercusión de las decisiones de jubilación en el presupuesto de gastos del sistema de seguridad social, motivo que al fin y al cabo suele estar en el trasfondo de las medidas que incentivan la permanencia en el trabajo.

**JMU.** Creo que una de las grandes fracturas sociales es la que se puede producir como consecuencia del choque entre el talento senior y el talento junior. Un inevitable resultado de unos modelos de protección social que promocionan la extensión en el tiempo de la vida laboral pero que, paralelamente, conviven con elevadas tasas de desempleo juvenil. Creo que la solución puede ser la progresiva construcción de la idea de diversidad generacional.

Ello llevaría consigo la creación de equipos de transferencia de conocimiento integrados por trabajador en tránsito a la jubilación y joven incorporado. De este modo debería buscarse la atracción y observación del talento joven en las fases previas a la contratación. Pero también, una progresiva integración en la empresa a través de un cuerpo de formadores integrado por trabajadores en tránsito a la jubilación. La idea de relevo generacional es bien conocida pero se viene formulando de manera escasamente útil. Se trata de un relevo sin transferencia de conocimiento. La diversidad generacional requeriría convivencia e integración de lógicas así como una efectiva transferencia de conocimientos entre los dos talentos: senior y junior. En cuanto a la parcialidad, por lo expuesto creo que debería reformularse en el sentido de desarrollar modelos de trabajo compartido más imaginativos y adaptados al signo de los tiempos.

**PMS.** Desde luego, ha sido un diálogo increíblemente sugerente e interesante, en el que han salido a la luz problemas e imperfecciones de nuestro sistema de Seguridad Social, a la par que se han aportado posibles soluciones. Me gustaría acabar dándoles a ambos las gracias por ofrecernos esta oportunidad de reconsideración de nuestra Seguridad Social.



## ENTREVISTA A AURELIO DESDENTADO BONETE

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

**PREGUNTA.**– Tener la inmensa suerte de poder entrevistar a una persona como tú es, desde luego, no sólo un honor, sino también una irresistible tentación. Podría, sin duda, preguntarte sobre millones de temas distintos, personales y profesionales, pero no me resisto a ofrecer a los lectores tu particular visión del presente y el futuro del mercado laboral. En todos estos años dedicados al Derecho del Trabajo, no sólo como excepcional Magistrado del máximo órgano de la jurisdicción social (hasta 2014), sino también como docente (en las Universidades Carlos III y Autónoma de Madrid), me consta que has elaborado muchas teorías personales sobre dónde está y hacia dónde va el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pues bien, ya que me brindas la oportunidad, me gustaría que nos ilustrases sobre alguna de ellas. Pero empecemos por el principio: ¿crees que la legislación laboral y la legislación del mercado de trabajo son amigables compañeras de viaje o, por el contrario, consideras que mantienen hoy (y en el pasado), una tensión no siempre bien resuelta, que les ha obligado a cesiones recíprocas?

**RESPUESTA.**– Muchas gracias, Paz, por pensar que puedo deciros algo de interés y por tus generosas palabras de presentación.

Me atreveré a decir algo, pese a mi ignorancia en materia económica. Creo que hay una relación problemática entre mercado de trabajo y legislación laboral. Vemos el mercado de trabajo como un juego de decisiones que tienden a lograr un equilibrio entre la oferta y la demanda. Pero, como decía Solow al explicar su famosa paradoja del desempleo persistente con rigidez relativa de los salarios, el trabajo es una “mercancía” muy especial. Esa especialidad consiste en que “el oscuro objeto del contrato de trabajo” somos nosotros mismos y esto es lo que hace que el mercado de trabajo se convierta en una institución social. La intervención legislativa, la autonomía colectiva o, incluso, las reglas sociales interiorizadas restauran así un mínimo ético en este juego del mercado, excluyendo una competencia “hobbesiana” por los puestos de trabajo, que sería degradante y quizá también autodestructiva.

Pero las cosas no han sido tan sencillas, al menos históricamente. Jevons, en “El Estado y los trabajadores”, recuerda que la legislación laboral fue casi siempre “una legislación clasista”, es decir, “el intento de un grupo dominante de someter a una clase inferior”. La esclavitud y la servidumbre son también creaciones de la ley e incluso la reglamentación medieval de los oficios o del estatuto de los aprendices

iban en la misma dirección. También la libertad de trabajo es la creación de un orden legal que puede expresar y ha expresado otras formas de opresión dentro de la autonomía privada: jornadas de trabajo interminables en condiciones insalubres, salarios de miseria y explotación infantil.

El cambio de signo va desde el intervencionismo humanitario de la cuestión social a la presión del movimiento obrero, el sufragio universal y la reacción frente a la amenaza de una “sustitución del sistema”. La legislación laboral surge de una redistribución del poder político, con la que hasta las dictaduras conservadoras necesitan legitimarse, pese a su marco represivo. Con avances y retrocesos lo que los críticos llaman “el Derecho capitalista del trabajo” sigue siendo, con sus más y sus menos, un orden protector de los trabajadores.

El resultado es que el juego del mercado experimenta limitaciones importantes en el ámbito laboral. Por una parte, el poder político fija las reglas generales del funcionamiento del sistema de relaciones laborales y las condiciones mínimas de trabajo, lo que llamamos el orden público laboral. Por otra parte, los agentes sociales –sindicatos y organizaciones empresariales– establecen una regulación adicional que ya no se detiene en la garantía de unos mínimos, sino que tiene una voluntad totalizadora que relega el contrato de trabajo a un papel muy limitado en el ámbito de unas posiciones contractuales poco necesitadas de protección pública o colectiva (directivos, técnicos con alta especialización, trabajadores “únicos”) o de los que quedan al margen de los cauces de representación colectiva. Es lo que los economistas llaman el monopolio bilateral, que en nuestro sistema ha actuado, del lado de los trabajadores a través de una “monopolización inclusiva”, que, por medio de la eficacia general del convenio y de los cauces representativos al margen de la afiliación ha logrado una cobertura bastante amplia.

Pero el mercado sigue ahí y reacciona marcando, a veces con dureza, sus límites. Hay devaluaciones salariales, como hemos visto en los años de la crisis, pero las vías de reajuste fundamentales son el paro y la temporalidad, dos compañeros tradicionales de viaje de nuestro sistema laboral, que apuntan a que algo importante está fallando de una forma permanente y que probablemente nos indican también que la protección no se distribuye bien entre “los que están dentro” y “los que están fuera”.

**PREGUNTA.– Con carácter general, el modelo español de mercado laboral no es, ni mucho menos, un ejemplo a seguir. Las tasas de desempleo han desolado nuestro contexto laboral desde hace años. Pero ¿es ésta la principal debilidad de nuestro sistema? ¿cómo funciona en realidad nuestro mercado de trabajo?**

**RESPUESTA.–** Parece que aquí hay acuerdo, por lo menos en los resultados. Funciona mal, bastante mal. Nos movemos entre el paro masivo y la precariedad, por no hablar de lo que ahora se llama “pobreza salarial” o de la productividad.

El paro ha sido del 15,25 % en 2018 después de varios años de recuperación. Estamos a la cabeza de Europa, doblando la media europea y solo detrás de Grecia. Pero lo más grave es que se trata de un rasgo permanente. En las épocas de expansión la tasa de desempleo oscila entre el 9% y 10%, pero en las crisis puede situarse por

encima del 20%, con el 26,1% en 2013, por ejemplo. El paro juvenil supera el 34% en 2018 y algo parecido ocurre con el desempleo de larga duración con el 35% de los parados con dos o más años buscando empleo.

La temporalidad es el otro mal endémico. Empezó su despegue con la transición política y presenta una curiosa y preocupante evolución. El año 2017 ha terminado con un 26,8% de contratos temporales cuando la media europea estaba en el 14,5%. Como veremos, se ha llegado en nuestro sistema a una especie de ley de bronce que hace subir la temporalidad en las fases de recuperación y la reduce en las de recesión. La temporalidad inició su despegue en los años 80 como consecuencia de determinadas opciones en la política de empleo, sobre las que volveré más adelante. Hasta finales de los años 70 del siglo pasado parece que se mantenía en límites razonables, pero en 1987 superaba ya el 15% y siguió creciendo hasta llegar al 30% en 1990. A principios de los 90 comenzaron las señales de alarma. En 1995 se alcanzó el máximo con el 35%. En la segunda mitad de los noventa se inician las medidas de corrección, pero con escaso éxito: la temporalidad estaba ya enquistada y, pese al cambio de signo de la política de empleo se mantiene, por encima del 30%. Solo con la crisis comienza el descenso: del 30,8 en 2007 al 22,8 % en 2012 para iniciar luego otra subida con la recuperación.

**PREGUNTA.– Parece así que la temporalidad y las elevadas tasas de desempleo se han afinado, sin propósito de mudanza, en nuestro sistema laboral, convirtiéndose en componentes imprescindibles para su adecuada identificación. Pero, ¿qué tipo de interconexión hay entre ellas? ¿Esta situación es causa de las últimas reformas o, por el contrario, es preciso retrotraerse bastantes años para entender de dónde procede esta problemática?**

**RESPUESTA.–** Es más fácil describir los efectos que encontrar las causas y quizá es la economía la que tiene aquí la última palabra. Pero desde la pequeña historia del Derecho del Trabajo hay también algo que decir. Da la impresión de que nos encontramos ante algo fatal; una situación persistente en la que estamos encerrados desde hace ya muchos años y que parece irreformable, pese a lo que, con sabia ironía, se ha calificado como “la reforma laboral permanente”.

En el origen de esta situación hay una opción política, una especie de “pecado original” de nuestro sistema del que no acabamos de salir, aunque está suficientemente diagnosticado.

Volvamos a recordar brevemente esa historia. La dictadura franquista mantuvo un régimen de control político del empleo bastante rígido y en los primeros años de la transición política, entre la Ley de Relaciones Laborales y la reforma del despido en el Real Decreto –Ley de relaciones de trabajo, no se logró ninguna adaptación eficiente: pasamos de una efímera readmisión obligatoria a las indemnizaciones de 60 días y la persistencia de la autorización administrativa para los despidos empresariales. Por otra parte, la gran crisis económica del 73 puso fin al desarrollismo y a los “treinta gloriosos”, que en España se quedaron en quince. El aparato sindical de la dictadura se desmoronó; surgieron amplios movimientos reivindicativos con notables incrementos de los salarios y altos niveles de inflación. Los condiciona-

mientos de la transición política impedían adoptar medidas de ajuste impopulares y surgió, de forma natural, el tratamiento más temible: el ajuste vía paro. En 1975, ya comenzado el declive, estábamos prácticamente en pleno empleo con una tasa de paro del 3,8 %; en 1980 habíamos llegado al 11,5 % y en 1985 al 21,9%. Se ha dicho que hemos pagado dos veces la cuenta económica del franquismo: una de entrada– la destrucción de nuestra economía en la guerra civil –y otra de salida con un cambio de régimen en el peor momento económico y con una herencia de regulaciones autoritarias. Quizá la seguimos pagando.

Sin embargo, alguien descubrió ya en 1976 la fórmula mágica que se acabó imponiendo y que ha tenido un éxito tan arrollador, como negativo. La fórmula es muy sencilla: “si, por problemas de legitimación política, no podemos establecer una flexibilidad de salida, establezcamos al menos una flexibilidad de entrada” y, bajo la consigna irrefutable de que “un trabajo temporal es mejor que ningún trabajo”, se puso en marcha el nuevo remedio, que tiene un nombre ya consagrado en la historia del Derecho del Trabajo: el contrato temporal de fomento del empleo.

Primero se aplicó en programas específicos de carácter coyuntural, pero luego desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, en marzo de 1980, y, sobre todo, desde su reforma en 1984, se llevó a cabo de forma sistemática. La fórmula consistía en permitir con una duración mínima – de tres meses – y una máxima de tres años la contratación temporal con independencia de la naturaleza temporal o permanente del trabajo contratado. El contrato podía prorrogarse hasta la duración máxima autorizada. El cese era libre al término de cada contrato o prórroga con una indemnización de 12 días por año de servicio.

La nueva fórmula tuvo éxito como vía para “satisfacer las necesidades de flexibilidad empresarial” en la fase de crecimiento que se produjo en la segunda mitad de los 80. Las tasas de temporalidad fueron creciendo en los términos a los que ya me he referido.

Pero comenzaron a aparecer los costes de la temporalidad. Desde una perspectiva más general y persistente se ha hablado de la emergencia y la consolidación de una “cultura empresarial de la temporalidad” o, si se prefiere, de una “aversión empresarial” al contrato indefinido. Se crea preferentemente empleo precario, se huye de la contratación indefinida y nace una peculiar psicología empresarial que ha persistido tras el fin del contrato temporal de fomento del empleo. Por otra parte, la temporalidad ha potenciado la dualidad dentro del mercado de trabajo. Ya no se trata solo de empleados y desempleados, sino que ha surgido una nueva y numerosa clase de *outsiders*, los temporales, y esto tiene malas consecuencias, tanto económicas como sociales. La formación del capital humano y la productividad se resienten; se fomenta la desviación de la producción hacia actividades intensivas en mano de obra temporal. El trabajo temporal ya no permite una integración social plena; actúa como una actividad marginal dentro de un ciclo de rotación entre actividades temporales y desempleo, con un enorme coste social y económico.

Surge además –y esto me parece decisivo para el funcionamiento del sistema– el efecto “ejército temporal de reserva” que marcará el signo de la evolución del mercado

de trabajo en el ciclo económico: sobre el núcleo de la plantilla permanente de los trabajadores fijos se recurre en la fase de expansión al trabajo temporal, mientras que en la fase de recesión ese empleo se destruye con gran facilidad a un coste mínimo y el ajuste problemático sobre los fijos solo comienza cuando las cosas van muy mal. Ha nacido el precariado.

Este es el lado oscuro de la invención. Por ello, cuando en los primeros 90 repunta la crisis, comienza también una reflexión crítica sobre los aspectos negativos de la temporalidad y las reformas de 1994 y 1997 marcan el fin del fomento del empleo a través de la contratación temporal. Se pondrá, sin embargo, en marcha otra medida que no deja de ser curiosa. Ya no se funda en la temporalidad, sino en la reducción de la indemnización por despido improcedente en caso de extinciones objetivas que de la regla 45 días por año pasa a los 33 días. Se trata del establecimiento del contrato para el fomento de la contratación indefinida (CFCI), una medida de “abaratamiento” del despido, que muestra en definitiva que tanto el legislador como los agentes sociales consideraban que con el régimen laboral ordinario no era fácil crear empleo. La medida tenía carácter temporal y estaba dirigida a colectivos con problemas específicos de empleo. Pero se irá manteniendo y ampliando para acabar presentándose como una auténtica alternativa al contrato indefinido de 45 días. Y así ha sido, con lo que CFCI parece haber ganado la batalla después de muerto, cuando, con la reforma de 2012, los 33 días acaban sustituyendo a los 45.

La historia del fomento del empleo muestra que las malas soluciones no resuelven los problemas, sino que crean otros quizá más graves. Teníamos un nivel muy alto de paro. Lo seguimos teniendo, pero ahora además tenemos también un récord en el empleo precario.

**PREGUNTA.– Desde hace mucho tiempo se viene escuchando en no pocos foros que la regulación vigente del despido lastra el dinamismo laboral y es la causa esencial de la temporalidad que nos caracteriza. Pero ¿qué hay de verdad en ello? ¿Es la legislación sobre extinción contractual tan rígida como se insinúa o, por el contrario, alimenta la bestia negra de la precariedad laboral por cauces no tan visibles?**

**RESPUESTA.–** Si buscamos las causas, tenemos también que ver lo que ha pasado con la otra vía de flexibilidad, la de salida. El régimen legal de la extinción del contrato de trabajo ha sido uno de los espacios más sensibles de la protección de los trabajadores, pero tiene una regulación particularmente difícil.

Hace ya tiempo, en varios artículos y en la introducción al libro “Despido y crisis económica”, llegué a algunas conclusiones que sigo manteniendo.

Creo que para abordar el problema hay que partir de las funciones que debe cumplir la legislación de despido y comprobar cómo actúan en la práctica en nuestra regulación.

La primera función es la de evitar un ejercicio arbitrario de la denuncia extintiva del contrato por parte del empresario. Para ello se requiere el establecimiento del carácter causal del despido, el control judicial de las causas alegadas y una sanción efectiva para los ceses no justificados.

Esta última exigencia puede relacionarse con la segunda función, que es la reparación del daño producido por el despido. El daño consiste en la pérdida de empleo y no cabe duda de que la forma más completa de repararlo, al menos desde una perspectiva jurídica, sería la readmisión forzosa y el abono de los salarios dejados de percibir. Pero es una medida que tiene dificultades difícilmente superables como solución general, entre ellas la libertad de salida de los vínculos de carácter personal, por lo que suele reservarse para los casos de despidos que merecen una especial reprobación. Se recurre, por tanto, a la indemnización. Sin embargo, también hay aquí problemas, porque en el momento de la calificación del despido no se conoce la extensión del daño, ni éste sería imputable en su totalidad al empresario, mientras que, por otra parte, hay que coordinar la reparación con el efecto disuasorio que impone la primera función y con la protección pública del desempleo que también interviene en la reparación.

La tercera función consiste en que un régimen de extinción del contrato de trabajo debe permitir a las empresas ajustar sus plantillas de una manera rápida, razonable y eficiente ante los cambios de la coyuntura económica. Esta exigencia se relaciona con la propia función económica del contrato de trabajo, en el que los servicios prestados por el trabajador deben tener una utilidad patrimonial para el empresario, de forma que si esa utilidad desaparece el contrato entra en crisis y debe autorizarse su extinción, salvo que procedan otras medidas.

El régimen jurídico del despido en España muestra que se han incorporado estas funciones. Pero hay fallos importantes. El primero afecta a las funciones de reparación y disuasión. El criterio de cálculo de la indemnización opera mediante una fórmula que relaciona el salario con la antigüedad del trabajador y con un multiplicador que solo depende de una decisión política, que puede inspirarse en consideraciones muy diversas. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la antigüedad, aunque puede considerar en algunos casos la pérdida del capital humano específico de la empresa, tampoco guarda relación efectiva con el daño.

De esta manera, el sistema funciona en la práctica de forma muy aleatoria. Si la antigüedad es alta y la pérdida de empleo es de corta duración, se puede obtener bastante más de lo que se ha perdido. Pero, si la antigüedad es reducida y la pérdida de empleo se prolonga en el tiempo, el efecto reparador es prácticamente nulo. En nuestro sistema hay, por tanto, una clara desigualdad ante el despido. Los trabajadores jóvenes y los temporales son los perjudicados y esto es algo que explica la preferencia empresarial por el contrato temporal y en su momento por el llamado despido *exprés* (despido con reconocimiento inmediato de su improcedencia y pago de la indemnización). Aunque una contratación temporal se declare abusiva, la indemnización será muy reducida si la duración del contrato también lo es y la duración media de los contratos temporales estaba en 2017 en 54 días.

Esto es grave y explica muchas cosas. Pero el problema de la rigidez de salida está en lo que hemos llamado la tercera función de la regulación legal del despido, que es la de permitir un ajuste eficiente de las plantillas de las empresas a la evolución de la coyuntura económica.

Y en este punto es conveniente comenzar con algunos datos que pueden parecer, a primera vista sorprendentes, pero que tienen su lógica. En el libro “Despido y crisis económica” hay algunas estimaciones que conviene recordar. En el año 2009, ya en plena crisis y antes de la primera reforma, el 56% de los ceses se produjeron por terminación de los contratos temporales y el 31% por despido *exprés*, mientras que las extinciones por ERES eran solo del 3% y los despidos objetivos por causa económica estaban en el 7%. Si analizamos los datos que da la memoria del CES de 2017, ya en plena recuperación, nos encontramos con que las entradas en el desempleo por fin de contrato temporal son casi el 78,7% del total, mientras que los despidos colectivos se quedan en el 0,60% y los despidos objetivos en el 3.8 %.

Estos porcentajes hacen reflexionar. En primer lugar, muestran un auténtico fracaso institucional de la regulación de los despidos por causas empresariales. Los reajustes, tanto en momentos de crisis como de recuperación, se producen básicamente al margen de los cauces legales previstos para estos casos. Se opta por las vías de menor coste y más discretas: la terminación sin renovación de los contratos temporales y los despidos reconocidos como improcedentes de los trabajadores con antigüedad reducida, básicamente jóvenes. Parece que solo cuando el despido tiene que afectar al núcleo duro de los fijos se recurre a las vías normales de los arts. 51 o 52 ET y a veces ni siquiera en esos casos.

En segundo lugar, comprobamos también que un sistema aparentemente tan rígido y tan garantista como el español resulta ser en la práctica un sistema extraordinariamente flexible. Ya sabemos cómo se logra este milagro: “la flexibilidad de entrada” y el sistema de cálculo de las indemnizaciones en función de la antigüedad se convierten en “flexibilidad de salida” para los que no tienen la condición de “insiders”, que son los trabajadores fijos con antigüedad relevante. La antigüedad como criterio de asignación tiene otro inconveniente: liga la garantía de la estabilidad en el empleo a la permanencia en la empresa, limitando la movilidad profesional como consecuencia del efecto “mochila”.

Por otra parte, es cierto que las vías legales de salida, aunque son transitables, tienen dificultades relevantes. En el caso de los despidos por causas empresariales y, en especial, en los despidos colectivos el sistema español nació y vivió hasta 2012 bajo el sistema de autorización administrativa. Era un sistema que tendía a sustituir el control jurídico de las causas por un control político que presenta los inconvenientes propios de su naturaleza, pese a que existía un control judicial posterior a cargo del orden contencioso –administrativo que se alargaba notablemente y que se mostró poco eficaz.

El sistema acabó eliminándose, pero su sustituto –el periodo de consultas con control judicial posterior por el orden social– tiene también problemas. En primer lugar, por la inseguridad que se deriva de la complejidad de la definición legal de causas y de las dificultades técnicas para su valoración en sede judicial, aparte de la incidencia de algunos criterios judiciales cuestionables. En segundo lugar, hay también una regulación deficiente del periodo de consultas que ha dado lugar a numerosas nulidades por razones formales.

Existe además un problema importante en términos de coste cuando se trata de despidos procedentes. Aquí entramos en el ámbito algo desconcertante de las indemnizaciones objetivas, que no sancionan la improcedencia del despido, sino que tienen una función principal de reparación aleatoria de la pérdida de empleo y quizá también otra finalidad más problemática de incentivar el recurso a medidas de ajuste distintas del despido.

En todo caso hay que destacar un hecho curioso: la cuantía de la indemnización –20 días por año de servicio– se ha mantenido en la reforma de 2012, mientras que, como es sabido, la indemnización por despido improcedente se reducía de 45 a 33 días. Es una medida ciertamente sorprendente en términos de política social: se “abarata” el despido improcedente y se “encarece” relativamente el procedente, y ello sin tener en cuenta, por sus peculiaridades, el efecto de la supresión de los salarios de tramitación. Del abanico de 45/20, en una proporción ya baja de 2,25, se ha pasado al abanico de 33/20, con un descenso de la proporción hasta 1,65. La distancia entre lo procedente y lo improcedente se acorta y ello sin tener en cuenta el efecto al alza de las indemnizaciones superiores fijadas en el periodo de consultas.

Pero pasemos a las cuentas del coste. En la reparación de las extinciones objetivas cuando se trata de despidos colectivos se van añadiendo otros conceptos, como el preaviso, el plan de recolocación, la financiación del convenio especial y la aportación al Tesoro del art. 51.11 ET (la famosa “enmienda Telefónica”), a los que hay que añadir los nada desdeñables costes de gestión. Así, no es difícil que un despido colectivo procedente pueda resultar bastante más caro que un despido improcedente ordinario. Los planes de recolocación, según los datos de las ofertas que aparecen en Internet, rondan los 1.000 € por trabajador; el convenio especial supone el mantenimiento a cargo de la empresa durante varios años de una cotización que, aunque reducida, no deja de implicar un coste importante, que puede dispararse en algunos casos con la aportación al Tesoro público: en alguna sentencia aparecen liquidaciones millonarias, aunque para una visión más ponderada, que no cabe abordar aquí, pueden hacerse complicados cálculos a partir de las tablas legales o consultar en los repertorios de jurisprudencia la voz aportación económica al Tesoro en el epígrafe despidos colectivos. Y no se olvide que con el criterio de cómputo temporal y por grupo de sociedades la aportación puede recaer en una empresa en situación económica negativa.

Hay que reflexionar sobre todo esto desde la perspectiva de la reparación, pero también sobre las repercusiones que sobre el empleo tiene este incremento del coste de los despidos justificados. En el despido improcedente la atribución de la reparación al empresario está clara, aunque, como hemos visto, también hay que realizar aquí equilibrios para encontrar la indemnización adecuada. Pero ¿qué ocurre con las indemnizaciones objetivas en las que la decisión extintiva se considera justificada? La indemnización a cargo del empresario en estos casos puede fundarse en una obligación de protección y ese parece ser su origen histórico. Ahora bien, ¿podemos llevar tan lejos el deber de protección empresarial incluso cuando se trata de empresas en dificultades y cuando existen mecanismos de protección social pública para



cubrir la pérdida de empleo? ¿Es razonable además ese estrechamiento del abanico indemnizatorio a favor de los despidos improcedentes?

Las últimas medidas adoptadas en la materia, quizá bajo el signo de la crisis fiscal en el marco de la recesión, creo que apuntan en la dirección equivocada. Es preocupante esa “desocialización”, que trasfiere a una cobertura privada lo que tendría que ser objeto de una protección pública. El plan de recolocación debería ser una función de los servicios públicos de empleo; la finalidad que persigue el convenio especial de los trabajadores despedidos mayores de 55 años se atendería mejor a través de mecanismos de prejubilación adecuados o ampliando la cobertura del desempleo y sería conveniente una valoración crítica del régimen de aportaciones al Tesoro como mecanismo para corregir “externalidades”, mediante la devolución al sector público del coste de las prestaciones sociales. Medidas como éstas van en una línea claramente contraria a la “flexiseguridad” y plantean además un problema de igualdad: ¿por qué la protección que obtiene un trabajador en el marco legal de un despido colectivo es notablemente superior que la que le correspondería por un despido objetivo por la misma causa?

**PREGUNTA.— El panorama, desde luego, no es halagüeño. Pero ¿queda algo de esperanza para nuestro modelo laboral? Si, como dijo Henri Bergson, el presente solo se forma del pasado, y lo que se encuentra en el efecto estaba ya en la causa, con la experiencia de los últimos tiempos, ¿no estamos ya en condiciones de hacer un diagnóstico serio de las patologías de nuestro mercado de trabajo que nos sitúe en idóneas condiciones para afrontar, con una mínima certeza de éxito, un tratamiento integral que ponga en jaque la precariedad laboral? O ¿el paciente está tan mal que sólo nos quedan medidas paliativas?**

**RESPUESTA.—** No es fácil encontrar soluciones viables y carezco de competencia para esa tarea. Me limitaré a exponer algunas convicciones personales.

Pienso que habría que comenzar evaluando objetivamente las últimas reformas, sus límites y sus logros, pues hay aquí probablemente lecciones importantes que aprender. Pese al ruido político, las reformas de 2010-2011 (la socialista) y de 2012 (la popular) están bastante próximas en el diagnóstico y en las medidas, aunque la última fue, sin duda, más radical dentro de una orientación conservadora común. La primera tuvo escaso recorrido en el tiempo. La segunda ha cosechado elogios, más o menos entusiastas, pero, sobre todo, descalificaciones.

La visión positiva de la reforma de 2012 ensalza la creación de empleo. Pero no sabemos si esto es mérito propio o una consecuencia del cambio de ciclo. Las críticas responsabilizaron a esa reforma del incremento del paro en los años 2012 y 2013. Pero, comenzada la recuperación del empleo, los reproches se orientaron hacia la pobreza salarial y la precariedad. Sin embargo, ésta es una antigua compañera de viaje de nuestro sistema y ya hemos visto cómo funciona. De hecho, siguiendo su evolución natural, la temporalidad descendió en los años de la crisis –en especial en 2012 y 2013 con tasas del 22, 8 y 23, 7 frente al 30, 8 en 2007– para comenzar a crecer con la recuperación. En cuanto a la evolución negativa de los salarios, es una tendencia constatada, pero sobre sus causas hay abierto un debate entre los

economistas, mientras que el alcance de su relación con la reforma no resulta claro. Los cambios normativos que han podido actuar en esa dirección han tenido una aplicación judicial moderadora (caso del de los despidos económicos, la modificación de condiciones de trabajo o la limitación de la ultraactividad del convenio) o su impacto ha sido menor del esperado, como en el caso de la preferencia del convenio de empresa, salvo quizá en lo relativo a los problemas surgidos en relación con las llamadas empresas multiservicios.

Si las reformas han servido de poco, ¿qué podemos hacer? Probablemente repetirlas, corrigiendo errores, hasta que salgan mejor.

Me centraré en lo que me parece el punto principal. Es esencial superar el desequilibrio entre flexibilidad de entrada y de salida.

Para ello hay que comenzar estableciendo una protección más enérgica contra los despidos improcedentes, pues la eficacia de esa protección no puede limitarse a los trabajadores fijos con antigüedad relevante. La indemnización debe cumplir con carácter general, para todos, una función a la vez reparadora y disuasoria de las arbitrariedades, aplicando criterios que cumplan esas funciones de forma satisfactoria y manteniendo la condena a la readmisión en los supuestos cualificados. Por el contrario, para los despidos procedentes “objetivos” la reparación debe socializarse y generalizarse en los términos a los que ya me he referido, sin perjuicio de considerar la aplicación de algún incentivo moderado para la conservación del empleo.

Para una adecuada flexibilidad de salida es necesario también que las empresas puedan ajustar las plantillas de forma eficiente para lo que es preciso clarificar las causas de los despidos empresariales con orientaciones precisas para su aplicación judicial, pero sin caer en automatismos imposibles. Hay que reconsiderar también el alcance en esta materia de las nulidades por razones formales y tener en cuenta lo ya dicho sobre el sistema de reparaciones, de acuerdo con los criterios de igualdad y socialización.

En cuanto a la contratación temporal, la doctrina ha formulado ya propuestas acertadas: mayor rigor en la definición de las causas y en el control del uso abusivo de la temporalidad, reforzando el régimen sancionador. La revisión del régimen indemnizatorio del despido, al margen de la antigüedad, puede operar también una garantía efectiva frente a estos abusos, que hoy no se logra como consecuencia del reducido importe de unas indemnizaciones calculadas en función de una antigüedad muy limitada.

No creo, sin embargo, que la solución venga por la vía de los cambios que se recogen en algunas propuestas, como el contrato único o la llamada “mochila” austriaca, aunque han tenido, sin duda, un efecto muy positivo al abrir el debate sobre dos problemas centrales de nuestro sistema de relaciones laborales: la temporalidad y el régimen del despido. La propuesta del contrato único sigue basándose, aunque más moderadamente después de sus revisiones, en una aproximación entre los regímenes indemnizatorios de la procedencia y la improcedencia; una aproximación que no me parece conveniente porque debilitaría la protección contra el despido improcedente.

Pienso además que, si hay trabajos temporales, debe haber contratos temporales, aunque se establezcan los controles necesarios para evitar su utilización abusiva. El contrato indefinido universal puede ser una construcción artificial. Por otra parte, el contrato único tiene un sistema indemnizatorio basado en la antigüedad que presenta los efectos negativos ya mencionados: desigualdad y limitación de la movilidad. En cuanto a la “mochila” austriaca, que ya tuvo una recepción efímera en la reforma de 2010, es en realidad un fondo de capitalización para la cobertura de los despidos con efectos en parte similares a los del contrato único, ya que, aparte de los problemas de financiación, opera a partir de la antigüedad y tendería presumiblemente a debilitar la protección frente al despido improcedente. Sin embargo, hay que reconocer que, en cuanto “mochila” trasportable, moderaría los efectos negativos sobre la movilidad.

**PREGUNTA.– Perfilado ya el contexto jurídico laboral en el que, a tus ojos, nos encontramos, quizá sea el momento de hacer balance de la situación en la que se encuentra otra de las grandes porciones de nuestra disciplina: la Seguridad Social, aquejada desde hace años de una maltrecha salud, que en los últimos tiempos parece haber pasado a fase pseudo-terminal, sin que por el momento nadie haya dado con el tratamiento correcto para evitar el cataclismo financiero. ¿Cuál o cuáles crees tú que son las causas fundamentales que nos han llevado a esta preocupante situación? O lo que es lo mismo ¿Qué ha ido hiriendo de muerte el Estado de Bienestar en los últimos tiempos? ¿Estamos abocados a renunciar a nuestro modelo de Seguridad Social y sustituirlo por otro “económicamente más rentable”?**

En un libro admirable (“La crise de l’Etat-providence”) Pierre Rosanvallon señalaba, hace ya algunos años, la existencia de tres crisis del Estado del Bienestar: la crisis de financiación, la de eficiencia y, finalmente, la de legitimación.

Las tres crisis están relacionadas. La crisis de legitimación suele vincularse con lo que, con algún énfasis, se ha designado como el asalto neoliberal al Estado de Bienestar; un desafío que tuvo su origen en la segunda mitad de los años 70 del siglo pasado, coincidiendo con el cierre de los 30 años gloriosos, el fin del modelo keynesiano y el auge del nuevo conservadurismo durante los 80.

En nuestro país los efectos de esta crisis han sido, en mi opinión, bastante limitados. Ha habido algunos discursos sobre “la quiebra” de la Seguridad Social y también propuestas, más o menos discretas, de sustitución a favor de regímenes de capitalización privados. Se trata de movimientos recurrentes que crecen sobre todo en coyunturas de recesión y caída del empleo. Producen alguna alarma o inquietud, pero su influencia ha sido bastante reducida: los famosos recortes –los de los años 80 y los más recientes– han sido solo respuestas de ajuste frente a coyunturas críticas o a necesidades de contención del gasto sin pretensiones de un desmantelamiento general.

Creo que, en realidad, la privatización y su compañero de viaje financiero –el régimen de capitalización– no se han considerado como una alternativa real del actual sistema público de pensiones y ello tanto por razones políticas como técnicas. Ningún agente político parece dispuesto a soportar el coste electoral de un programa de reprivatización y en el plano técnico la transición desde un sistema de

reparto con “derechos maduros” a otro de capitalización con derechos equivalentes es inasumible por el doble sacrificio que representaría para las generaciones del tránsito que tendrían que pagar las prestaciones de los actuales pensionistas y acumular además los fondos de capital necesarios para atender a sus futuras pensiones. Es cierto que el coste de transición podría desplazarse al Estado, pero en definitiva “Hacienda somos todos” y el sacrificio económico, por una u otra vía, parece que no sería soportable cuando se trata de regímenes que producen derechos de pensión relativamente altos y con un número importante de beneficiarios. Si a esto se une la inseguridad derivada de los problemas de rentabilidad de los fondos, se comprende que no haya realmente una alternativa. De ahí que los efectos de los discursos, más o menos alarmistas, sobre “la quiebra” se hayan limitado, en su caso, al fomento de los regímenes complementarios a través de planes de pensiones, lo que no deja de ser positivo. Lo de “los tres pilares” no es una medida neoliberal, sino una solución razonable para algunos de nuestros problemas. Lo difícil es funcionar solo con un solo pilar, como ha ocurrido en España durante mucho tiempo y como, en alguna medida y pese a las correcciones en materia de asistencia sanitaria y pensiones no contributivas, sigue ocurriendo.

### **Y ¿qué ocurre con la crisis de financiación?**

Los efectos de la crisis de financiación son más graves. Estamos ya dentro de esa crisis desde el comienzo de la gran recesión de 2008 y, aunque en la fase de recuperación se ha mejorado la obtención de ingresos como consecuencia del crecimiento del número de cotizantes y la mejora de los salarios, lo cierto es que puede tratarse de una mejora coyuntural, siempre frágil, dada nuestra alta tasa de desempleo incluso en las fases de crecimiento. De hecho, desde 2009 los gastos superan los ingresos, como puede verse en la última Memoria del CES, que registra una necesidad de financiación relevante. Desde 2009 no hay asignaciones al fondo de reserva, que se ha ido prácticamente consumiendo. Queda, al parecer, la cifra simbólica de 1.500 millones de euros, cuando en 2011 el Fondo estaba en 66.815 millones. Ha tenido que recurrirse al endeudamiento para cubrir el déficit. Recientemente, se ha aprobado un préstamo estatal de 13.830 millones de euros.

Ha continuado además el incremento del gasto, dentro y fuera del régimen de pensiones, mientras se ponen en cuestión algunos instrumentos de control, que con mayor o menor fortuna, se habían previsto por la legislación anterior, como el factor de revalorización anual de pensiones y el factor de sostenibilidad, aplazado de momento hasta 2023.

No estamos solo ante una coyuntura temporal desfavorable que pueda corregirse con un cambio de ciclo. La crisis del régimen de pensiones tiene una dimensión estructural, que es persistente y afecta a elementos básicos para su equilibrio. Se trata además en lo esencial de una crisis demográfica con un impacto difícil de corregir y que requiere una reforma profunda, aparte de medidas complementarias de apoyo a la natalidad. Hay varios factores que operan en el mismo sentido: el impacto del *baby boom* de los años sesenta del siglo pasado, el aumento de la longevidad y la caída de la tasa de natalidad. Estamos a la cabeza mundial de la esperanza de vida

y en la cola de la fecundidad, lo que, combinado con el retraso de nuestro *baby boom*, lleva a un efecto explosivo y ello sin tener en cuenta nuestros altos niveles de desempleo “natural”. El Banco de España ha recordado que, según las estimaciones disponibles, a mediados de este siglo la población mayor de 66 años será del 29, 2% del total frente al 17,1% actual y que en las próximas décadas la población en edad de trabajar se reducirá incluso, aunque se mantenga la inmigración en niveles elevados; un desfase que parece que tampoco podrá corregirse con incrementos de la productividad, más o menos hipotéticos. El gasto en pensiones pasará así del 10% del PIB actual para las pensiones contributivas a un 18% y este es un incremento que no podrá ser asumido con elevaciones de la cotización, porque la presión contributiva ha llegado al límite y más aumentos tendrían un coste muy alto en términos de empleo. Y hay otros escenarios más preocupantes, como el que predice para 2050 una correlación apocalíptica de solo un activo por cada pensionista.

He reconocido ya en varias ocasiones que no tengo ninguna competencia profesional para pronunciarme sobre la capacidad de nuestro sistema para resistir estas presiones financieras, ni para valorar el alcance efectivo de éstas. Pero los resultados de los estudios realizados en su día por el Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad y, más recientemente, por el Banco de España, FEDEA o la AIREF confirman la existencia de una situación grave y la necesidad de medidas relevantes de corrección. A estos estudios me remito para no recargar la exposición. La crisis financiera está ya aquí.

**PREGUNTA.– ¿ Qué piensas que se podría hacer ante esta situación?**

Creo que el debate sobre la reforma está abierto y parte de un consenso sobre la existencia de la crisis de financiación y su gravedad. Pero, a la hora de valorar las medidas de reforma, quizá convenga hacer una referencia a la tercera crisis –la crisis de eficiencia– en línea con las reflexiones que ya expuse en dos textos anteriores (el prólogo al libro de Borja Suárez sobre nuestro sistema de pensiones y las reflexiones críticas sobre el factor de sostenibilidad, Revista de Derecho Social n.º 64/2013).

La crisis de eficiencia supone que el sistema no cumple de forma satisfactoria sus funciones de protección social. Realmente con un gasto social entre el 23 % y el 25% del PIB no es razonable que tengamos unos índices de riesgo de pobreza y de desigualdad tan negativos, como los que se vienen registrando. La explicación, aparte de desviaciones coyunturales ligadas a la crisis, consiste en que nuestra Seguridad Social ha crecido sobre la base de un esquema que se diseñó en los años 60 del siglo pasado y que ha quedado claramente desfasado en su configuración esencial, al menos en tres ramas esenciales: pensiones, desempleo y prestaciones familiares.

En materia de pensiones es un sistema cerradamente contributivo: más de 9 millones de pensiones contributivas frente a bastante menos de 500.000 no contributivas con un importe en torno a los 400 € mensuales. La protección por desempleo, incluso en su nivel asistencial, es también en lo esencial contributiva, con márgenes de desprotección muy amplios, en especial para quienes buscan primer empleo y para los parados de larga duración, pese a las correcciones que se han ido aplicando en los años de la crisis. Las prestaciones familiares son simbólicas. Las prestaciones familiares son simbólicas.

Un sistema de estas características no es eficiente en la lucha contra la pobreza, sobre todo frente a las nuevas formas que ésta presenta como consecuencia de la crisis, la persistencia del paro de larga duración y la degradación de la calidad del empleo. La protección se centra en “los que están dentro” y han tenido una carrera de seguro estable y completa, pero deja sin protección o con una protección muy reducida a “Los que no han entrado” o a “los que han salido” del sistema como consecuencia de desempleo de larga duración. Juega además “el efecto Mateo”: el que no llega pierde lo cotizado en la carrera irregular y su pérdida se asigna a los más afortunados.

Esto crea además distorsiones. La falta de protección a la familia contribuye al descenso de la natalidad y la protección insuficiente del desempleo fomenta las jubilaciones anticipadas o el refugio en las incapacidades pensionables. Esto explica la presión sobre el régimen de pensiones, que tiende al sobredimensionamiento. La situación en materia de viudedad es espectacular como consecuencia de la generosidad del régimen legal de entrada y de compatibilidad: “pensiones para todos” compatibles con el trabajo sin valorar la dependencia económica con el causante, ni la existencia de una efectiva situación de necesidad, salvo por los incrementos de corte asistencial. Así en la función supervivencia estamos a la cabeza de la Unión Europea, lo que no ocurre con las funciones de vejez e incapacidad. Tenemos casi 2 millones y medio de pensiones de viudedad, cuando a comienzos de los 70 no llegaban al medio millón. Las pensiones de incapacidad permanente están alrededor del millón y, si prescindieramos de la revisión estadística de 1997 –que trasformó en jubilados a los incapacitados con 65 años–, el total se acercaría al millón y medio. El número de pensiones de incapacidad permanente total, compatibles con el trabajo, supera el de las de incapacidad absoluta y gran invalidez. El 43,4% de las altas en la pensión de jubilación eran en 2017 altas anticipadas por debajo de la edad legal.

Por otra parte, se ha cuestionado que algunas situaciones pensionables se correspondan realmente con situaciones de necesidad efectivas. Esto sucede en particular en los casos de la incapacidad permanente total y de la viudedad como consecuencia del régimen de compatibilidad y de la propia definición de las situaciones protegidas.

Hay algunas situaciones pensionables en la incapacidad permanente, la viudedad o incluso en la jubilación anticipada que podrían protegerse de forma más eficiente a través de unas prestaciones de desempleo adecuadas. Las deficiencias en la protección del desempleo desvían la protección de forma artificial hacia el régimen de pensiones, con los inconvenientes que de ello se derivan. Del desempleo se puede salir; de las pensiones es más difícil. Además, la extensión excesiva de la protección puede llevar a debilitar su eficacia. De ahí la necesidad de selectividad, “le ciblage des prestations”, según Dupeyroux.

**PREGUNTA.– Desde luego, la situación es preocupante, tanto más cuando se toma conciencia de los motivos, y se percata uno del escaso margen de maniobra de que se dispone, particularmente si, a la realidad financiera y demográfica nacional, sumamos el inmovilismo político ante medidas que puedan acarrear**

**la más mínima pérdida de votos. ¿Cuáles pueden ser entonces las soluciones para evitar el colapso absoluto del sistema?**

Quizá la solución a la crisis de eficiencia nos ayude a solucionar la crisis de financiación y a mejorar la legitimidad del sistema, aunque ésta, como ya se ha dicho, no es mala.

Se oye con cierta frecuencia que la crisis de financiación del régimen de pensiones se soluciona aumentando los recursos, pero suele añadirse una condición: “siempre que pague otro” (el Estado, las actividades contaminantes, los bancos, los trabajadores con mayores salarios a través de la eliminación del tope de cotización o la protección del desempleo). También suele afirmarse a veces que “no hay que tocar el gasto”.

Hay una parte importante de razón en la primera afirmación. Es necesario aumentar los ingresos y ese incremento no podrá abordarse con cargo a las cotizaciones porque la presión contributiva ha llegado ya a un límite difícilmente superable por su incidencia en el empleo y el crecimiento.

Pero hay también límites para la transferencia a la financiación fiscal. Sería, desde luego, necesario, como se ha propuesto, que el Estado asumiera determinadas cargas indebidas, que hoy pesan sobre la Seguridad Social, en especial en lo que se refiere a las desgravaciones de fomento del empleo. Pero no parece que los efectos de esta medida puedan ser relevantes. En cualquier caso, lo que no es aceptable, como han puesto de relieve ya algunos análisis, es que los presupuestos del Estado asuman la financiación de prestaciones diferenciales de un nivel contributivo profesional, porque tal afectación tendría por razones obvias un efecto redistributivo negativo contrario a los preceptos constitucionales.

Tampoco cabe solucionar el problema de las pensiones a costa de la financiación del desempleo, pues ello afectaría negativamente a una rama que necesita la asignación de más recursos para mejorar los niveles actuales de protección y corregir el desequilibrio de un sistema demasiado centrado en las pensiones, aparte de que la financiación del desempleo está en función del ciclo económico y debe acumular recursos en las fases de crecimiento.

En cuanto a la propuesta de eliminar el tope máximo de cotización para los trabajadores con retribuciones más altas, sería una medida de incidencia limitada y además en la lógica de un sistema contributivo la eliminación del tope de la cotización debe aplicarse también a las prestaciones y en tal caso no habrá mejora financiera. Y si no es así, estaremos en el caso del recurso a la fiscalidad, pues se habrá establecido un impuesto sobre los trabajadores con retribuciones “altas” para financiar necesidades de los otros grupos de trabajadores, con lo que cabe preguntarse por qué tienen que pagar solo las rentas de trabajo. Se dirá que por solidaridad. Pero la solidaridad es una acción voluntaria, no un “impuesto” y no debería quedar limitada a los trabajadores.

Sin embargo, sería posible dar entrada a la financiación estatal por otra vía, desplazando parte de la protección contributiva actual hacia una cobertura universal. Esto ya se ha hecho con la asistencia sanitaria, los complementos por mínimos, las

prestaciones familiares y los servicios sociales. En esa dirección ha ido también el establecimiento de las pensiones no contributivas, aunque éstas tienen otro origen. Habría que universalizar un mínimo garantizado para las pensiones de vejez, invalidez y orfandad con cargo al presupuesto estatal; solución que debe extenderse también a la protección familiar y al desempleo con aplicación en su caso de controles asistenciales en estas ramas. De esta forma, la presión financiera sobre el nivel contributivo se reduciría, mejorando al mismo tiempo la protección y equilibrando nuestro sistema.

Esto significa que es necesario “tocar” el gasto, al menos para cambiarlo de sitio, pero también para hacer ajustes importantes en el nivel contributivo con la finalidad de mejorar la asignación de recursos y la eficiencia de las prestaciones. Las tasas de sustitución de rentas de activo deben revisarse de forma más realista. La protección de la viudedad tiene que reformarse, ponderando la efectiva dependencia del causante y la situación de necesidad real derivada del fallecimiento. Hay que limitar las fugas hacia jubilación anticipada, con apoyo en su caso de unas prestaciones de desempleo renovadas. Es preciso corregir “la asistencialización oculta” a través del cierre progresivo del abanico entre las pensiones máximas y las mínimas, como ha puesto de relieve Conde Ruiz en otro libro de lectura imprescindible (“¿Qué será de mi pensión?”).

Y termino así con una recomendación de lectura lo que empezó con otra.

Oviedo, junio de 2019.



## ENTREVISTA A MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ

BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA

**Benjamín Rivaya:** En *Doxa*, desde un principio, utilizasteis la entrevista y en todos estos años habéis entrevistado a un buen número de eminentes pensadores. Sigo tus pasos, por tanto. De hecho, la idea que late en *Diálogos Jurídicos* es que la entrevista y el diálogo permiten un conocimiento distinto y, en cierta forma, privilegiado. Pienso ahora, porque la acabo de utilizar, en la entrevista que le hicisteis a Felipe González Vicén, en 1986, donde explicó cuestiones que de otra forma no podrían conocerse.

**Manuel Atienza:** Yo creo que la entrevista es un medio útil para captar elementos que pueden ayudar mucho a entender el pensamiento de un autor. Es, además —o puede serlo— una forma ágil y espontánea de expresar ideas. Y en los tiempos que corren puede ayudar también, por ejemplo, a introducir a alguien en temáticas más o menos arduas, como ocurre con la Filosofía del Derecho. Hace tiempo que pienso que una buena introducción a la Filosofía del Derecho podría consistir muy bien en una serie de entrevistas a autores representativos. Y, por cierto, el entrevistador tiene también la oportunidad de aprender mucho. Cada entrevista es un nuevo desafío intelectual, porque te enfrenta con la necesidad de comprender una obra.

**Benjamín Rivaya:** Por razones biográficas (creo que poca gente sabe que eres asturiano) parece razonable comenzar en Oviedo y su Facultad de Derecho, donde estudiaste la licenciatura en los últimos años del franquismo. Me imagino que tuvo que ser interesante, no sólo por el momento histórico sino por la cantidad de personas precisamente interesantes que en ella se encontraban; diría que profesores y alumnos, pero elaborando la entrevista me encuentro con que en relación a los primeros dices que “algunos de ellos (muy pocos) mostraron cierto empeño por hacer razonar a sus estudiantes”. Al menos dínos cuáles fueron éstos. En cuanto a los alumnos, tengo que referirme a quien fue común amigo, José María Laso, que ya te comenté que te cita en sus memorias.

**Manuel Atienza:** Estudié Derecho en Oviedo entre 1968 y 1973. Fueron años en los que estaban cambiando muchas cosas, aunque no creo que se notara especialmente en la Facultad de Derecho. Había entonces un contraste muy acusado entre Derecho y Filosofía y Letras. Derecho era un lugar de orden, aunque lo que predominaba, entre profesores y estudiantes, yo diría que era un ambiente más bien liberal. Pero la Facultad no estaba muy politizada, como ocurría en Letras. En Derecho no había grandes profesores; los dos intelectuales destacados de la ciudad

eran Emilio Alarcos y Gustavo Bueno, y ambos estaban en la Facultad de Letras. De todas formas, eran tiempos en los que se podía aprender algo en la universidad, lo que no se si ocurrirá ahora.

Si hago memoria, creo poder recordar a todos los profesores que tuve a lo largo de los cinco años de carrera y las peculiaridades de cada uno. Haré simplemente una selección.

En primer año, el catedrático de Historia del Derecho era don Ignacio de la Concha. Tenía algo –o mucho– de atrabiliario, pero era también una persona propensa al diálogo, a la conversación abierta. Quizás no aprendiéramos con él mucho de Historia del Derecho, pero yo creo que sí nos transmitió cierto espíritu liberal y de tolerancia. Y en Derecho político nuestro profesor fue Gil Robles, el antiguo dirigente de la CEDA, que tuvo el acierto de ponernos como libro de texto la sociología política de Maurice Duverger. Gil Robles estaba “obsesionado” con el mayo francés (yo entré en la Facultad en octubre del 68) y con De Gaulle. Creo que se sentía testigo de acontecimientos políticos y sociales que no encajaban con sus categorías teóricas. Tenía mucho empeño en discutir sobre eso con los estudiantes, pero me parece que no se produjo mucha sintonía. En todo caso, era un profesor (entonces a punto de jubilarse) amable y de trato abierto.

En segundo curso de carrera, la parte general de Derecho penal la daba Rodríguez Mourullo, entonces recién catedrático de la asignatura. Sus clases eran claras, la materia estaba bien sistematizada, y a mí me interesaba esa parte general que, sin embargo, me pareció –ya entonces– demasiado abstrusa. Recuerdo lo extraño que me resultaba una expresión que usaba muy a menudo: “el injusto punible”; lo de “injusto” me parecía un tanto sospechoso. Y en la parte especial de Derecho penal tuve a Antonio Beristain, sacerdote jesuita que, pasado el tiempo, he llegado a pensar que fue el mejor de todos mis profesores en aquellos años. Quizás no haya sido un gran penalista, según los parámetros habitualmente usados en la academia, pero tenía dos grandes cualidades que no abundaban antes ni abundan ahora. Era una persona valiente y sincera: decía lo que pensaba y hacía lo que pensaba que tenía que hacer. Y poseía además un sentimiento acusado de justicia social; su aproximación al Derecho penal era, más que la de un dogmático, la de un crítico social. Yo tuve más de una pelea con él; recuerdo que en alguna ocasión me echó de su despacho, exasperado porque yo me empeñaba –era el delegado del curso– en que no había por qué aprenderse de memoria los artículos del Código. Pero nunca he olvidado sus clases, en las que se discutía sin ningún tipo de restricción. Lo que había que aprender de la materia para aprobar los exámenes se hacía estudiando un libro de texto: el Rodríguez Devesa.

En Derecho procesal tuve la suerte de tener como profesores a Serra Domínguez y a Francisco Ramos, que entonces era un jovencísimo profesor ayudante. En esas clases, uno tenía la impresión de que entraba en contacto con “el Derecho en acción”, lo que para nosotros constituía una experiencia rigurosamente inédita; el Derecho procesal se estudiaba en los dos últimos años de la carrera.

En mis últimos años de estudiante llegó a la Facultad Julio González Campos, lo que supuso algo bastante parecido a una revolución. Yo no lo tuve de profesor en la licenciatura, pero influyó mucho en mis primeros años de formación como profesor. Cuando entré, al acabar la carrera –en 1973–, como profesor ayudante de Filosofía del Derecho, González Campos fue mi tutor, hasta que llegó Elías Díaz. Los dos eran entre sí muy amigos y contribuyeron (junto con Vicente Montés, Armando Torrent, Gerardo Turiel, Bernardo Fernández y algunos otros) a que La Facultad viviera algunos años de mucho dinamismo y casi diría que de esplendor.

Por lo que se refiere a mis compañeros de estudios, tuve buenas relaciones con todos o con casi todos. Vistas las cosas con perspectiva, creo que era un buen grupo, del que salieron diplomáticos, magistrados, profesores de universidad, altos funcionarios, abogados exitosos...

A José María Laso lo conocí hacia mitad de la carrera. Él había empezado a estudiar ya de mayor, pero había pasado antes por otra universidad: la cárcel de Burgos, a donde le había mandado su compromiso político. Laso era una persona bondadosa, ingenua, extraordinariamente culta, entregada a una causa política, la del comunismo, y practicaba un intenso apostolado que, en la Facultad de Derecho de aquel tiempo, jugaba un papel más bien positivo. Yo le debo mucho, en el plano intelectual y en el de las relaciones personales. Él fue, por ejemplo, quien me puso en contacto con Gustavo Bueno, a cuyo seminario en la Facultad de Filosofía y Letras empecé a acudir desde los últimos años de la carrera y que me causó (como –me parece– ocurría con todos los que pasaban por ahí) un gran impacto. En fin, como te decía, Laso fue sobre todo una persona generosa y políticamente comprometida. Su compromiso político pudo llevarle a veces a pensar en forma dogmática, pero como era sumamente tolerante en lo personal y bondadoso, no creo que haya hecho nunca daño a nadie. A mí siempre me impresionó que no guardara ningún rencor hacia nadie, a pesar de haberse pasado tantos años en prisión, simplemente por profesar ciertas ideas.

**Benjamín Rivaya:** En 1974, llegó Elías Díaz a esta Facultad de Derecho como catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho. Llegaba, por cierto, tras obtener la cátedra en unas oposiciones históricas de las que me gusta decir que pusieron fin a la filosofía jurídica franquista, aunque siguiera habiendo batallas y escaramuzas. Luego hablaremos de Elías Díaz, pero antes te preguntaría por la situación de la filosofía del Derecho en España cuando comenzaste a dedicarte a ella. ¿Cómo la veía quien iniciaba su carrera académica y cómo la ve, la recuerda, quien se encuentra casi al final de ella? Que tu perspectiva era crítica se ve en el mismo título, y luego en el contenido, de aquel artículo que publicaste en los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* de 1975, “Ontología del Derecho versus metafísica del Derecho”. Supongo que resulta inevitable comparar lo que tenemos hoy con lo que había entonces. Por otra parte, ¿destacarías algunos nombres propios de entre quienes se dedicaban entonces en España a la filosofía del Derecho? Me atrevería a preguntarte por Legaz y el papel que a tu juicio jugó en la academia iusfilosófica, porque me parece que lo valoramos de distinta manera.

**Manuel Atienza:** La oposición a la que te refieres constituyó una verdadera pesadilla para quienes tuvieron que sufrirla: los dos profesores que, después de muchos años –me parece que cinco–, de pasar por episodios de un inaudito nivel de arbitrariedad, lograron las plazas de catedráticos de Filosofía del Derecho en Zaragoza y en Oviedo: Juan José Gil Cremades y Elías Díaz. Pero para mí aquello tuvo un efecto absolutamente benéfico, porque hizo que entrara en contacto con Elías Díaz y, con ello, que se me abrieran literalmente las puertas de la Filosofía del Derecho. Los profesores de la materia que había tenido en la Facultad de Derecho de Oviedo, durante la licenciatura, son para olvidar, y el contraste que suponían en relación con Elías Díaz era completo. Como sabes, Elías había estudiado con Joaquín Ruiz Giménez, pero la Filosofía del Derecho que cultivaba no tenía en realidad mucho que ver con la de éste. Por lo demás, Ruiz Giménez no fue un iusfilósofo destacado. De este último, al que conocí muy poco, tengo el recuerdo de una persona bondadosa, tolerante, y que tuvo el gran mérito de dar el paso del franquismo a la democracia, en una época en la que eso no podía hacerse sin asumir costes personales; aunque en su caso quizás hayan consistido fundamentalmente en la renuncia a los muchos privilegios de que hubiese gozado si hubiera seguido fiel al régimen. En todo caso, lo que sí, creo, heredó de él Elías Díaz fue una actitud de tolerancia y de respeto hacia los demás –afines o no intelectualmente– que realmente contrastaba –y contrasta– con el sectarismo habitual en las cátedras o en las escuelas universitarias.

Legaz y Lacambra era otro de los catedráticos de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense por aquellos tiempos: me refiero a los años sesenta y comienzos de los setenta. Nunca sentí simpatía por él: ni intelectual ni personal. En quinto curso estudié su libro, “Filosofía del Derecho”, quizás su obra más emblemática, y que, sin duda, contenía una gran erudición; pero no me pareció antes –ni me parece ahora– que haya muchas ideas interesantes que extraer de él. No tengo ninguna duda de que fue mejor filósofo del Derecho que Ruiz Giménez, pero, en mi opinión, de aquella generación, la figura a destacar es la de González Vicén. De este último sí que aprendí mucho: sigo pensando que nadie ha caracterizado mejor que él el positivismo jurídico. Por lo que hace a la otra vertiente, mi único contacto personal con Legaz fue durante una oposición a la que me presenté (hacia 1978), en la que él formaba parte del tribunal. Se comportó de manera arbitraria y con una pusilanimidad que rayaba en lo indecoroso. Pero, en fin, tampoco se puede juzgar a una persona por una sola actuación, aunque, por otro lado, es inevitable recordar que su evolución política fue en cierto modo antitética en relación con la de Ruiz Giménez: Legaz pasó de ser un conservador liberal, en la época anterior a la guerra civil, a defender, tras la victoria de Franco, el fascismo y la dictadura. Aunque tengo entendido que, ya en la transición, fue uno de los franquistas que aceptaron la democracia.

Ya sé que tú consideras que Legaz fue el mayor filósofo del Derecho español del siglo XX. Y a lo mejor tienes razón por lo que se refiere a la amplitud de sus conocimientos. Pero –si me permites expresarme así– te desafío a que enuncies media docena de ideas iusfilosóficas (o incluso una sola) de Legaz y Lacambra que puedan considerarse hoy de interés.

En fin, yo creo que a quienes se debe el impulso transformador de la filosofía del Derecho española de las últimas décadas, la salida de las tinieblas en las que la había sumergido el franquismo, fueron Elías Díaz y Juan-Ramón Capella. Hubo otras personas que también contribuyeron, pero esos dos fueron, en mi opinión, los más relevantes.

**Benjamín Rivaya:** Me gustaría responder a tu reto y, si tengo tiempo, escribiré la biografía intelectual de Luis Legaz, pero, si te parece, centrémonos ya en Elías Díaz, porque creo que tuvo enorme importancia en tu decisión de dedicarte a la filosofía del Derecho. ¿Cómo fue el encuentro con él? Y el tema de la tesis, ¿cómo surgió? Tratándose de la iusfilosofía argentina, parece claro que había que ir a Argentina, aunque sé que más que marcharte para allá tuviste que huir, así que aquella estancia de investigación también fue un pequeño exilio. Si no estoy equivocado, mientras estabas allí murió Franco, lo que tuvo importancia en todos los sentidos, pues se sobreyeron unas actuaciones judiciales que se habían abierto contra ti. Ahora que escribo esto me viene a la cabeza una anécdota que me contaba Elías Díaz: se encontraba en el despacho del rector de la Universidad de Oviedo, intercediendo por ti, cuando José Caso recibió una llamada; tras colgar el teléfono le dijo que Franco estaba gravemente enfermo, algo que todavía no era público. Debía de ser septiembre de 1975.

**Manuel Atienza:** A Elías lo conocí personalmente recién terminada la carrera. Todavía lo recuerdo bien: en una terraza en el Paseo de Rosales de Madrid; en septiembre de 1973. Todavía tardó un curso más en ir a Oviedo, pero yo empecé ya entonces a trabajar con él. En principio me propuso que hiciera una tesis sobre Hart. Pero al poco supimos que alguien en Tenerife, Álvaro Martín Cabrera, llevaba ya años trabajando en eso (con González Vicén) y Elías pensó que quizás fuera mejor elegir un tema no tratado y me sugirió el de la filosofía del Derecho en Latinoamérica. Yo me puse a indagar y enseguida me di cuenta de que el país en el que había un mayor desarrollo era Argentina. Decidimos pues enfocarlo en ese país, y empecé a trabajar en ello; en Oviedo, la biblioteca de Filosofía del Derecho no estaba nada mal y encontré bastantes cosas; quizás en parte porque Luis Martínez Roldán había hecho su tesis de licenciatura sobre Cossio. Pero, en fin, en España en aquel momento se sabía muy poco sobre lo que había de Filosofía del Derecho al otro lado del Atlántico.

Entre tanto, en el curso 74-75, yo había participado en un programa de conferencias sobre derechos humanos que se daban en la universidad y creo que también en alguna sede externa. Recuerdo que lo que había hecho era comparar las leyes fundamentales del régimen con la declaración universal de la ONU, para mostrar que la legalidad franquista era completamente incompatible con los estándares internacionales. Supongo que en ese contexto habría hecho también comentarios más o menos sarcásticos sobre el régimen franquista, aunque, la verdad, no lo recuerdo bien. El caso fue que, como consecuencia de eso, a mi amigo Carlos Fernández Rozas (entonces joven profesor ayudante de Derecho internacional, con González Campos) y a mí, nos procesó el Tribunal de Orden Público por delito de propagandas

ilegales, nos impusieron una multa gubernamental, y el rector de la universidad, José Caso, nos prohibió la entrada en los recintos universitarios. Mi abogado inicial fue Gerardo Turiel, y luego, Gregorio Peces-Barba. Yo tenía la prohibición de salir del país y la obligación de presentarme en un juzgado de Oviedo (la sede del Tribunal de Orden Público era Madrid) el día 1 y 15 de cada mes; respecto a esto último, el mismo juez que firmaba la orden con esa obligación me dio a entender que no hacía falta que volviera a pasar por ahí (a veces, la tendencia a la anomia de los países latinos tiene sus ventajas), y como todavía no vivíamos en la era digital no parecía tampoco que la otra prohibición, la de abandonar el país, pudiera hacerse efectiva. Aproveché por eso la ocasión (y una beca –bastante generosa– que me concedió el Ministerio de Relaciones Exteriores: de nuevo la bendita descoordinación administrativa) para viajar a Argentina, a Buenos Aires, habiendo pasado antes por Río de Janeiro y por Brasilia. Fue en octubre de 1975, y allí me pilló toda la agonía y la muerte de Franco. Cuando regresé (estuve fuera un mes y pico) se había dictado ya una amnistía que hizo que mi proceso no siguiera adelante.

**Benjamín Rivaya:** Supongo que ya entonces apareció la que podría llamarse una vocación americanista. Lo digo por la relación que sé que tienes con América latina. También me gustaría que nos hablaras de la filosofía del Derecho que se hacía y que se hace allá, y que destacaras algunos nombres propios de iusfilósofos, los más importantes a tu juicio, de la América que habla castellano y portugués.

**Manuel Atienza:** Sí, Argentina, Buenos Aires, me deslumbró. Allí me encontré con un buen número de filósofos del Derecho de primerísimo nivel, a pesar de que casi ninguno se dedicara exclusivamente a la universidad. Pero creo que la filosofía del Derecho argentina desde comienzos de los 60 y hasta la dictadura militar (que empezó en 1976) era superior a la española y estaba seguramente entre las más destacadas en el panorama internacional. Yo conocí allí, en los finales del 75, a Genaro Carrió, a Eugenio Bulygin, a Carlos Alchourrón, a Roberto Vernengo, a Eduardo Marí, a Carlos Cossio... Algo después, en Europa, a Ernesto Garzón Valdés y a Carlos Nino (a este último, en el verano de 1976, en Oxford). Siempre digo que los argentinos han sido mis segundos maestros.

Hoy la Filosofía del Derecho sigue teniendo un alto nivel en Argentina, pero no hay cumbres como la que Alchourrón y Bulygin representaron en los estudios de lógica, o Nino en la filosofía del Derecho en general. Por lo demás, en las últimas décadas la iusfilosofía ha resurgido en países como México, Colombia, Chile o Brasil. Y puestos a dar algún nombre, permíteme que sea el de un autor de la primera mitad del siglo XX, prácticamente desconocido, y al que con toda justicia habría que considerar como el pionero de los pioneros en los estudios de argumentación jurídica y de argumentación en general. Se trata del uruguayo Carlos Vaz Ferreira, muerto en 1958 y que escribió un libro “Lógica viva” que inaugura en cierto modo el estudio de las falacias (de los paralogismos) desde una perspectiva que es la que, mucho después, se ha llamado “lógica informal”.

Lo que dices sobre mi vocación americanista es totalmente cierto. Desde aquel viaje a Buenos Aires tuve muy claro que se tenía que hacer lo posible por unir a los

iusfilósofos del nuevo mundo y de la Europa latina. Yo creo haber contribuido algo a esa tarea y te diré que el proyecto intelectual que ahora más me interesa sigue siendo ese: el de construir una filosofía del Derecho para el mundo latino: la “i-latina” como lo hemos llamado. No una iusfilosofía provinciana, sino una consciente de sus tradiciones culturales y enfocada hacia la resolución de los problemas más característicos y acuciantes de nuestras sociedades. Uno de ellos, por cierto, el de la anomia; y otro, el más decisivo, el de los derechos sociales y la igualdad.

**Benjamín Rivaya:** Ya que estamos con la tesis, también te pediría que recordaras el acto de defensa, ante un tribunal especial, en el que no había sólo filósofos del Derecho, sino también un filósofo y un jurista (no filósofo). Por cierto, que la que fue tu tesis tardaría en publicarse como libro, por Losada, en 1984. Es una simple curiosidad: ¿por qué?

**Manuel Atienza:** En mi tesis estuvieron Vicente Montés, que entonces era catedrático de Derecho civil en Oviedo; y Gustavo Bueno, cuyo pensamiento filosófico ha jugado un papel relevante en mi manera de entender los problemas iusfilosóficos. Esa composición reflejaba también la situación en aquel momento y en la Facultad de Derecho (estamos en octubre de 1976), que era de gran apertura intelectual. Entre tanto, se había producido el golpe de Estado en Argentina, con las trágicas consecuencias que son bien conocidas. La represión ideológica volvió imposible que la tesis se pudiera publicar ahí (yo hice una edición a multicopista de unas decenas de ejemplares) hasta la vuelta de la democracia. Quienes hicieron las gestiones para la publicación fueron Carrió y Bulygin, y pensaron que era mejor suprimir la parte de la tesis que se refería a los autores que ahora llamaríamos “críticos” (yo había utilizado la expresión de “filosofía del Derecho materialista”), por razones de seguridad para ellos (uno de ellos, Rébora, fue una de las víctimas de la dictadura).

**Benjamín Rivaya:** Cuando se fue Elías Díaz también tú te fuiste con él y comenzó un periplo que no duraría mucho y que acabaría en la Universidad de Alicante, en la que continúas y en las que has formado una escuela reconocida. En algún lugar dices que hablar de escuela sería excesivo, pero visto desde afuera, no lo creo. ¿Sería excesivo, por cierto, pedirte un balance de todos estos años en Alicante?

**Manuel Atienza:** Elías pasó a ser catedrático en la Universidad de Valencia, por un año, en 1976-77. Yo le acompañé ahí, al igual que, al siguiente año académico, a la Autónoma de Madrid, en donde fui profesor durante tres años; uno de ellos, por cierto, lo fui también en Alcalá de Henares, que acababa de fundarse (o refundarse), de manera que tuve la oportunidad de ser el primer profesor de Filosofía del Derecho (mejor dicho, de Derecho natural: solo había estudiantes de primer curso en ese año) de la nueva universidad. En Madrid estuve tres años, y de ahí pasé a Palma de Mallorca, universidad de la que fui profesor durante otros tres años. Y de Palma me trasladé a Alicante en el curso 1983-84, en donde sigo, pero no por mucho tiempo, porque me faltan sólo tres años para la jubilación.

En Alicante se ha constituido un grupo importante de Filosofía del Derecho y creo que a lo largo de todo este tiempo se ha hecho realmente mucho. De alguna forma

se partía de cero, puesto que antes de 1980 (cuando se funda la Universidad) podría decirse que no había nada. Y ahora hay mucho. Hay una revista, “Doxa”, que echó a andar en 1984, que hoy sigue publicándose y que se ha ganado un considerable prestigio (prescindiendo de lo que puedan decir agencias como la ANECA). Hay un máster de argumentación jurídica que ha alcanzado también gran reputación y por el que han pasado unos mil juristas procedentes prácticamente de todos los países latinoamericanos (muy pocos, por cierto, de la propia España). Hemos organizado un número incalculable de congresos, seminarios, etcétera, a los que han asistido varios cientos de filósofos del Derecho, de todas las tendencias y de muchísimos países; en ese contexto, me importa destacar el primer congreso de filosofía del Derecho para el mundo latino (en junio de 2016). En el departamento se han leído varias docenas de tesis de doctorado; muchas de ellas, de autor latinoamericano. La producción de escritos iusfilosóficos de los componentes del grupo en las últimas décadas ha sido considerable. Y, en fin, en términos generales, yo creo que el grupo de Alicante ha contribuido significativamente al desarrollo de la Filosofía del Derecho española, y no sólo. Quizás se hubiera podido hacer más (o mejor), pero en un grupo humano siempre hay factores imprevisibles, incontrolables. Y uno no tiene más remedio que aceptar la existencia de ese tipo de límites.

Desde el punto de vista de la orientación iusfilosófica, creo que se puede decir, vistas las cosas desde fuera, que es bastante homogénea. Contemplada la situación desde dentro, uno vería algunas diferencias, pero yo creo que las más relevantes no se deben propiamente a cuestiones de orientación iusfilosófica. En general, se nos podría calificar de postpositivistas, en una línea bastante afín a la de Nino. Por lo demás, siempre ha habido un clima de completa libertad a la hora de elegir temas, cómo desarrollarlos, etcétera. En definitiva, cada uno ha hecho lo que ha querido y se ha orientado como mejor le ha parecido. Más o menos hasta ahora, eso ha producido un cierto orden espontáneo, pero lo que vaya a pasar en el futuro es, me parece, bastante imprevisible.

**Benjamín Rivaya:** Referirse a Alicante y a tu escuela implica también hacerlo a la revista que diriges, *Doxa*, una publicación que ha alcanzado gran prestigio. ¿Por qué fundar una revista? ¿No había bastantes foros para publicar trabajos de filosofía del Derecho? Por otra parte, impresiona su ya larga vida; como impresionan muchos de los nombres que escribieron en ella. Una vez más te pediría que hicieras un balance de los treinta y cinco años de *Doxa*. Por cierto, ¿hay artículos que te hubiera gustado publicar y no se logró?

**Manuel Atienza:** Por las razones anteriores, no creo que se pueda hablar propiamente de escuela; y menos aún de mi escuela. He utilizado la palabra “grupo”, que me parece da una idea más exacta de lo que hay o ha habido; recuerda por otro lado a lo del “grupo de Oviedo” de los krausistas, lo que está muy bien.

*Doxa* se fundó con la idea de servir como órgano de expresión de la nueva Filosofía del Derecho que entonces estaba surgiendo en España. También se indicaba, en la Presentación del número 1, que “de manera muy especial, tratará de servir como vehículo de comunicación e intercambio entre los filósofos del Derecho latinoame-



ricanos y los de Europa latina”. Yo creo que esos dos objetivos los ha cumplido de manera amplia. Y –añadiría– sin sectarismos de ninguna clase. La revista ha estado abierta a todas las tendencias y me parece que puede decirse que en sus páginas –muchos miles de páginas– hay un riquísimo material iusfilosófico. Prácticamente no hay materia de alguna relevancia que no haya sido tratada, ni orientación que haya quedado fuera. Los inicios, como suele ocurrir con este tipo de proyectos, fueron difíciles, pero luego, en realidad en seguida, podría decirse que la revista se estabilizó. Pero obviamente, detrás de Doxa está el trabajo de un buen puñado de personas (no considero el de los autores de los artículos) que dedicaron al proyecto un considerable esfuerzo. Piénsese, por ejemplo, en la sección de bibliografía en la que, durante muchos años, publicábamos los resúmenes de lo que iba apareciendo en la disciplina. Aquellos fueron tiempos heroicos, quizás incomprensibles para las nuevas generaciones que hoy conciben la universidad y la carrera académica en términos más bien burocráticos.

**Benjamín Rivaya:** Pero vayamos a las cuestiones doctrinales. Para empezar, me gustaría decir que has escrito de casi todas las temáticas propias de la filosofía del Derecho; digamos que tu obra es omniabarcadora. No sólo has tratado sobre las grandes cuestiones (el concepto de Derecho, la argumentación jurídica) sino sobre otras más específicas (la bioética, las teoría y técnica legislativa, la informática jurídica), sobre concretas instituciones (la analogía, el abuso del derecho) o incluso sobre casos de la actualidad (recuerdo sobre la huelga de hambre de los grapo o sobre los insumisos y hace muy poco sobre la sentencia del caso de la manada). ¿Hay alguna materia que te hubiera gustado estudiar o sobre la que te hubiera gustado escribir y no lo has hecho?

**Manuel Atienza:** Por supuesto, hay muchas cosas sobre las que me hubiera gustado escribir, que hubiese querido estudiar, y que nunca haré, por falta de tiempo y de capacidad. De todas formas, el que no haya querido circunscribirme a un determinado campo, como tú lo indicas, tiene que ver con una cierta forma de entender la Filosofía del Derecho. El filósofo del Derecho no puede renunciar a tratar de ofrecer una visión general (en un cierto sentido, de totalidad) del Derecho. No puede ser puramente un especialista en tal o cual tema iusfilosófico. Pero, al mismo tiempo, tiene que estar también implicado en la vida del Derecho, en la práctica jurídica. No se puede hacer Filosofía del Derecho si no se es también un jurista. La dimensión práctica de la disciplina (y con ello no pretendo decir que tenga que ser inmediatamente práctica) es para mí algo esencial.

**Benjamín Rivaya:** Quizás se echa de menos una mayor dedicación a la filosofía política; por supuesto hay incluso una confesión de tu opción política, el socialismo democrático, que está presente en toda tu especulación, pero salvo que me equivoque no hay un libro o un conjunto de artículos que se dediquen de forma expresa a fundamentar esa ideología política. Por cierto, que tu libro *Podemos hacer más*, cuya portada es el cuadro de Juan Genovés, *El abrazo*, un cuadro de gran importancia histórica y de enorme simbolismo, hizo que algunos se preguntaran si habías tomado una opción política concreta, porque el libro apareció, creo recordar, al mismo tiempo

que lo hizo Podemos. A veces confluyen factores y circunstancias que producen interpretaciones inesperadas o llamativas.

**Manuel Atienza:** Efectivamente, me gustaría haber trabajado más sobre (y saber más de) filosofía política. No sé si voy a tener o no oportunidad de hacerlo en los próximos años. Te diría que yo soy uno de esos filósofos del Derecho que se ha centrado mucho en el Derecho, porque considera que esa complejísima institución no solo tiene una enorme importancia práctica, lo que es obvio, sino también un gran interés teórico; quiero decir, me parece que cualquier problema jurídico, por minúsculo que parezca, nos lleva a cuestiones teóricas de enorme envergadura.

Por lo demás, como te decía, mi concepción de la filosofía del Derecho ha sido fundamentalmente práctica o, para decirlo con la terminología de Gustavo Bueno, el tipo de filosofía del Derecho que he tratado de cultivar tiene una “implantación política”. Hace unos pocos años escribí un libro que se titulaba “Filosofía del Derecho y transformación social”, y el título expresa mi idea última de para qué debe servir la Filosofía del Derecho. Y una idea central del postpositivismo viene a ser esta: que el Derecho forma una unidad (compleja y en ocasiones contradictoria) con la moral y con la política; o sea, que pertenece al ámbito de la razón práctica.

Por lo que se refiere al título del otro libro, “Podemos hacer más”, fue idea del editor de Pasos Perdidos, que a mí me pareció muy bien; pero el que yo había pensado es el que figuró como subtítulo, “Otra forma de pensar el Derecho”. He de decirte también que el título (que pienso es muy acertado) se le ocurrió bastante antes (un año antes o algo así) de que existiera el partido político. Por lo demás, siempre me he considerado un socialista, aunque nunca haya militado en un partido político. A los amigos latinoamericanos de izquierda les suelo reprochar que eviten hablar de socialismo y utilicen la expresión de “liberalismo igualitario” o alguna otra por el estilo. El descrédito de la expresión “socialismo” es un indicio más de hasta qué punto el neoliberalismo se ha ido imponiendo en los últimos tiempos, incluso en nuestra manera de hablar. Es como si se nos hubiera olvidado cuál ha sido históricamente el movimiento político al que debemos, entre otras cosas, que existan derechos sociales. Y no, nunca he tenido ninguna simpatía por un partido político como Podemos. Cuando tuve que leer algunas cosas, para mi tesis de doctorado, sobre la historia argentina, una de mis primeras certezas fue la de que el peronismo había sido (y sigue siendo) una de las causas principales de que Argentina no se encuentre hoy entre los países más avanzados en el panorama internacional, que no sea como Australia o como Canadá; impidió que la izquierda pudiera articularse de una manera mínimamente coherente. Todo populismo político, en mi opinión, es un mal; y también cuando pretende representar a la izquierda. Es una trampa en la que hay que procurar no caer.

**Benjamín Rivaya:** En el comienzo de tu carrera académica observo que se encuentra el marxismo; uno de tus primeros libros, si no el primero, es *Marx y los derechos humanos*, de 1982. No quisiera que se me entendiera mal, pero creo que entonces había cierta moda marxista, propiciada *a contrario sensu* por el franquismo,

y que hoy el marxismo ha pasado de moda. Puesto que creo que lo deseable es que el saber se caracterice por el pluralismo, esas tendencias pendulares, quizás inevitables, me parecen un lastre más que otra cosa, así como la desaparición del marxismo es algo negativo, creo.

**Manuel Atienza:** Ese libro se publicó en 1983, cuando se cumplían cien años desde la muerte de Marx, y se había iniciado ya el declive del marxismo que algo después, con la caída del muro de Berlín, pasó a ser, simplemente, según la opinión de muchos, una concepción periclitada del mundo. Yo no pienso así. O, más exactamente, no creo que uno deba ser marxista *in toto* (aunque tampoco aristotélico o kantiano), pero sí que Marx ha sido uno de los grandes pensadores en la tradición occidental, y que deberíamos darle el tratamiento de un clásico.

Por lo demás, el marxismo, como bien sabes, era una de las tendencias filosóficas (la otra sería la filosofía analítica) con las que se combatió a la filosofía oficial del franquismo: la escolástica –en nuestro campo, el iusnaturalismo tomista o neotomista–. Quienes iniciamos nuestra formación (ius)filosófica en los últimos años del franquismo sufrimos (no empleo la expresión en un sentido peyorativo) esa doble influencia; y recuerda que (esto parece haber sido una peculiaridad española) quienes introdujeron en España la filosofía analítica fueron en ocasiones pensadores de orientación marxista (en el sentido amplio de la expresión): Sacristán y Bueno son dos claros ejemplos de eso. Yo nunca fui un marxista, pero estuve y estoy interesado en Marx. Cuando acabé mi tesis de doctorado emprendí, por así decirlo, dos proyectos. Uno era el de contribuir (siguiendo el modelo argentino) a sustituir la materia de “Derecho natural” que se enseñaba en el primer año de la carrera, por una “Introducción al Derecho” que concebía en términos muy amplios, de manera que no incluyera sólo lo que suele entenderse por teoría del Derecho; y, complementariamente con ello, traté igualmente de completar mi formación en filosofía del Derecho propiamente dicha; a ello contribuía también la necesidad de prepararse para las oposiciones de profesor adjunto (como entonces se llamaba) y de catedrático: ya sabes, entonces había que escribir una Memoria sobre el concepto, el método y las fuentes de la disciplina. El otro proyecto fue el de estudiar a fondo la obra de Marx, en relación con los derechos humanos. Mi conclusión fundamental fue que Marx –y la tradición marxista– no había entendido satisfactoriamente el significado de los derechos humanos, y eso tenía que ver también con las limitaciones de esa dirección de pensamiento para articular una adecuada concepción del Derecho en general. La crítica de Marx en *La cuestión judía* sigue teniendo, en mi opinión, gran interés, pero creo que Marx se equivocó al ver los derechos humanos en términos puramente políticos, y no (también) éticos. El fuerte no-cognoscitivismo ético de Marx y del marxismo (y en esto se asemejan a muchos autores positivistas) es una de las peores herencias que esa concepción ha dejado a los pensadores de izquierda. Pero sigo pensando que en Marx hay muchos elementos de gran valor para construir hoy una filosofía del Derecho que merezca la pena: abierta al conocimiento social, volcada hacia la práctica, interesada por la funcionalidad social del Derecho, atenta al uso ideológico de las instituciones jurídicas, etcétera. Y creo que es toda una desgracia que los jóvenes iusfilósofos se hayan desvinculado tan completamente de esa tradición.

**Benjamín Rivaya:** De 1986 es tu *Introducción al Derecho*, libro que se ha convertido en *El sentido del Derecho* (y en un canon propedéutico) y que ha servido, en sus varias versiones, para introducir al Derecho y al pensamiento jurídico a gran número de estudiantes. ¿Vas a seguir poniéndolo al día?

**Manuel Atienza:** No lo sé, pero supongo que no. El origen del libro es el que te acabo de comentar. Luego, pasado un tiempo, el director de Ariel me propuso que escribiera un libro de introducción al Derecho, y lo que hice fue aprovechar materiales de aquel y convertirlo en *El sentido del Derecho* (la primera edición es de 2001) que está escrito en un estilo más ensayístico que el anterior, y subraya dos elementos que reflejan lo que hoy sigue siendo mi manera de concebir el Derecho: la perspectiva argumentativa y la necesidad de superar el positivismo jurídico.

**Benjamín Rivaya:** Aprovecho para preguntarte por la posición de las asignaturas de nuestra disciplina en el grado de Derecho, aunque antes te preguntaría por el propio grado: ¿ha mejorado la anterior licenciatura? En cuanto a las asignaturas iusfilosóficas, ¿te parece suficiente lo que les ha correspondido en el reparto de Bolonia? ¿No suele haber un déficit de filosofía del Derecho?

**Manuel Atienza:** El llamado Plan Bolonia, y todo lo que ha llevado consigo, ha supuesto, en mi opinión, un completo desastre. Y todavía sigo sin entender cómo es posible que ese plan –que significaba la toma de la universidad por parte del neoliberalismo– se aprobara con el beneplácito de todos los rectores de las universidades españolas. Ha contribuido a degradar la docencia y el funcionamiento en general de la universidad hasta límites que rayan en lo grotesco. Pero me temo que los profesores más jóvenes, y el público en general, no se dan cuenta del proceso de degeneración institucional que estamos viviendo. Y no va a ser fácil revertirlo.

Por lo que se refiere a los planes de estudio (específicamente, Derecho), la decisión de dejar que cada universidad estableciera (prácticamente sin ningún límite) el suyo fue de una irresponsabilidad enorme; me imagino que alentada por el mito de la autonomía universitaria. Lo que ocurrió (si no en todas, en muchísimas universidades) fue que se procedió a una especie de “reparto del botín” de acuerdo con las posiciones de poder que cada departamento o área detentaba. De ahí también que las asignaturas iusfilosóficas hayan corrido una suerte diversa, según cual sea la universidad de la que estemos hablando. Incluso en los lugares en los que esas asignaturas siguen teniendo cierto peso, como en Alicante, se han cometido disparates como los dos siguientes: Filosofía del Derecho no se cursa ya en el último año de la carrera (contradiendo lo que decía Sacristán en su famoso opúsculo sobre el lugar de la filosofía en los estudios universitarios: la Filosofía del Derecho al final de la carrera e impartida por profesores que eran juristas le parecía uno de los pocos ejemplos a seguir), sino en el segundo; y no se dio entrada a una asignatura de argumentación jurídica con el peregrino argumento de que no era necesaria, puesto que en todas las otras asignaturas ya se argumentaba (razonamiento, por cierto, que, aplicado a otros niveles de la enseñanza, tendría que servir, por ejemplo, para acabar con el estudio de la gramática).

En fin, soy muy pesimista sobre el futuro de la universidad española, y también sobre el futuro de la Filosofía del Derecho. De esto último, de que esté en riesgo la pervivencia de esa tradición cultural a la que llamamos Filosofía del Derecho, tiene la culpa, en parte, una forma muy difundida de concebir el Derecho, en términos de un pragmatismo rampón y de cortos vuelos (predominante, me temo, en nuestras Facultades de Derecho); pero también los propios filósofos del Derecho, que vivimos en un ambiente de disgregación máxima y no hemos sido capaces de configurar algo que guarde algún parecido con lo que tendría que ser una comunidad iusfilosófica. Cada uno va por su lado, discute (cuando tiene oportunidad de hacerlo) con un pequeñísimo número de colegas (cada vez menor, me parece), y si piensa en términos institucionales es simplemente por motivos burocráticos: qué le conviene hacer para que la funesta ANECA le acredite como titular o como catedrático, o le conceda un nuevo sexenio de investigación.

**Benjamín Rivaya:** Siguiendo con la enseñanza del Derecho, recuerdo un artículo tuyo de los inicios de tu carrera en el que te preguntabas si cabía una enseñanza científica del Derecho. Mucho más recientemente afirmabas que la enseñanza del Derecho tenía que ser argumentativa; tenía que reflejar el giro argumentativo que se ha producido en el mundo del Derecho. ¿Ha mejorado la enseñanza del Derecho en España? ¿Es más científica, ha dado el giro argumentativo?

**Manuel Atienza:** Aquel artículo tenía que ver con que siempre me ha parecido que la dogmática jurídica no es lo que solemos llamar una ciencia, sino una técnica; últimamente he utilizado la expresión “tecno-praxis”, o sea, una combinación de técnica y filosofía práctica. El Derecho es el objeto de estudio de algunas ciencias sociales (la sociología del Derecho, la Historia del Derecho...) y formales (la lógica jurídica), pero el centro de la educación jurídica no ha estado ahí, y seguramente sea razonable que no lo esté; aunque la técnica jurídica será tanto más potente cuanto más se base en conocimiento científico; y abrir el horizonte intelectual de los juristas (incluyendo materias como, además de las antes señaladas, el Derecho comparado o la filosofía jurídica –incluida la filosofía moral y política–) no es simplemente una cuestión de ornato cultural, sino una condición para ser mejores juristas. Pues bien, el uso de la técnica jurídica es en una buena medida argumentativo, razón por la cual, el estudio de la teoría de la argumentación y la práctica argumentativa tendría que constituir una parte muy fundamental de la formación de un jurista; en particular, de un jurista del Estado constitucional, aunque el Derecho, como es obvio, no puede reducirse a argumentación: ni antes ni ahora.

Yo no veo que se haya producido una mejora en la enseñanza del Derecho. Eso, se supone, era uno de los objetivos del Plan Bolonia, pero lo que ha habido es más bien una tendencia a la banalización y a reducir los niveles de exigencias. No se me olvida lo que un estudiante que había vivido la implantación de ese Plan Bolonia me contestó a la pregunta de cómo percibía ese cambio en sus estudios en la Facultad: “Lo mismo que antes, pero todo más ligero”. Lo de la evaluación continua, me parece, es más que nada un camelo; una forma de evitarle al estudiante grandes esfuerzos a base de trocear la materia para que pueda aprobarla con mayor

facilidad, sin llegar a tener nunca una visión de conjunto. Yo creo que el método de la enseñanza del Derecho (el mejor método) está inventado desde hace tiempo. Es lo que los estadounidenses (en las grandes escuelas de Derecho) han llamado el “método socrático” y que no se parece en nada a lo que se suele hacer aquí. Es un método muy exigente (para los estudiantes y para los profesores), compatible con la existencia de exámenes finales y de toda la materia. Un método verdaderamente argumentativo. Para quien quiera conocer los detalles, le remito a varios trabajos de Pérez Lledó, que lo ha descrito, en mi opinión, de manera magistral. Y para que no parezca que soy demasiado pesimista en relación con la situación en España, tengo entendido que, en Estados Unidos, es cada vez menos usado, en parte por cuestiones que tienen que ver con lo de lo “políticamente correcto”.

**Benjamín Rivaya:** De 1991 es un libro, *Las razones del Derecho*, que inicia una línea que vas a seguir hasta hoy, la de la argumentación jurídica, que hasta ahora ha culminado en el *Curso de argumentación jurídica* (2013), de gran éxito, puesto que se reimprime todos los años. Si puedo ponerlo en relación con la anterior referencia al marxismo, diría que las teorías que encuentran su raíz en éste suelen ser pesimistas, mientras que las teorías de la argumentación mantienen una visión optimista del Derecho; habrá quien piense que excesivamente optimista, que nos presenta un Derecho demasiado razonable. Por cierto, esta última palabra, “razonable”, indica de qué manera se aplica la razón al ámbito jurídico, porque parece claro que no se usa como en el caso de las ciencias naturales; que se trata de una razón práctica. El título del libro de Aarnio, *Lo racional como razonable*, resulta paradigmático, aunque me gusta recordar la denominación que Recaséns le dio a su doctrina sobre la aplicación del Derecho: el logos de lo razonable, que indica lo mismo. ¿Efectivamente nos dan pautas las teorías de la argumentación para controlar la razonabilidad de las normas jurídicas y de su aplicación? ¿Hay razones, nunca mejor dicho, para ser “jurídicamente optimistas”?

**Manuel Atienza:** Yo estuve en realidad interesado siempre, desde el principio, en la argumentación jurídica. En cierto modo, la filosofía del Derecho argentina que estudié en mi tesis tenía un fuerte componente argumentativo, aunque referido más bien a la argumentación lógica. Luego me interesé mucho por Perelman y di, en la Autónoma de Madrid, un curso monográfico sobre el Tratado de la argumentación (el libro que escribió con Olbrecht-Tyteca). Mi trabajo de cátedra, que se publicó en 1986, fue sobre la analogía en el Derecho. Y, efectivamente, en 1991 publiqué el libro al que te refieres, en el que hacía una presentación de las más importantes teorías de la argumentación jurídica del siglo XX. Las dividí en dos apartados: las de los precursores (allí traté de la tónica de Viehweg, de la nueva retórica de Perelman y de la lógica operativa –lo que luego se llamaría lógica informal– de Toulmin); y lo que denominé teoría estándar de la argumentación jurídica, que incluiría paradigmáticamente las obras de MacCormick y de Alexy. En el capítulo final de ese libro proponía un bosquejo de teoría de la argumentación, que es lo que luego desarrollé en *El Derecho como argumentación* (2006) y *Curso de argumentación jurídica* (2013).

Es cierto que el enfoque marxista, que hoy estaría representado por lo que suele llamarse “teoría crítica del Derecho”, no se presta a la construcción de una teoría argumentativa del Derecho. Y esto es así porque esos autores adoptan un punto de vista bastante escéptico sobre el Derecho y que no permite la asunción de un punto de vista al menos mínimamente interno, sin lo cual no cabe decir mucho sobre el razonamiento justificativo que caracteriza a la argumentación jurídica. El enfoque argumentativista, efectivamente, no es escéptico, pero tampoco tiene por qué ser ingenuamente optimista. Para precisar más las cosas, yo creo que la principal crítica que cabe dirigir a una teoría como la de Alexy es precisamente que idealiza el Derecho, la práctica argumentativa de los juristas, al presentar la argumentación jurídica, en todas sus instancias, como un caso especial de lo que llama el discurso práctico general. Siempre me he opuesto a esa tesis y en el modelo de argumentación jurídica que he tratado de construir en los libros mencionados hay el propósito muy explícito de evitar esa deformación ideológica.

Por lo que hace a la noción de razonabilidad, yo creo que funciona –tiene que funcionar– como una especie de cláusula de cierre de los criterios de evaluación de la argumentación jurídica (y de la argumentación práctica, en general). Es, desde luego, una noción muy difícil de definir, pero a mí me parece que la razonabilidad implica siempre una exigencia de mirar al todo (de hacer una evaluación de conjunto de la argumentación que se esté evaluando), de buscar un cierto equilibrio (entre criterios de evaluación que quizá no puedan cumplirse del todo) y de esforzarse por alcanzar un consenso, lo que en el Derecho está facilitado porque, con frecuencia, no es necesario llegar a los niveles más profundos de fundamentación (quiero decir, el consenso que necesitamos, por ejemplo, en materia de aborto sería únicamente el de ponerse de acuerdo en que no está justificado castigar determinado tipo de conducta abortiva, sin tener que entrar en la cuestión de si esa conducta está o no justificada desde el punto de vista moral).

Y por lo que se refiere a Recaséns Siches, yo creo que fue una injusticia por mi parte no incluirle en aquel libro entre los precursores. Aunque no creo que su obra, el desarrollo del logos de lo razonable, haya dado lugar a algo así como una teoría de la argumentación. Cometió además el grave error de contraponer tajantemente el método jurídico de interpretación y aplicación del Derecho (el logos de lo razonable) a la lógica formal, seguramente porque Recaséns, como se echa de ver cuando se lee atentamente su obra, tenía una idea claramente equivocada de la lógica, de la lógica formal. Algo que no puede decirse, por cierto, de otro de los precursores al que tampoco tuve en cuenta en mi libro: Vaz Ferreira. La obra de este último, un autor uruguayo de la primera mitad del siglo XX, sí que me parece de excepcional importancia; en su *Lógica viva* diseñó una teoría de las falacias (en particular de los paralogsismos) que sigue teniendo hoy una gran vigencia.

**Benjamín Rivaya:** Citaba en la anterior pregunta tu libro *Las razones del Derecho* y decía que era de 1991. Desde entonces hasta aquí los desarrollos de la teoría de la argumentación han sido muchos, ¿cuáles destacarías? Por cierto, esta pregunta tiene que ver con lo que afirma García Amado, que la teoría de la argumentación

más interesante y útil es la de los primeros tiempos y que luego “se fue por otros derroteros”. ¿Estás de acuerdo?

**Manuel Atienza:** He discutido mucho con Juan Antonio García Amado sobre este y sobre otros temas; y la discusión siempre me ha resultado muy fructífera. Representamos concepciones muy distintas de la filosofía del Derecho, pero creo que nos entendemos entre nosotros lo suficiente (y nos llevamos lo suficientemente bien) como para poder discutir en términos a la vez duros y amistosos. Quizás sea porque los dos somos asturianos.

Bueno, creo que Juan Antonio tiene un grano de razón en lo que dice, pero exagera las cosas y me parece que, al final, da una visión desequilibrada de lo que hoy es la argumentación jurídica. Él, como muchos otros críticos del enfoque argumentativo del Derecho, dirige sus dardos fundamentalmente contra Robert Alexy. Como antes te decía, creo que en la obra de Alexy hay algún motivo como para poder acusarle de irse excesivamente “por otros derroteros”; según Juan Antonio, serían los derroteros de lo que él llama el “iusmoralismo”. Pero ese juicio, en mi opinión, debe ser matizado en estos dos aspectos. El primero es que García Amado se equivoca, en mi opinión, en su crudo positivismo jurídico, que le lleva a defender la tesis de que entre el Derecho y la moral existe una tajante distinción; no es así, y mostrar que no es así –que no puede ser así– es una de las consecuencias de ver el Derecho desde una perspectiva argumentativa: ¿cómo va ser posible, por ejemplo para un tribunal constitucional, excluir de su fundamentación cualquier vestigio de razonamiento moral si, pongamos por caso, tiene que resolver si tal institución o tal forma de interpretar un derecho fundamental es o no compatible con la dignidad humana? Y el segundo matiz a introducir es que no es cierto que la teoría de la argumentación jurídica (en su opinión, después de Perelman) haya abandonado el terreno de la práctica jurídica, esto es, se haya desentendido de los razonamientos que construyen los jueces, los abogados, etcétera. Desde luego, no ha sido ese mi caso.

**Benjamín Rivaya:** Al referirme a tu dedicación a la argumentación tengo que decir que participas en uno de los grandes cambios que se ha producido en el mundo jurídico, el que llamas giro argumentativo. Pero ésa es sólo una de las grandes transformaciones, hay otras: la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, la globalización, la importancia de los derechos, hasta el punto de que vivimos en el tiempo de los derechos, como dijo Bobbio. Tengo la impresión de que nos encontramos en un tiempo revolucionario, donde todo se transforma a una velocidad de vértigo, también el mundo del Derecho, tanto los ordenamientos jurídicos como el pensamiento jurídico. Al Derecho le ocurre como a la medicina (comparación que sueles utilizar), que se desarrolla de forma espectacular, lo que significa –creo– que hoy es más difícil tanto ser un buen médico como ser un buen jurista, salvo que uno dedique todo su tiempo a ponerse al día.

**Manuel Atienza:** La analogía entre el Derecho y la Medicina siempre me ha parecido muy fructífera. De alguna manera, la Medicina es al mundo natural lo que el Derecho al mundo social. Pero una diferencia importante es que los fines de la Medicina (curar, prevenir la enfermedad) son más claros e indiscutibles que los del



Derecho. Cabría decir que el fin del Derecho es la justicia, pero la noción de justicia, obviamente, es mucho más problemática que la de salud. Y otra diferencia es que la Medicina (la técnica médica) tiene en su base (aunque sea desde hace relativamente poco tiempo) ciencias que han conocido en los últimos tiempos un desarrollo espectacular: la química, la biología. ..., lo que no ocurre en el Derecho. Para ser un buen jurista, yo creo, hay que ser un buen conocedor de la técnica jurídica (de la que antes hablábamos), tener una cultura de fondo (y en el concepto de cultura hay que incluir, obviamente, la cultura científica) y, como antes te decía, tener una formación en filosofía práctica. Aparte de contar con ciertas aptitudes y con ciertas actitudes. Por supuesto, un jurista tiene que “estar al día”, pero creo que es un error pensar que eso se consigue simplemente conociendo los cambios legislativos, jurisprudenciales, etcétera. Yo creo que el mejor consejo que puede dársele a un jurista (incluyo a los cultivadores de las dogmáticas jurídicas, a los profesores de Derecho) es que trate de obtener una buena formación iusfilosófica: que se ponga al día en teoría del Derecho, en metodología, en teoría de la justicia, y que no deje de leer a los autores clásicos. No es una tarea tan dificultosa como pudiera parecer, y en seguida se dará cuenta de los buenos frutos que rinde.

**Benjamín Rivaya:** Una cuestión que me interesa especialmente es la del objetivismo mínimo que defiendes y que, creo, se identifica con los derechos humanos, aunque quizás esta afirmación sea demasiado ambigua. Por cierto, no puedo dejar de estar completamente de acuerdo contigo cuando dices que la fundamentación que Kelsen hace de la democracia y la tolerancia es sencillamente errada. Eso sí, los derechos humanos no me parecen tanto la consecuencia del diálogo y el consenso cuanto el presupuesto del diálogo, pues sin ellos no cabe diálogo alguno; por supuesto que el diálogo no puede llegar a ninguna otra conclusión que a la de afirmar los derechos humanos, porque sería tanto como imposibilitar el diálogo. En este sentido, reivindico la fundamentación de un autor en gran medida desconocido y que aprovecho para citar, José Porfirio Miranda, como tú citas a Vaz Ferreira, pues ambos están por descubrir.

**Manuel Atienza:** No sabía quién era José Porfirio Miranda. He visto en internet que se trata de un teólogo y filósofo mexicano, defensor de una ética racionalista y basada en el diálogo. Muy bien.

El objetivismo mínimo que defiendo significa, efectivamente, que los derechos humanos (los derechos humanos básicos) son algo más que simples convenciones; si se quiere, son preferencias que no se puede dejar de tener, de la misma manera que no se puede dejar de creer en la existencia de un mundo externo. Objetivismo moral no significa realismo moral (yo no creo que exista algún tipo de entidad moral equivalente a lo que serían los átomos en el mundo físico; lo que Dworkin ha llamado los “morons”). Y tampoco significa absolutismo moral (el objetivismo es una concepción falibilista de la moral). De lo que se trata es de sostener que sobre las cuestiones morales (incluidas las referidas a los fines morales últimos) cabe construir un discurso racional, es posible erigir una pretensión de corrección, de manera que si uno no debe tratar a otro (ser humano) como un mero instrumento, no es porque

eso constituya una de nuestras preferencias (una preferencia compartida, convencionalmente aceptada por todos o por la mayoría), sino porque sería incorrecto, moralmente malo, comportarse de otra manera.

Yo creo que tienes razón cuando dices que los derechos humanos son, por un lado, presupuestos del diálogo (racional) pero también, por otro lado, resultados que arrojaría el diálogo racional; es lo que vienen a decir las teorías constructivistas. De todas formas, me parece importante insistir en que nuestra vía de acceso a lo que es moralmente correcto no es únicamente procedimental: si debemos respetar la dignidad humana no es simplemente porque eso es algo a lo que se llegaría mediante un diálogo racional. Quizás podría plantearse así: si no queremos renunciar a vivir en comunidades morales, debemos respetar la dignidad en nosotros mismos y en los demás; y no podemos renunciar a tener una vida moral, porque eso sería tanto como renunciar a nuestra humanidad.

Por lo demás, un jurista (por ejemplo, un juez) que no suscribiera lo que estoy entendiendo por objetivismo mínimo, no podría tampoco fundamentar, motivar, sus decisiones, puesto que, en la argumentación judicial de tipo justificativo, existe siempre una premisa de carácter moral. Se trata de lo que Nino consideró como la tesis más fundamental de la filosofía del Derecho: la de que las razones jurídicas, por sí mismas, no tienen carácter justificativo.

**Benjamín Rivaya:** Ya sé de antemano que no estás de acuerdo conmigo, pero tengo la impresión de que necesitamos una clasificación diádica del pensamiento jurídico, como la de derecha e izquierda para el político, de la que Bobbio dijo a fines del siglo pasado que seguía valiendo; una clasificación sencilla, que puede utilizarse en una conversación cotidiana, pero que a la vez puede convertirse en enormemente compleja. Tradicionalmente, en nuestro ámbito, se distinguió entre Derecho natural y positivismo jurídico, pero hoy algunos pensáis que esa división ya no vale. La verdad es que yo soy partidario de seguir utilizándola, indicando dos tendencias, aunque quizás los términos podrían mejorarse (creo que era Merton quien decía que la expresión “Derecho natural” resultaba arcaica); García Amado, por ejemplo, prefiere hablar de iusmoralismo e iuspositivismo. Por cierto, que creo que vosotros dos sois, en España, los mejores representantes de una y otra tendencia: tú del iusmoralismo y García Amado del iuspositivismo.

**Manuel Atienza:** Yo no veo ninguna razón para preferir las clasificaciones dicotómicas a las tricotómicas, etcétera. Depende. El sistema binario de numeración es una gran cosa, pero la clasificación de los elementos químicos no va por ahí. Recuerdo haberle oído –o leído– alguna vez a Fernando Savater que él odiaba las clasificaciones trimembres y que siempre se las apañaba para que tuvieran dos o cuatro miembros.

Bueno, si yo creo que hoy no se puede hablar de dos grandes concepciones del Derecho: el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, ello se debe a una razón de tipo histórico, que hace que ninguna de esas dos teorías constituya una manera adecuada de entender el Derecho. Yo creo (y sigo en esto a González Vicén) que el Derecho natural terminó su ciclo hacia finales del XVIII, precisamente como consecuencia

del fenómeno que se suele llamar de positivización del Derecho. Y el del positivismo jurídico se concluyó con la constitucionalización de nuestros Derechos; como antes te decía, ¿qué sentido tiene pretender que el Derecho se puede identificar sin acudir a la moral, cuando resulta que en todas nuestras constituciones la dignidad humana aparece como el fundamento de todos los derechos –positivos– de tal manera que una interpretación de los mismos contraria a esa dignidad –un concepto de raigambre moral donde los haya– no podría ser Derecho válido?

En mi opinión, el positivismo jurídico más que una concepción falsa es una concepción excesivamente pobre del Derecho que condena a quienes la suscriben a la irrelevancia: a no poder tratar sobre muchísimas de las cosas que verdaderamente importan en el Derecho. Y por lo que se refiere al Derecho natural, yo creo, por supuesto, que hay muchas cosas a las que puede convenir el calificativo de “natural”: no me parece que se incurra en ningún error conceptual por hablar, por ejemplo, de “naturaleza humana”. Pero, desde luego, el Derecho no tiene nada de natural, es un artificio, una construcción humana: no existe “el” Derecho, sino “los” Derechos positivos. Todo lo cual no supone, claro está, que tanto en la tradición iuspositivista como en la iusnaturalista no existan elementos que son valiosos y de los que, por tanto, no deberíamos prescindir.

La dicotomía de García Amado no me convence en absoluto. Desde luego, según su caracterización de “iusmoralismo”, yo no sería un iusmoralista, pero tampoco lo serían Dworkin, Alexy o Nino. Lo que él construye es más bien una caricatura. Supongo que algunos autores que se califican a sí mismos de neoconstitucionalistas podrían considerarse también iusmoralistas. Yo no soy ni una cosa ni otra, y aprovecho la ocasión para señalar, una vez más, que el concepto de neoconstitucionalismo (un engendro de la escuela genovesa) está mal construido, puesto que la denotación que pretenden darle no se corresponde con su connotación. En fin, creo que lo de “iusmoralismo” (que ha tenido bastante éxito) se basa en una incomprensión del problema de las relaciones entre el Derecho y la moral. Si uno niega que pueda hablarse de una separación radical entre el Derecho y la moral no es porque piense que el Derecho sea un apartado de la moral o que nunca tiene sentido separar el Derecho de la moral. No es eso. Se trata de comprender que Derecho y moral son lo que Gustavo Bueno llamaba “conceptos conjugados”, que no pueden entenderse el uno separado del otro y que entre esos dos conceptos o realidades hay tanto discontinuidades como continuidades. O como lo decía uno de los filósofos pragmatistas (me parece que era Dewey), no se puede hacer filosofía (construir conceptos) a hachazos. Para poner dos ejemplos: no me cabe ninguna duda de que es perfectamente legítimo afirmar que el Derecho franquista fue un Derecho injusto, contrario a normas morales elementales; como lo es también la afirmación que antes hacía: la motivación de una sentencia tiene necesariamente un componente moral.

**Benjamín Rivaya:** Uno de tus últimos proyectos, y así volvemos al principio, a tu tesis doctoral y a América, es lo que has llamado una filosofía del Derecho para el mundo latino. ¿Podrías indicarnos las líneas maestras de ese proyecto? Sólo una pregunta: si el saber humano científico y filosófico es y debe ser universal, ¿tiene

sentido plantearse una filosofía jurídica para el mundo latino? No dejo de preguntártelo, aunque a mí me parece razonable. Por cierto, que lo que más echo en falta es una historia de la filosofía del Derecho española del tipo de la historia de la filosofía española, de Alan Guy; es decir en cuatrocientas o quinientas páginas. Por lo que sé también tú valoras ese hispanismo iusfilosófico que no desprecia lo que se hace aquí por el hecho de hacerse aquí. Hablando de lo que se hace aquí, aprovecho para referirme a los libros que publicó Miguel Ángel Rodilla hace todavía no mucho, más o menos cuando se jubiló, que a mí me han impresionado; aprovecho, digo, porque acabas de escribir un artículo sobre su obra.

**Manuel Atienza:** Me doy cuenta de que ese proyecto se puede entender mal, y por eso he tratado de aclarar la idea en lo posible. Lo he hecho en dos capítulos de mi libro *Filosofía del Derecho y transformación social*. Ahí explico que la filosofía del Derecho puede considerarse como una filosofía regional en dos sentidos: en cuanto contrapuesta a la filosofía general y en sentido geográfico-cultural. Lo relevante aquí es este segundo. La idea es muy simple. No se trata de construir una iusfilosofía provinciana, de espaldas a lo que se hace en otros ámbitos culturales. Se trata, en primer lugar, de tomar conciencia de que lo que aparece como una filosofía del Derecho universal no es tal, sino que también en este ámbito cultural, la globalización opera en buena medida, como diría Boaventura Santos, como la globalización de un localismo. O sea, el canon “universal” aceptado de filosofía del Derecho es en ocasiones bastante localista y creo que no somos conscientes de ello. Resulta por ejemplo bastante sorprendente (por no decir, ridículo) que los ejemplos que uno puede encontrar en la obra de algunos filósofos del Derecho españoles sean casi siempre del Derecho estadounidense; o que, pongamos por caso, a la hora de plantearse el problema de la interpretación, lo hagan como si la teoría que tratan de construir fuera para aplicarla en un sistema dotado de una Constitución como la de Estados Unidos. Por lo demás, a mí no me cabe ninguna duda de que algunos de los autores que fijan ese canon son realmente importantes, imprescindibles. Pero eso no tendría que llevar a olvidar a autores muy relevantes de nuestra tradición (te pongo dos ejemplos recientes: Norberto Bobbio y Carlos Nino) y a postergarlos en relación con otros (hoy, normalmente del mundo anglosajón) que, yo diría, son claramente inferiores a los dos citados (y a algunos otros), y de los que podríamos tranquilamente prescindir. Pues bien, a partir de ahí, en segundo lugar, se trataría de construir esa iusfilosofía regional (del mundo latino) con un sentido pragmatista, esforzándose para que pueda jugar el papel de dirigir la práctica jurídica en nuestros países, y contribuyendo de esa manera a equilibrar un poco las cosas en el ámbito internacional. El presupuesto de todo esto es que podemos aspirar a más, o sea, que los iusfilósofos del mundo latino no tenemos por qué resignarnos a jugar el papel de teloneros, cuando resulta que en nuestros países hay un número significativo de filósofos del Derecho de primer nivel.

Estoy muy de acuerdo con lo que dices sobre la necesidad de escribir una filosofía del Derecho española y, yo añadiría, del mundo latino. Te animo a que la escribas; estás en muy buenas condiciones para hacerlo. Y te recuerdo que en el proyecto de i-latina hay un apartado que llamamos precisamente “Nuestros clásicos”. Reivindicar

a los autores clásicos es condición indispensable, me parece, para poder construir una verdadera comunidad iusfilosófica.

Y coincido, por supuesto, con lo que dices sobre Miguel Ángel Rodilla. El artículo al que te refieres es ahora un capítulo de un libro que acaba de aparecer en Trotta y titulado *Comentarios e incitaciones*. La obra de Miguel Ángel, por cierto, es un buen ejemplo de lo que antes decía: del alto –altísimo en su caso– nivel que ha alcanzado la filosofía del Derecho que se hace en el mundo latino.

**Benjamín Rivaya:** Para acabar, suelo preguntar a quienes entiendo por los libros que recomendarían a quienes quieran iniciarse en la materia de que se trata, pero en tu caso quisiera modificarla, aunque a lo mejor la respuesta es la misma: ¿qué libros han sido los que más han influido en tu forma de pensar sobre el Derecho? Muchas gracias.

**Manuel Atienza:** Por lo que se refiere a los filósofos del Derecho del siglo XX, es claro que uno no puede prescindir de las obras fundamentales de Kelsen, Ross, Hart o Bobbio. Pero reivindicó también a un autor del XIX, a Ihering y, en particular, su libro *El fin en el Derecho*, que, en mi opinión, inicia la tradición que llega hasta el postpositivismo. Como creo que ya dije a propósito de una de las anteriores preguntas, me considero un autor postpositivista y, en consecuencia, me han influido mucho las obras de Dworkin, Alexy, Nino y MacCormick. Aparte de estos, en mí, por las razones de las que ya hemos hablado, han tenido mucho peso iusfilósofos argentinos: además de a Nino, debo mucho a Ernesto Garzón Valdés (sobre todo destacaría su crítica del relativismo moral) y aprendí muchísimo leyendo a Carrió y a Alchourrón y Bulygin. También tengo que citar aquí a Ferrajoli (aunque no comparta su concepción positivista del Derecho, me parece uno de los grandes juristas de los últimos tiempos) y a Robert Summers, con quien pasé un inolvidable año sabático en Cornell. Entre los españoles, a los que más creo deber, aparte de a Elías Díaz, es a González Vicén, a Juan-Ramón Capella y, de mi generación, aunque un poco mayor que yo, a Francisco Laporta; y, en el campo de la filosofía, quienes más me han influido son Gustavo Bueno y Javier Muguerza. En fin, en el despacho de mi casa, en donde ahora estoy terminando de escribir las respuestas a tus preguntas, hay, colgados de la pared, una reproducción del famoso cuadro de Rafael en el que aparecen los grandes filósofos de la escuela de Atenas, el retrato de un joven Kant y una fotografía del Marx maduro.

Alicante/Oviedo, septiembre de 2019.



# Diálogos jurídicos

---

MISCELÁNEA

---





**RECENSIÓN DE LA OBRA DE ELÍAS DÍAZ,  
AUTOBIOGRAFÍA EN FRAGMENTOS. CONVERSACIÓN  
JURÍDICO-POLÍTICA CON BENJAMÍN RIVAYA,  
MADRID, EDITORIAL TROTTA, 2018**

RAFAEL ANTUÑA EGOICHEAGA

*Universidad de Oviedo*

I

Tiene sentido que *Diálogos Jurídicos* acoja esta recensión cuando el libro que se comenta es un diálogo, precisamente, y encontró su primera publicación en las páginas de esta revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo. Sus autores, además, están vinculados a esta Universidad, de la que Elías Díaz fue y Benjamín Rivaya es catedrático, en ambos casos de Filosofía del Derecho. En cuanto al libro, adelantémoslo, se trata de una obra imprescindible.

Como tuve ocasión de decir no hace mucho tiempo (presentando una brillantísima conferencia de uno de los discípulos de Elías Díaz, el catedrático de la Universidad de León, Juan Antonio García Amado) el autor principal de esta obra autobiográfica reúne las condiciones más estimables a que puede aspirar un profesor universitario: es un sabio en todo el sentido de la palabra, cuyo pensamiento y obra es valorada y admirada sin reparo alguno. Además, es la representación de la modestia y honradez política (pudo haber sido lo que hubiera querido dentro del PSOE, pero se limitó a trabajar desinteresadamente para la revista *Sistema*). Y es un docente extraordinario que hizo que sus alumnos amasen una asignatura que podría parecer, siéndolo muchas veces, enrevesada y difícil (daba gusto madrugar para escucharle, hablándonos de los principios generales del derecho o de los derechos humanos, una de sus grandes pasiones, al hilo de la película que habíamos visto la noche anterior en la televisión). El curso que impartió en la Universidad de Oviedo (1975-1976) aún es recordado por muchos (como quien esto escribe) y fruto del mismo han sido dos destacadas figuras de la Filosofía del Derecho patria, el ya citado catedrático García Amado y el profesor titular de la Universidad de Oviedo Jesús Aquilino Fernández Suárez.

## II

Como su título anuncia, el contenido del libro, perteneciente al género de entrevista, es un repaso a su trayectoria vital desde todos los puntos de vista: personal, familiar, académico y político. Y como tal se reseña:

“Autobiografía de carácter personal, individual, pero que, a su vez, cree ser (o quiere ser) más general, al menos generacional y, con ello, más comunal, más social: de un tiempo, de un país –España– que va desde la misma guerra civil, la larga dictadura, la oposición a ella (pero sin “exilio interior”), a la reconstrucción de la razón y de la actual democracia. Todo ello, en este caso, vivido desde la Universidad como vocación y profesión con honda preocupación por la política, la vida colectiva, aquí también como vocación, pero no como profesión. Es una “autobiografía en fragmentos” pero con fragmentos que se ve que lo son, pues pertenecen, derivan y se ensamblan en una inevitable, casi forzosa, totalidad. Unos y otra adquieren así significado y sentido en recíproca interacción. Estas páginas tratan de cuestiones jurídicas y políticas. Las primeras enfocadas desde un “realismo crítico” como superación de las posiciones iusnaturalistas, en especial las de los teocons y neocons, y de las propias del positivismo jurídico formalista. Las segundas, las políticas, desde la perspectiva del socialismo democrático como crítica tanto del economicismo neoliberal, (“el capitalismo carece de moral”) como del radicalismo, con raíces perdidas, negador tanto de la democracia como moral, como de la democracia en cuanto política (democracia representativa y participativa) y de la democracia jurídica, o sea, del Estado de Derecho y su razón de ser que son los derechos humanos”.

## III

La obra se estructura, tras una breve pero aclaratoria Nota Preliminar, en tres partes, aclarándose previamente que estamos, ya se dijo, ante una entrevista.

PRIMERA PARTE: El iusnaturalismo como ideología jurídica en el nacional-catolicismo de la dictadura.

Se van desgranando, los recuerdos, vivencias y personajes, desde la niñez en un pueblo de la provincia de Salamanca, pasando por la fundación de la revista *Cuadernos para el Diálogo*, para terminar con el estado de excepción y los confinamientos de 1969.

SEGUNDA PARTE: Oposición (para la democracia) y oposiciones (para la Universidad). Normalización de la filosofía jurídica-política.

Comienza con un planteamiento de principio: “*No todo Estado es Estado de Derecho*”. Pues para serlo debe cumplir cuatro caracteres generales:

- a) Imperio de la Ley.
- b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- c) Fiscalización de la administración, del ejecutivo, del gobierno.
- d) Protección de derechos y libertades fundamentales.

Esta parte contiene una elaborada y extensa mención de las personas que han estado a su lado o a su alrededor en ese período tenso, doloroso muchas veces y emocionante, que acaba con el fallecimiento del dictador en 1975; como, por ejemplo, Manuel Fraga, que le censuró –aplicando su propia Ley de Presa e Imprenta– una de sus obras más emblemáticas e indudablemente conflictiva para la época –Fraga la llamó “vidriosa” sin que se entienda muy bien por qué–, año 1966: *Estado de derecho y sociedad democrática*. Esta obra y su censura pusieron a su autor en primera línea de la oposición intelectual al franquismo. Todavía se puede encontrar en librerías de viejo los ejemplares originales o de las primeras ediciones, todas en años de *la oprobiosa*, y merece la pena hacerse con ella, pues que no ha perdido su actualidad. También ha de citarse otra obra maestra, al menos por lo que significó para tantos alumnos de Derecho, Sociología y Filosofía del Derecho de 1971, que sin perder la profundidad y el rigor de sus contenidos, conseguía hacer fácil lo difícil.

Por supuesto, Elías Díaz hace especial referencia a los que considera sus maestros: Joaquín Ruiz-Giménez (empezó con el franquismo y acabó fundando nuestra efímera “democracia cristiana”); Enrique Tierno Galván (el “viejo profesor” con su perenne traje con chaleco, la ortodoxia socialista en política y finalmente un popular alcalde de Madrid), Felipe González Vicens (un “ácrata” en la filosofía del derecho, como en confianza lo llama el autor), Norberto Bobbio (un referente mundial en la materia) y Renato Treves (otro insigne filósofo y sociólogo del derecho de la prestigiosa universidad Italia).

Tercera parte: Reconstrucción de la razón en el Estado social y democrático de derecho.

Este apartado gana en profundidad al atacar los entresijos y problemas a los que se enfrente la teoría del derecho; al enfrentarse a los problemas prácticos de la nueva democracia. Clave es la conexión, no confusión, entre “ética, política y derecho; es decir, entre la democracia como moral (entre nosotros Aranguren), la democracia política (deficiente siempre la calidad sin aquella) y la democracia jurídica, permítaseme la expresión, como institucionalización de las dos anteriores en el Estado Democrático de Derecho”.

Pero, además, la emoción sube de nivel cuando leemos las últimas palabras pronunciadas por Francisco Tomás y Valiente (una figura eminente en la Historia del Derecho, que fue Presidente del Tribunal Constitucional) en su conversación telefónica con el autor, justo cuando los bestiales y enloquecidos disparos de ETA acabaron con su vida.

“Cuando asesinaron a Tomás y Valiente yo estaba al teléfono hablando con él, nuestros despachos estaban a unos 20 metros, en el mismo pasillo, y fui corriendo a ver qué había pasado, fue algo terrible. Aquel 14 de febrero de 1996, las últimas palabras que pronunció, y yo escuché, fueron: “Tenemos que hablar””.

La obra termina con una relación de todos libros de Elías Díaz que se mencionan en la obra.

### IV

En todo caso, podría decirse que la obra parece más necesaria que nunca, no solo por su referencia al meritorio legado vital e intelectual de su autor, sino como punto de partida y reflexión en los convulsos tiempos que vive España, con una Constitución puesta en entredicho desde muchos puntos de vista y por una transición que se pretende minusvalorar de modo interesado, así que deberíamos de nuevo volvernos a la alturas para encontrar renovados ámbitos de consenso y de superación en bien de todos, para lo cual parece siempre aconsejable seguir los consejos y los ejemplos de nuestros más experimentados y serenos conciudadanos, defensores a ultranza del Estado de Derecho (da igual si lo hicieron desde un punto de vista liberal, conservador, socialista...) sin cuya reflexión y amplitud de miras solo podemos aspirar a que las cosas vayan peor cada día.

La actualidad del personaje, magnífico maestro para enfrentarse a la vida política con la cabeza en su sitio y con amplitud de miras, es patente, pues es una referencia muy por encima de la media y un ejemplo a seguir. De hecho, las preocupaciones políticas principales de Elías Díaz están relacionadas con los problemas de Cataluña, como el mismo expresa en el prólogo del libro:

“Le pongo pues siempre transitorio cierre a todas ellas en esta fecha final simbólica (con el trasfondo de Cataluña como se sigo ocupación y persistente preocupación) es muy especial referencia a las más próximas, anteriores, coetáneas e incluso posteriores, unas u otras, de tales muestras personales o colectivas indagaciones”.

De ahí que en recientes entrevistas en medios de comunicación hemos podido leer que el autor es partidario de “una triple reforma constitucional que nos lleve hacia un Estado social (más que de Bienestar), un Estado laico (más que aconfesional) y un Estado federal (más que de las Autonomías). Félix Ovejero dice que el Estado de las Autonomías es ya federal, y tiene razón, pero las palabras son importantes, y si colocamos el rótulo de federal, muchos catalanes lo podrían ver como una fórmula que se ajusta a su tradición federalista. Tendría que ser un federalismo integrador, inclusivo y de colaboración, no desintegrador, que es a lo que van los secesionistas. Porque no nos engañemos, detrás de Cataluña va el País Vasco y Galicia, lo que supondría la desintegración de España y posiblemente la de Europa en pocos años”.

### V

¿Y defectos, pegas? La crítica es siempre necesaria, pues no hay obra humana perfecta, pero posiblemente solo cabe decir que hubiéramos deseado más extensión sin duda, más personajes, más reflexiones, más vivencias.

Es cierto, Elías Díaz, en su inveterada modestia, se nos ha quedado corto.

**RECENSIÓN DE LA OBRA DE LAURA PASCUAL  
MATELLÁN, «PEDRO DORADO MONTERO. VIDA  
Y OBRA DE UN PENSADOR HETERODOXO»,  
SALAMANCA, UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, 2019**

BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA

*Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo*

Mientras leía con cierta avidez la biografía que Laura Pascual nos regala de Dorado Montero, no podía sustraerme al recuerdo de la película que Alejandro Amenábar había dirigido sobre Miguel de Unamuno y qué tanto éxito estaba cosechado. Al fin y al cabo, Dorado y Unamuno eran amigos, aunque para cuando se produjeron los sucesos de 1936, ya hacía diecisiete años que había fallecido el penalista. Pero me volvía a la cabeza una y otra vez, quizás porque la corta pero intensa vida de Pedro Dorado Montero bien pudiera dar lugar a otra película, y entonces Laura Pascual tendría que escribir el guion.

Provenía Dorado de una modesta familia de campesinos de la sierra de Béjar, lo que nada hacía presagiar su dedicación al estudio, pero a la edad de cuatro años sufrió un grave accidente que le haría perder su mano derecha y le dejaría una cojera como secuela para el resto de su vida. Semejante desgracia, sin embargo, hizo que sus padres decidieran que se dedicara al estudio, donde destacaría hasta el punto de ser uno de los principales penalistas españoles de todos los tiempos, un penalista sin discípulos pero con doctrina propia. Así, dedicado a la teoría, a la investigación, pero también a la práctica, a la lucha pacífica por una sociedad mejor, su vida estuvo lejos de ser acomodada (de “austerísima” la calificó Antón Oneca) y cuando contaba sólo cincuenta y siete años, falleció. En el entierro, Unamuno le dedicó un bello responso fúnebre: al “hombre civil, amigo, maestro y consejero de todos”.

En ese marco biográfico hay que insertar su doctrina jurídica y su propuesta de reforma penal, propuesta que se basa en una filosofía política de corte humanista, a la que razonablemente el libro dedica especial atención. Cercano al socialismo, al Partido socialista obrero español (p. 75, 109-110), Dorado gozó de influjos diversos: del marxismo, del anarquismo y del positivismo pero, sobre todo, y contrapesando las anteriores tendencias, del krausismo (su mayor maestro será sin duda Giner de los Ríos), que otorgará un sesgo idealista a su pensamiento (“no vemos las cosas tal como son, la vemos tal como somos”: p. 138), a la vez que una opción decidida por el liberalismo social y la no violencia. Para comprender el elogio que hace de la

tolerancia, léase completa la bella cita de Dorado con que se abre el capítulo segundo y que termina así (p. 105): “Cada hombre necesita de su enemigo”.

Con esas fuentes, y en lo tocante a la filosofía del Derecho cercano a los del Derecho libre (p. 225, n.), la doctrina penal de Dorado será correccionalista, alejada tanto de las teorías retribucionistas como de las partidarias de la prevención especial negativa o inocuización (p. 256), lo que habría de significar enormes transformaciones tanto de las leyes como de los juristas, que en el caso del juez habría de convertirse en una especie de “médico social” (p. 266).

Especial interés tiene la polémica con el padre Cámara, obispo de Salamanca, a raíz de la acusación que formularon algunos alumnos de predicar en clase doctrinas contrarias al catolicismo e incluso heréticas (p. 75-92). El obispo mandó llamar a Dorado y se entrevistó con él, pero la posición del penalista en nada varió, lo que trajo que el clérigo condenara sus doctrinas y declara ilícita la asistencia a sus clases: salvo un alumno obligado por su padre a seguir asistiendo, los demás dejarán de acudir a escuchar sus lecciones. Es fácil imaginar la tensión que en Salamanca provocó ese conflicto, con suspensiones y reincorporaciones del profesor a la cátedra.

Dorado, por cierto, mantuvo contacto con Oviedo y su Universidad. A raíz del conflicto con el padre Cámara, le escribiría Adolfo Posada (p. 91, n.):

Querido Dorado: me han dicho con referencia a un periódico de Salamanca, que el Obispo se ha metido con usted en calidad de catedrático. ¿Qué hay de eso? Alas quiere saber detalles y todos deseamos que usted nos entere. ¿Qué ha pasado? No deje de escribirme inmediatamente. ¡Qué país y qué paisaje! Sabe cuantísimo le quiere su amigo del alma. Adolfo Posada

En efecto, el penalista salmantino mantenía contacto con los del grupo de Oviedo (p. 71) y en algún momento llegó a pensar, y así se lo dijo a Giner, en dejar Salamanca y trasladarse a la Universidad de Oviedo (p. 67).

Vuelvo al inicio de este comentario, cuando decía que la vida de Dorado bien pudiera ser dramatizada en una película. Todo lo contado hasta aquí lo avala, pero hay algo más que lo justifica, que el pensador se convirtió en un activista de su propia causa, la del correccionalismo (p.265). ¿Fue real o simplemente me estoy imaginando la escena de un Pedro Dorado entrando en la vieja cárcel de Salamanca, antiguo convento que se convirtió en penal a mediados del siglo XIX, dirigiéndose a hablar a los reclusos, a decirles que su vida podía y debía cambiar; que podían convertirse en personas de provecho, estudiar, desarrollarse y dar frutos? Si no lo fue, al menos merecería haberlo sido. En la biografía de este “pensador heterodoxo” es, quizás, lo único que echo en falta, haber dedicado un pequeño capítulo a ese activismo de Dorado, pero la autora puede hacerlo en un nuevo libro o en algún artículo que verse sobre ese particular.

Un apunte referido al juicio de Laura sobre el libro que Antón Oneca dedicó a Dorado, nada menos que en 1950, y que tituló *La utopía penal de Pedro Dorado Montero*. “De sobra es conocido que no existe crítica más ventajista que la de la utopía –dice–; pues necesita muy poca justificación y consigue desacreditar lo

suficiente como para que, en el mejor de los casos, una construcción teórica pase desapercibida” (p. 274). Desde luego, no creo que la pretensión de Antón fuera ni mucho menos la de desacreditar el correccionalismo de Dorado; antes al contrario la utopía no es vana sino que señala el destino al que debemos dirigirnos. Desconociendo lo que ocurrió en torno a ese libro, uno se aventura a pensar que fue una valentía publicarlo en la España de aquellos años.

Llegamos al final, al momento en el que, aun sin reflexionarlo, uno sabe que se encuentra ante un buen trabajo, ante una magnífica biografía, pues le gustaría leer la obra de Dorado, conocer más peripecias de su vida, honrarlo como se honra a los mayores que con su convicción y su ejemplo nos indicaron el camino a seguir; en fin, a uno le gustaría que esta vida se convirtiera en una película, que se abriría con esta cita (p. 275): “No hubo pierna o brazo fallido, pobreza, frío, miedo, obispo, alumnos o ultramontanos que pudieran frenar los anhelos de luchar por otras realidades más cálidas y amables para toda la humanidad”. Éste era Pedro Dorado Montero.





# VULNERABILIDAD Y CUIDADO EN LA PERSPECTIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO<sup>(1)</sup>

## VULNERABILITY, CARE AND THE CONSTITUTIONAL STATE<sup>(2)</sup>

LUCIA RE

*Profesora Titular de Filosofía del derecho de la Universidad de Florencia*

---

### SUMARIO

- I. VULNERABILIDAD Y CUIDADO
- II. EL PAPEL DEL ESTADO
- III. VULNERABILIDAD E IGUALDAD
- IV. BIBLIOGRAFÍA

#### I. VULNERABILIDAD Y CUIDADO

La reflexión sobre la vulnerabilidad en la época contemporánea se ha desarrollado sobre todo en el ámbito de la ética. A ello han contribuido los análisis feministas, en particular las tesis de las autoras que han teorizado una “ética del cuidado”. En las siguientes páginas recorreré brevemente algunas etapas del pensamiento filosófico contemporáneo de la vulnerabilidad, centrándome precisamente en sus conexiones con ciertas versiones de la ética del cuidado. Así, trataré de ofrecer pautas para valorar de qué modo los resultados de la reflexión sobre la vulnerabilidad (y sobre el cuidado), cuya matriz hoy es esencialmente estadounidense, pueden utilizarse en el ámbito de la Europa continental, a la vista de la evolución del Estado constitucional de derecho.

La reflexión contemporánea sobre la vulnerabilidad tiene su origen en las obras de algunas filósofas y filósofos del siglo XIX como Simone Weil, Hannah Arendt,

---

(1) Publicado en versión original en *Notizie di Politeia*, XXXV, 133, 2019, pp. 183-197.

(2) Traducción realizada por Roger Campione. Profesor Titular de Universidad. Filosofía del Derecho, Universidad de Oviedo.

Emmanuel Lévinas y Paul Ricoeur<sup>(3)</sup>, que se han concentrado sobre todo en la “vulnerabilidad ontológica” entendida como una condición universal que aúna a todos los seres humanos en cuanto “expuestos a la herida”<sup>(4)</sup>. Esta exposición deriva tanto de la fragilidad de la naturaleza humana como del ser con los demás. Detenerse en la vulnerabilidad significa, desde esta perspectiva, interrogarse también sobre los vínculos sociales y sobre la violencia.

A partir de la década de los dos mil, esta línea de pensamiento ha sido retomada y desarrollada por Judith Butler y, en Italia, por Adriana Cavarero. A Butler se debe, en particular, haber conjugado el análisis de la vulnerabilidad ontológica universal, ligada a nuestro ser como “cuerpo” –que Butler llama “*precariousness*” –, con la puesta en evidencia de las vulnerabilidades particulares, socialmente producidas –lo que la autora ha denominado “*precarity*”<sup>(5)</sup>. Mientras Butler insiste en la idea de la exposición al otro (no sólo y quizá no tanto en sentido físico, cuanto en el sentido de nuestro ser desde el nacimiento “*impinged upon*”, marcados, por la relación), Cavarero subraya cómo la relación interpersonal se ha representado histórica e intencionadamente como necesariamente conflictiva, violenta, cuando el estar expuestos a la herida, inermes, es lo que en muchos casos nos convierte en destinatarios no de la violencia ajena, sino del cuidado<sup>(6)</sup>. Butler y Cavarero parten así ambas de la ética, para imaginar una política en la que la violencia pueda moverse del centro al margen de la escena<sup>(7)</sup>.

Para Butler, sin embargo, la reflexión acerca de la vulnerabilidad ontológica no solo se conjuga con el análisis de la vulnerabilidad producida socialmente y distribuida de modo desigual<sup>(8)</sup>, sino que aquella es conocida necesariamente por los individuos conforme a su distribución diferencial, social y económica<sup>(9)</sup>. La vulnerabilidad que experimentamos, por tanto, depende de las redes de protección de las que podemos o no podemos servirnos. La experiencia que vivimos de la vulnerabilidad está conectada con las relaciones de poder existentes en una sociedad.

Tal como destaca Butler, el neoliberalismo nos coloca en una condición paradójica. Su imperativo ético es el de la responsabilidad individual: el sujeto neoliberal es el “empresario de sí mismo”. Pero la precariedad (*precarity*) producida por el mercado y por el progresivo desmantelamiento del Estado social vuelve imposible, para la mayoría, concretar este modelo ético-social<sup>(10)</sup>. En la actual “sociedad de la presta-

---

(3) Se ha hablado de un filón judío de la vulnerabilidad (*cf.* por ejemplo Rossetti, 2018, pp. 83-108), quizá sería más oportuno llamarlo judeo-cristiano.

(4) *Cfr.* Cavarero, 2013.

(5) *Cfr.* Butler, 2004 y Cavarero, 2007. Para una comparación entre las dos filósofas, *cf.* Bernini y Guaraldo, 2009.

(6) Sobre este tema *cf.*, por ejemplo, Pinto, 2018, pp. 49-82.

(7) En el mismo sentido Guaraldo, 2012.

(8) Butler, 2009 y 2015.

(9) *Cfr.* en este punto el análisis de Casalini, 2018, pp. 27-48.

(10) Butler, 2015.

ción”<sup>(11)</sup>, por tanto, el individuo se ve mermado en su tejido social, progresivamente expuesto a la precariedad (“*precarity*”) por la desaparición de las protecciones estatales (y sociales) y atrapado en mecanismos biopolíticos encaminados a desintegrar su subjetividad: el cuerpo, la personalidad, las relaciones sociales son “puestos en valor” o “desperdiciados”<sup>(12)</sup>. Por tanto, vulnerabilidad, cuidado y protección están relacionadas entre sí e interpelan el papel del Estado.

Durante los años ochenta del siglo pasado, antes de los análisis de Butler y Cavarero, ya se había desarrollado una teoría ética atenta a las formas particulares de vulnerabilidad. Esta teoría extrae del “principio de la vulnerabilidad” (“*vulnerability principle*”) indicaciones de tipo ético-normativo. Fue sobre todo Robert Goodin quien sostuvo, en *Protecting the Vulnerable. A Reanalysis of Our Social Responsibilities*<sup>(13)</sup>, que la mayor parte de nuestras responsabilidades morales (“*special responsibilities*”) deriva de que algunos sujetos se encuentran en una posición de dependencia hacia nosotros, es decir, dependen de nuestras acciones y elecciones. De ahí surgen, por ejemplo, las responsabilidades familiares y afectivas, pero también muchas responsabilidades hacia otros actores sociales y hacia la colectividad en general. Así, en esta perspectiva, la vulnerabilidad es la fuente primaria de las obligaciones morales y deriva de relaciones que, en muchos casos, no son “escogidas” por los sujetos.

Para Goodin la vulnerabilidad es un concepto relacional: se es vulnerable con respecto a las acciones y elecciones de alguien. Esta idea de la ética, anclada en la vulnerabilidad, remite directamente a las teorías feministas contemporáneas de la ética del cuidado, en particular a las tesis de Virginia Held<sup>(14)</sup>. Este filón de la crítica feminista se dirige al contractualismo –y aún más al neo-contractualismo– con el objetivo de sacar a la luz los vínculos de dependencia ocultos por el paradigma de la ciudadanía democrática<sup>(15)</sup>.

En los años noventa, ha profundizado en el análisis de las relaciones de dependencia y sus implicaciones otra filósofa feminista, Eva Feder Kittay. En *Love’s Labor*<sup>(16)</sup>, así como en *Dependency*<sup>(17)</sup>, la autora denuncia como falsa la concepción liberal de la igualdad tal como fue teorizada por Rawls, en tanto que oculta el hecho de que en la sociedad muchas personas se hallan en condiciones de dependencia. Habría, de hecho, una “dependencia inevitable”, que aúna a todos en distintas fases de la vida (infancia, edad avanzada, enfermedad) y hay situaciones particulares de dependencia, como la que caracteriza a las personas con discapacidad y a los que cuidan de ellas (*care givers*). Tradicionalmente, los varones adultos (blancos) han

---

(11) Chicchi y Simone, 2017.

(12) Cfr. Bauman, 2004.

(13) Goodin, 1985.

(14) Held, 1987, pp. 111-137.

(15) Cfr. Tambien Pateman, 1988.

(16) Kittay, 1999.

(17) Kittay, 2015; tr. it. 2018, pp. 201-210.

sido representados como “independientes” porque el cuidado de los “dependientes” ha sido relegado a la esfera privada y asignado a las mujeres.

La obra de Kittay entronca con los *disability studies* y los *feminist disability studies*<sup>(18)</sup> y su objetivo es mostrar que el cuidado y la dependencia son un problema de naturaleza pública. Para Kittay las instituciones tienen que considerar la gestión de la dependencia como un objetivo prioritario. En esta óptica, tanto la vulnerabilidad universal como las vulnerabilidades particulares deben ser afrontadas no como fuente de inseguridad, sino como una constante de cualquier sociedad humana. No se trata, por tanto, de proteger paternalísticamente a los vulnerables, sino de garantizar la justicia social<sup>(19)</sup>.

El análisis de Kittay sobre la dependencia ha sido ampliado por Martha Fineman. Con Kittay, y aún más con Fineman, la reflexión sobre la vulnerabilidad se aleja del campo de la ética y llega a la filosofía política y a la filosofía del derecho. Para Fineman, el de la protección hacia las diversas formas de vulnerabilidad –tanto la universal como las particulares– no solo es un problema público, sino que el Estado existe precisamente para responder a la vulnerabilidad de los ciudadanos. El “paradigma de la vulnerabilidad” promovido por Fineman aspira así a redibujar la acción institucional.

Dos trabajos de Fineman sobre el tema han tenido un eco especial en el debate sobre la asunción de responsabilidad de la vulnerabilidad por parte del Estado: *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*<sup>(20)</sup> y *The Vulnerable Subject and the Responsive State*<sup>(21)</sup>, que desarrolla las tesis del trabajo anterior. En *The Vulnerable Subject* Fineman sostiene que la remisión a la vulnerabilidad ontológica universal puede conducir a superar los estrechos confines del derecho antidiscriminatorio hacia una concepción más sustancial de igualdad. La redefinición del sujeto a partir de su vulnerabilidad ontológica (el sujeto vulnerable vs. el sujeto autónomo e independiente de una determinada tradición liberal) permite “expandir las ideas comunes sobre la responsabilidad del Estado hacia los individuos y las instituciones”<sup>(22)</sup>. Además, permite denunciar el engaño oculto detrás del mito de la autonomía propio del liberalismo estadounidense mainstream, es decir, que “las instituciones sociales juegan un papel significativo a la hora de mantener y ampliar la desigualdad”<sup>(23)</sup>.

El enfoque de la vulnerabilidad se presenta así como post-identitario y también como una superación de la teoría de la interseccionalidad: “no son las identidades múltiples –escribe Fineman– que se intersecan para producir desigualdades com-

---

(18) En este punto *cf.*: Bernardini, 2016.

(19) Sobre este tema *cf.*: También Dodds, 2007, pp. 500-510.

(20) Fineman, 2008, pp. 1-23.

(21) Fineman, 2010.

(22) Fineman, 2008, p. 2.

(23) Fineman, 2008, p. 2.

plejas (...), son más bien los sistemas de poder y de privilegio los que interactúan para producir redes de ventajas y desventajas”<sup>(24)</sup>. De hecho, tanto las identidades como las desigualdades son, ante todo, un producto de las prácticas institucionales. Partiendo de estas premisas, el enfoque de la vulnerabilidad permite, para Fineman, construir coaliciones amplias contra las desigualdades sociales.

De algún modo, la autora parece acercarse a Nancy Fraser<sup>(25)</sup> cuando sostiene la insuficiencia de la perspectiva del mero reconocimiento y la necesidad de realizar una mejor distribución de los recursos. Sin embargo, allí donde el léxico de Fraser es europeo, remitiendo a las nociones de “justicia social” y redistribución de los recursos materiales, no solo del reconocimiento, el léxico de Fineman está arraigado en la teoría política y del derecho estadounidense. Los recursos están descritos como “*assets*” a través de los cuales el Estado confiere privilegios a algunos y reparte desventajas para otros. El objetivo del enfoque de la vulnerabilidad consiste en desvelar esta dinámica –que la perspectiva de la igualdad formal no alcanza a identificar– para pedir que el Estado asuma como foco de su acción la igualdad material y desempeñe un papel activo para luchar contra las desigualdades sociales, ya sea a través de las instituciones públicas (políticas de tasación, *welfare*, etc.), ya sea supervisando la acción de las instituciones consideradas como privadas (la familia, las asociaciones, las *corporations*). Mediante la teoría de la vulnerabilidad, por tanto, Fineman solicita un retorno a la autoridad regulativa del Estado en favor de la igualdad material e insiste en la primacía de la legislación sobre el derecho jurisprudencial.

En *The Vulnerable Subject and the Responsive State* la autora subraya la tensión –típica del sistema estadounidense y de toda democracia liberal– entre autonomía e igualdad sosteniendo, sin embargo, que se debe “invertir la posición de la igualdad en la política americana como valor dependiente, es decir, como valor observado a través de la visión dominante de la autonomía”<sup>(26)</sup>.

El objetivo polémico de Fineman es la concepción “*libertarian*” de la autonomía. La filósofa argumenta en contra de las teorías del Estado mínimo, pero también en contra de un “sentido común”, una cultura *mainstream* que orienta el sistema jurídico estadounidense y se inspira en una interpretación radical del liberalismo. De hecho, la crítica al “mito de la autonomía” centraba una obra suya, anterior al “*vulnerability turn*” –*The Autonomy Myth. A theory of dependency*<sup>(27)</sup>– en la que Fineman había denunciado el papel que el mito de la autonomía juega en la retórica política y en el discurso popular estadounidense. Se trata de un mito que interpreta la autonomía en términos muy restringidos, vinculándola a la autosuficiencia económica y “a una sensación de separación respecto de los demás dentro de la sociedad”<sup>(28)</sup>. Así

---

(24) Fineman, 2008, p. 17.

(25) Fraser und Honneth, 2003.

(26) Fineman, 2010; tr. it. 2018, p. 159.

(27) Fineman, 2004.

(28) Fineman, 2004, p. XVI.

entendida, la autonomía y la vulnerabilidad se contraponen. El Estado debe volverse “*responsive*” frente a todas las formas de vulnerabilidad (tanto ontológicas como socialmente fabricadas).

El objetivo de Fineman, al igual que de Kittay y de otra destacada teórica de la “ética del cuidado”, Joan Tronto, es el de politizar el cuidado, mostrar que no se trata de una “cuestión privada”, no solo porque si lo limitamos al ámbito de lo privado acaba siendo prevalentemente una carga para algunos sujetos –en particular las mujeres que históricamente han sido las encargadas del cuidado– sino también porque el cuidado (el trabajo de “reproducción” en el léxico de las economistas feministas marxistas) es la bóveda sobre la cual se sustenta la sociedad entera.

Fineman y Kittay insisten en la exigencia de reformular la acción del Estado en función de las necesidades de los ciudadanos, colocando en un segundo plano la promoción de la autonomía individual. En cambio, Joan Tronto, en *Moral Boundaries*<sup>(29)</sup> y después en *Caring Democracy*<sup>(30)</sup>, introduce el tema del cuidado en un marco declaradamente liberal-democrático. Respondiendo a las necesidades –haciéndose cargo de la vulnerabilidad, utilizando el léxico de Fineman– el Estado no debe asumir un carácter caritativo, asistencialista ni paternalista. Al contrario, la acción institucional ha de organizarse involucrando a los destinatarios del cuidado en la planificación y actuación de las políticas. Así pues, para Tronto, las prácticas de cuidado son prácticas de democracia que deben fortalecer la *agency* de los sujetos. Según Tronto: “pensar en las personas como interdependientes nos permite comprender tanto aquellos elementos de la vida humana que dependen de la autonomía, como los que dependen de las relaciones en que estamos involucrados”<sup>(31)</sup>. El valor del cuidado no se contraponen, por tanto, a los valores liberales, sino que los integra, incluso se podría decir que los corrige. Además, esto permite denunciar las injusticias sociales sacando a la luz relaciones de poder que han quedado ocultas durante mucho tiempo. Por tanto, cuidado, vulnerabilidad y justicia social están interconectadas.

Tronto ve claramente el riesgo de paternalismo (o maternalismo) que la ponderación del cuidado como ideal político acarrea<sup>(32)</sup> y, a la vez, delata los peligros del particularismo: cualquier persona, ocupada en poner en valor las relaciones de cuidado en las que está metida, puede perder de vista el marco social más amplio (podría encerrarse, tal como había presagiado Tocqueville, “en el círculo de los pequeños intereses domésticos”). El cuidado, sin embargo, también puede fortalecer la participación democrática. Tronto describe la democracia como un “cuidar con”, un “*caring with*”. A partir del cuidado, se puede redefinir la democracia. Ello no implica una visión irenista del cuidado: el cuidado es objeto de conflictos

---

(29) Tronto, 1993.

(30) Tronto, 2013.

(31) Tronto, 1993; tr. it. 2006, p. 182.

(32) Se trata de un riesgo denunciado también por Butler y otras autoras, en referencia a ciertas concepciones de la ética del cuidado y de la reflexión sobre la vulnerabilidad (*cfr.*, por ejemplo, Butler, Gambetti and Sabsay (eds.), 2016).

relacionados con la inicua distribución de las responsabilidades de cuidado a nivel social. Además, implica la instauración de relaciones de poder (ante todo entre *care givers* y *care receivers*) y también está influido por intereses. El objetivo de Tronto, por tanto, consiste en sacar a relucir las injusticias ligadas a la distribución de las tareas de cuidado y, al mismo tiempo, en trabajar en pos de un cambio que torne más democrático el cuidado y reoriente la acción social e institucional democrática a partir de una valorización (y redistribución) de las tareas de cuidado.

## II. EL PAPEL DEL ESTADO

Tronto, Kittay y Fineman invocan al Estado frente a la gestión exclusivamente privatista del cuidado, de la dependencia y de la vulnerabilidad. Estas autoras, sin embargo, no se limitan a delatar la ausencia de un Estado que responda a las necesidades, o que se haga cargo de las vulnerabilidades individuales y de algunos grupos sociales. En particular, tanto Tronto como Fineman son conscientes de que limitar el cuidado a la esfera privada es una elección hecha por el Estado: ello, por un lado, enmarca el cuidado como un asunto femenino que debe ser gestionado en primera instancia por la familia; por el otro lado, sobre todo tras la revolución feminista de los años setenta y ochenta del siglo pasado, considera el cuidado como un bien adquirible en el mercado.

Sin embargo, privatización del cuidado no significa *laissez-faire*. El Estado ha intervenido repetidamente en la plasmación de la familia y en la construcción de los roles de género, así como en la orientación del mercado del cuidado. Tronto y Fineman no soslayan el hecho de que el Estado ha desempeñado un papel en esta dirección. En mi opinión, sin embargo, estas autoras no destacan lo suficiente este dato<sup>(33)</sup>. Lo encuadran básicamente como un problema de cultura y decisiones políticas, sin reconducirlas a un más complejo desarrollo del Estado sobre bases patriarcales y (hoy en día) neo-patriarcales<sup>(34)</sup>.

El mercado del cuidado contemporáneo es un mercado global en el que las migraciones internacionales juegan un papel central<sup>(35)</sup>. Esto no significa que en muchos casos –pienso por ejemplo en el caso italiano– no se trate de un mercado regulado. En efecto, el Estado interviene en este mercado, incluso masivamente, a través de las políticas laborales y, todavía más, mediante las políticas migratorias. Sin embargo, en ambos frentes, a menudo las prácticas de los actores instituciona-

---

(33) Sin embargo, acerca del papel de la familia como institución Martha Fineman se ha extendido tanto en *The Autonomy Myth* como en el anterior *The Neutered Mother, the Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies*, New York: Routledge, 1995.

(34) Sobre el “neo-patriarcado” puede verse, a título de muestra, el número monográfico de *Soft Power* (2, 2017), titulado *(Un)domesticated Feminism*, editado por Ida Dominijanni. Para un análisis histórico de impronta materialista, además del célebre Federici, 2004 (tr. cast. 2010), *cfr.* Roberts, 2017.

(35) *Cfr.* por ejemplo Yeats, 2009.

les dejan conscientemente un amplio espacio a formas “creativas” de gestión por parte de los actores sociales. En muchos casos son la reglamentación restrictiva y la escasa implementación de las reglas, las que favorecen la difusión de prácticas irregulares y/o ilegales<sup>(36)</sup>.

Vulnerabilidad y cuidado, por tanto, no están descuidados. El Estado no se desentiende de ellos. Más bien los gestiona conforme a una lógica que, habiendo sido disciplinaria<sup>(37)</sup> en época neoliberal, se vuelve biopolítica<sup>(38)</sup>, consolida las jerarquías sociales y prevé la producción de “vidas desperdiciadas”<sup>(39)</sup>. El circuito de la exclusión, de este modo, es gestionado a través de la combinación de servicios asistenciales cada vez más míseros –que, en la retórica y en los modelos de gestión, conservan un planteamiento disciplinario pero, en realidad, están reorientados hacia la exclusión de una población cada vez más “étnicamente connotada”– y de instituciones del Estado penal y del circuito penal-migratorio que, en ocasiones, asumen como objetivo explícito la neutralización de los “pobres no merecedores”, por lo general “extranjeros” o miembros de “minorías étnicas” (el “*penal industrial complex*”, en EE.UU.<sup>(40)</sup>; en Europa un circuito penal-migratorio gestionado en parte por el Estado y en parte por el tercer sector, en el cual con frecuencia se confunden lógicas represivas, lógicas asistenciales-caritativas e intereses económicos).

En este cuadro, la remisión a la vulnerabilidad –sobre todo si se la adscribe a algunas categorías de sujetos– puede asumir un significado ambivalente si no se la conecta –tal como hace Fineman– con una noción “antigua” como la igualdad, especialmente en su dimensión material<sup>(41)</sup>.

### III. VULNERABILIDAD E IGUALDAD

Poner de relieve las relaciones de dependencia, el paradigma de la vulnerabilidad y la ética del cuidado puede enriquecer nuestro modo de entender la igualdad material, pero no puede sustituirla. En *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, Fineman aclara de inmediato que un Estado “*more responsive*” se corresponde con una sociedad más igual<sup>(42)</sup>. Sus objetivos polémicos son, por un lado, la igualdad entendida en sentido meramente formal y, por el otro, el derecho antidiscriminatorio estadounidense, en el que “toda ganancia adquirida por un individuo que pertenece

---

(36) Sobre el problema de la privatización del cuidado y la explotación de las mujeres migrantes en Italia, *cf.*: Sciarba, 2015.

(37) *Cfr.*: Foucault, 1975.

(38) Foucault, 2004a y 2004b.

(39) Bauman, 2004.

(40) Re, 2006.

(41) Sobre la ambivalencia de la noción de vulnerabilidad *cf.*: Butler, Gambetti and Sabsay (eds.), 2016. *Cfr.* también Bernardini, Casalini, Giolo e Re (eds.), 2018.

(42) Fineman, 2010; *tr.it.* 2018, p. 141.



a una minoría se convierte en una justificación para abandonar la búsqueda de la igualdad material”<sup>(43)</sup>. Fineman promueve una mayor implicación del Estado en las políticas dirigidas a conseguir la igualdad material y, mirando claramente hacia el modelo europeo, pide un cambio en la cultura política, jurídica e institucional estadounidense, que permita a los poderes legislativo y ejecutivo ser el centro de propulsión y actuación de las políticas de igualdad. En este marco, el poder judicial tendría el papel de supervisor. Asumiría la tarea de responder a las reivindicaciones de los individuos, poniendo fin a la que la autora llama la “*jurisprudence of identity and discrimination*”<sup>(44)</sup>, ya que “la promesa de la igualdad no debe verse condicionada por la pertenencia o no a una categoría identitaria”<sup>(45)</sup>. La igualdad debe ser entendida como universal.

Por tanto, la remisión a la vulnerabilidad le sirve a Fineman para justificar el compromiso del Estado con la igualdad material. La necesidad de responder a la vulnerabilidad se convierte así en la base de las políticas de igualdad. Para Fineman el compromiso del Estado a favor de la igualdad “radica en una comprensión de la vulnerabilidad y la dependencia”. Además, tiene como precondition que se reconozca que “la autonomía no es una característica natural de la condición humana, sino un producto de las políticas sociales”<sup>(46)</sup>.

De modo análogo, para Joan Tronto la base de la democracia es la igualdad no solo formal sino también material. Es tarea de las instituciones democráticas realizarla, pese a que la economía de mercado produce continuamente desigualdades. Se podría decir que la postura de Tronto alude a la de Ferrajoli, para quien “la igualdad se presenta (...) como la condición jurídica tanto de la dimensión formal como de la dimensión material de la democracia”<sup>(47)</sup>.

En el ámbito europeo –y especialmente en el italiano– la igualdad material es, desde hace tiempo, el valor fundamental en el que se basa el Estado constitucional de derecho<sup>(48)</sup> que, como ha recordado Geminello Preterossi, es necesariamente también Estado social, puesto que el funcionamiento del *welfare* garantiza “el marco constitucional ‘material’”<sup>(49)</sup>. La crisis del Estado social se traduce así en una crisis de la democracia. A lo largo de esta crisis las ciencias sociales europeas y el derecho han empezado a remitirse al debate estadounidense sobre la vulnerabilidad. El riesgo, entonces, es que este paradigma entre en juego no para renovar desde una

---

(43) Fineman, 2008, p. 19.

(44) Fineman, 2008, p. 23.

(45) Fineman, 2008.

(46) Fineman, 2008.

(47) Ferrajoli, 2018, edición kindle, cap. 1, par. 2.2. *Cfr.* también Ferrajoli, 2013.

(48) *Cfr.* Ferrajoli, 2002b. Para un análisis del art. 3 de la Constitución italiana que pone de relieve la centralidad de la noción de igualdad para el ordenamiento jurídico italiano y, en general, de los ordenamientos de los países democráticos *cfr.* Mazzaresse, 2006. Para esta autora, los dos apartados del art. 3 han de ser leídos necesariamente de forma conjunta, a la luz de una concepción compleja y plural de la igualdad jurídica.

(49) Preterossi, 2015, ed. kindle, cap. 2.

perspectiva feminista y post-identitaria el Estado constitucional de derecho, sino para contribuir a su erosión. Esto es así sobre todo cuando invocar la vulnerabilidad sirve para designar los “grupos vulnerables” merecedores de tutela, casi como si la protección de tales grupos fuera un “deber moral” del Estado. Se trata de una lógica paternalista y estigmatizadora que, además, puede llegar a producir una forma de “vulnerabilidad” construida socialmente (la que Catriona Mackenzie, Wendy Rogers e Susan Dodds han definido “vulnerabilidad patogénica”)<sup>(50)</sup>. Es más, semejante retórica de la vulnerabilidad busca con frecuencia suprimir, o relegar a un segundo plano, la referencia a los derechos sociales. Como ha destacado Luigi Ferrajoli, es precisamente la no efectividad de tales derechos, ligada a la insuficiencia de las garantías previstas para su implementación, lo que hoy en día constituye el problema de la democracia. La igualdad es la base de la cohesión social. La disgregación provocada por las desigualdades está en el origen del “deterioro de la esfera pública” y de la idea misma de “interés general”. Esta condición erosiona el sentido cívico y la solidaridad social.

Me parece, entonces, que se puede estar de acuerdo con Ferrajoli cuando afirma que “el proceso reconstituyente de las democracias constitucionales nacionales no precisa ninguna invención sino, simplemente, la concreción, jurídicamente obligatoria, de los proyectos normativos formulados en las constituciones. Por tanto requiere, en primer lugar, la refundación de la esfera pública a través de la reafirmación y el desarrollo de las garantías de los derechos sociales y sus relativas funciones e instituciones de garantía”<sup>(51)</sup>. Y, de modo análogo, es oportuna la remisión de Ferrajoli a la contraposición entre el “Estado de los derechos”, fundado precisamente en la titularidad de los derechos por parte de los ciudadanos, y el “Estado social burocrático”, es decir, el Estado asistencial que ofrece prestaciones sociales. Este último, lejos de ser un producto pasado de moda, parece estar nuevamente en auge allí donde están instituidas complejas mediaciones burocráticas para limitar el *welfare* universal, conforme a la gobernabilidad neoliberal (piénsese en la universidad o en la sanidad)<sup>(52)</sup>.

Como ha recordado Fabio Ciarraelli, las democracias constitucionales se caracterizan por haber superado el formalismo y la racionalidad jurídica y por haber vinculado el derecho a la obtención de resultados concretos<sup>(53)</sup>. Y, según Ferrajoli, el Estado social de derecho se funda precisamente en “una red de obligaciones impuestas como garantía de los derechos sociales”<sup>(54)</sup>. Sin embargo, remitir a su teoría del Estado

---

(50) Mackenzie, Rogers and Dodds, 2014, pp. 1-29.

(51) Ferrajoli, 2018, ed. kindle, cap. 3, par. 5.

(52) Sobre la salud *cfr.* el reciente Geddes, 2018. Sobre la universidad *cfr.*, por ejemplo, Berg and Seeber, 2016. Sobre las transformaciones experimentadas por la universidad italiana resulta interesante también el *pamphlet* publicado por Rosso, 2018.

(53) Ciarraelli, 2013, p. 256.

(54) Ferrajoli, 2007, p. 43. Sobre los derechos sociales como derechos fundamentales, *cfr.* también Ferrajoli, 2002a.

constitucional de derecho –y al proyecto político que la anima– no significa ignorar el papel de la interpretación ni de la política. Como el mismo Ferrajoli admite, el papel de esta última no solo es relevante, sino que atañe a la construcción misma de la democracia, así como a la “refundación constante (...) del pacto constitucional mediante la representación de las luchas sociales y de las instancias reformadoras expresadas por la sociedad<sup>(55)</sup>. En lo que respecta al papel de la interpretación, una vez más es Ferrajoli quien, aun adhiriéndose a una ideología normativa de impronta iuspositivista, reconoce la interpretación como un paso ineludible. De hecho, los proyectos normativos formulados en las constituciones adquieren necesariamente concreción gracias a procesos de carácter interpretativo –*in primis* la jurisprudencia constitucional– que, a lo largo de los años, han contribuido a readaptar esos proyectos a los nuevos desafíos<sup>(56)</sup>. Y precisamente en el plano interpretativo el reto planteado por las teorías de la vulnerabilidad y del cuidado resulta especialmente relevante. De hecho, como es sabido, la referencia a la vulnerabilidad ya está presente tanto en la jurisprudencia nacional como en la europea<sup>(57)</sup>. En algunos casos, esto parece funcional a la valorización de las obligaciones proactivas de los Estados en la tutela de los derechos humanos y al fortalecimiento de la igualdad material<sup>(58)</sup>, mientras que en otros parece orientada, más bien, al debilitamiento de las garantías, operando como un estándar restrictivo (se tutelan los derechos solo si el sujeto que los reivindica demuestra hallarse en una condición de vulnerabilidad particular). De este modo, la construcción *bottom-up* de una noción emancipadora de vulnerabilidad<sup>(59)</sup> podría servir para afinar la interpretación del principio de igualdad.

En otras palabras, la reflexión sobre la vulnerabilidad y el cuidado puede ser significativa, en la dirección propuesta por autoras como Fineman, Tronto y Kittay, si es útil para fortalecer el “proyecto político y jurídico” de la igualdad material funcionando, señala Fineman, como “herramienta heurística” que permita desvelar formas de desigualdad largamente eclipsadas del debate público (y también del

---

(55) Ferrajoli, 2012, p. 120.

(56) Analizando críticamente *Principia iuris* (Ferrajoli, 2007), obra en la que Ferrajoli ha trabajado en la construcción de una teoría axiomatizada del ius-constitucionalismo, Riccardo Guastini ha destacado la imposibilidad de distinguir “el derecho” de los conceptos y las doctrinas empleadas por los juristas (*cf.*: Guastini, 2008). Para un debate sobre *Principia iuris* puede verse Mazzarese, 2008 e Catania, 2009. Han admitido la posibilidad de recurrir, en algunos aspectos, a la teoría de Ferrajoli, aun manteniendo posturas muy diferentes y criticando algunas ideas de fondo de su construcción teórica, entre otros, Costa, 2009, Preterossi, 2009 y Baccelli, 2012. Los trabajos de Catania, Costa y Preterossi han sido sucesivamente recopilados en Baccelli (ed.), 2012. El libro incluye, además, un trabajo de Giuseppe Palmisano y la réplica de Ferrajoli a las críticas dirigidas a su obra.

(57) En particular, sobre la jurisprudencia de las cortes europeas, *cf.*: Ruet, 2015, Burguorgue-Larsen (ed.), 2014 e Timmer, 2013.

(58) Este aspecto ha sido destacado por Elelma Pariotti en una ponencia sobre “Vulnerabilidad y sujeto de los derechos humanos” impartida en la Jornada “La semántica de la vulnerabilidad” (Universidad de Ferrara, 15 de septiembre de 2017).

(59) El término ha sido empleado por Gianfrancesco Zanetti en su ponencia introductoria a la “Jornada de diálogo sobre Derechos negados. Derechos protegidos. Los derechos de los niños, modelos de análisis y buenas prácticas”, en la Universidad de Módena y Reggio Emilia, en Módena, el 6 de octubre de 2016.

debate doctrinal y jurisprudencial), es decir, las desigualdades provocadas por una distribución inicua del cuidado. Tales desigualdades, en el mundo contemporáneo, están ligadas ante todo al género, pero también a otros factores, como la pertenencia nacional y de clase. No podrán ser encaradas si no se devuelve valor social a la labor del cuidado<sup>(60)</sup>. Se trata de un paso para nada obvio, que implica la puesta en tela de juicio, en el plano político, jurídico y social, de los pilares del sistema patriarcal.

Al mismo tiempo, el modelo del “Estado social de los derechos”, que a la vez es “Estado constitucional de derecho”, permite modular el riesgo de las derivas paternalistas/maternalistas e liberales a las que pueden llevar ciertas interpretaciones del paradigma de la vulnerabilidad (y del cuidado). En efecto, tal como ha recordado Ferrajoli, la igualdad, tanto formal como material, ha de ser entendida, en el modelo del Estado social de los derechos, como igualdad en los derechos<sup>(61)</sup>. La igualdad no es *octroyée*. Es la conquista, nunca alcanzada de forma definitiva, de las luchas por los derechos y, por tanto, debe ser conjugada con la autonomía. Los derechos de libertad y los derechos sociales están vinculados bajo la égida de la igualdad y se les debe acoplar también el derecho al reconocimiento de la “diferencia” en el marco de un Estado pluralista<sup>(62)</sup>. También en este punto, la reflexión feminista sobre la vulnerabilidad puede situarse de forma sinérgica, en lugar de contrapuesta, en la medida en que nos recuerda que la autonomía no debe ser entendida como una fortaleza en la que el individuo está encerrado, como una “*inner citadel*”<sup>(63)</sup>, sino que ha de ser interpretada como un concepto relacional, “en el doble sentido de que su desarrollo y ejercicio requieren un andamiaje sólido y un amplio soporte social y de que tal desarrollo y ejercicio pueden verse contrarrestados por relaciones interpersonales de explotación u opresivas y por instituciones sociales y políticas injustas”<sup>(64)</sup>. En esta perspectiva si, por un lado, ser autónomos significa estar expuestos a las relaciones sociales –y por tanto vulnerables–, por el otro, proteger frente a la vulnerabilidad implica fomentar, en la medida de lo posible, la autonomía<sup>(65)</sup>. Sin tener en cuenta que, como ha mostrado Butler, la reivindicación/manifestación de la vulnerabilidad puede ser, en algunos casos, ella misma un acto de *agency* política, una estrategia de resistencia<sup>(66)</sup>.

Las perspectivas de la vulnerabilidad y del cuidado, por tanto, pueden ayudarnos a redelinear las políticas sociales, involucrando en su planificación los actores rele-

---

(60) Sobre el tema, además del ya mencionado trabajo de Alessandra Sciarba, pueden verse los estudios publicados periódicamente en InGenere, <http://www.ingenere.it/>.

(61) En este punto *cfr.* también Mazzarese, 2006.

(62) Sobre este tema, además de Ferrajoli, 2018, se puede consultar Mazzarese, 2013.

(63) *Cfr.* Christman, 1999.

(64) Mackenzie, Rogers and Dodds, 2014, p. 17. Sobre la noción de “autonomía relacional” *cfr.* también Mackenzie and Stoljar (eds.), 2000.

(65) Mackenzie, 2000, pp. 33-59. Para Mackenzie, que parte del enfoque de las capacidades de Sen y Nussbaum, la autonomía es tanto “la *capacidad* de llevar una vida autodeterminada”, como “el *status* de ser reconocidos como agentes autónomos por los demás” (ivi, p. 41). *Cfr.* también Anderson, 2000, pp. 134-161.

(66) *Cfr.* Butler, 2016, pp. 12-27 e 2017.

vantes (y, en primer lugar, los que reciben y prestan cuidado), con el fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. Además, señalan la importancia de construir una democracia de género<sup>(67)</sup> y la necesidad de encarar los desafíos planteados por las nuevas formas de precarización (“*precarity*”). Finalmente, pueden orientar la interpretación del derecho (y de los derechos) si este pudiera presentar excesivas rigideces. Pienso, por ejemplo, en el tema de la violencia de género, en la que el reconocimiento de la vulnerabilidad como dato constante de las relaciones íntimas podría ayudar, tanto para plantear políticas de prevención, que deconstruyan las rígidas fronteras entre identidades de género, como a diseñar modelos de intervención dirigidos a contextos específicos de violencia. En este ámbito, asumir la vulnerabilidad implica, por ejemplo, conceder espacio y valor a las víctimas, construyendo redes adecuadas de atención, protección y apoyo económico<sup>(68)</sup>; ofrecer a los varones maltratadores la oportunidad de emprender caminos de cambio<sup>(69)</sup>, reconocer y suportar de forma adecuada a los hijos que viven la violencia doméstica y a los huérfanos de feminicidios, sabiendo que los traumas sufridos pueden manifestarse pasado incluso mucho tiempo. Es decir, poner en marcha una serie de estrategias que vayan más allá de la rígida lógica judicial, que a menudo acaba acusando a las víctimas y las deja sin protección.

En las distintas estrategias que el Estado podría adoptar, involucrando lo más posible a los actores no institucionales relevantes (grupos feministas, centros antiviolencia, etc.), evitando la estigmatización y poniendo en marcha políticas de prevención de largo alcance y políticas de protección y *empowerment* específicas, podría salir a relucir la figura de lo que Fineman llama un “*responsive State*”, lamentablemente muy distante de la Italia que recientemente, por su incapacidad de tutelar las víctimas de la violencia de género, ha sido condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>(70)</sup>.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

Anderson, J. (2000), “Autonomy and Vulnerability Entwined”, en C. Mackenzie and N. Stoljar (eds.), *Relational Autonomy. Feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*, Oxford and New York: Oxford University Press, pp. 134-161.

---

(67) En esta sede no puedo extenderme en las diferentes perspectivas desde las que ha sido abordado el tema; me limitaré a remitir, aparte del ya mencionado libro de Joan Tronto, *Caring Democracy*, al reciente Casadei, 2017.

(68) En la línea, por cierto, tanto de la Convención de Estambul como de la directiva UE de protección de las víctimas de delitos 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de octubre de 2012 (GUUE 14.11.2012), que ha impulsado la creación, a nivel también nacional, de redes de apoyo a las víctimas de delitos (cfr. en Italia Rete Dafne, <http://retedafne.it>).

(69) Tal como ocurre en las experiencias –lamentablemente todavía escasas en Italia– de los Centros de atención para hombres maltratadores (cfr. por ejemplo <http://www.centrouominimaltrattanti.org/>).

(70) TEDH, *Talpis vs. Italia*, 2 de marzo de 2017.

- Baccelli, L. (2012), “Assiomatizzare i diritti?”, en L. Baccelli (ed.), *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Torino: Giappichelli, pp. 37-83.
- Baccelli, L. (ed.) (2012), *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Torino: Giappichelli.
- Bauman, Z. (2004), *Wasted Lives. Modernity and its outcasts*, Cambridge: Polity Press; tr. it. *Vite di scarto*, Roma-Bari: Laterza, 2005; tr. cast. *Vidas desperdiciadas*, Barcelona: Paidós, 2005.
- Berg, M. and Seeber, B.K (2016), *The Slow Professor. Challenging the culture of speed in the academy*, Toronto, Buffalo and London: Toronto University Press.
- Bernardini, M.G. (2016), *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari fra filosofia del diritto e disability studies*, Turín: Giappichelli.
- Bernini, L. y Guaraldo, O. (eds.) (2009), *Differenza e relazione. L'ontologia dell'umano nel pensiero di Judith Butler e Adriana Cavarero*, Verona: Ombre corte.
- Burgorgue-Larsen, L. (ed.) (2014), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, París: Pedone.
- Butler, J. (2004), *Precarious Life. The powers of mourning and violence*, London and New York: Verso; tr. it. *Vite precarie. Contro l'uso della violenza come risposta al lutto collettivo*, Roma: Meltemi, 2004; tr. cast. *Vidas precarias. El poder del duelo y la violencia*, Buenos Aires: Paidós, 2004.
- Butler, J. (2009), *Frames of War. When is life grievable?*, London and New York: Verso.
- Butler, J. (2015), *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, Cambridge (MA.) and London: Harvard University Press; tr. it. *L'alleanza dei corpi: note per una teoria performativa dell'azione collettiva*, Milán: Nottetempo, 2017.
- Butler, J. (2016), “Rethinking Vulnerability and Resistance”, en J. Butler, Z. Gambetti and L. Sabsay (eds.), *Vulnerability in Resistance*, Durham (NC) and London: Duke University Press, pp. 12-27.
- Butler, J., Gambetti, Z. and Sabsay, L. (eds.) (2016), *Vulnerability in Resistance*, Durham (NC) and London: Duke University Press.
- Casadei, Th. (2017), *Diritto e (dis)parità. Dalla discriminazione di genere alla democrazia paritaria*, Roma: Aracne.
- Casalini, B. (2018), “Le teorie femministe contemporanee, dal paradigma della sovranità al paradigma della vulnerabilità”, en M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo y L. Re (eds.), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma: IF Press, pp. 27-48.
- Catania, A. (2009), “Formalizzazione del diritto e ‘disordine’ della politica: i *Principia iuris* di Luigi Ferrajoli”, en A. Catania, P. Costa y G. Preterossi, “*Principia iuris* di Luigi Ferrajoli”, *Iride*, 1, pp. 207-211.
- Cavarero, A. (2007), *Orrorismo, ovvero la violenza sull'inerte*, Milán: Feltrinelli.
- Cavarero, A. (2013), *Inclinazioni. Critica della rettitudine*, Milán: Raffaello Cortina Editore.
- Chicchi, F. y Simone, A. (2017), *La società della prestazione*, Roma: Ediesse.
- Christman, J. (ed.) (1999), *The Inner Citadel. Essays on individual autonomy*, Oxford and New York: Oxford University Press.

- Ciaramelli, F. (2013), *Consenso sociale e legittimazione giuridica. Lezioni di filosofia del diritto*, Turín: Giappichelli.
- Costa, P. (2009), “Principia iuris di Luigi Ferrajoli: Un invito alla lettura”, en A. Catania, P. Costa y G. Preterossi, “Principia iuris di Luigi Ferrajoli”, *Iride*, 1, pp. 211-217.
- Dodds, S. (2007), “Depending on Care. Recognition of vulnerability and the social contribution of care provision”, *Bioethics*, 9, pp. 500-510.
- Federici, S. (2004), *Women, The Body and Primitive Accumulation*, New York: Autonomedia; trad. cast. *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Madrid: Traficantes de sueños, 2015 (disponible en <https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/Caliban%20y%20la%20bruja-TdS.pdf>).
- Ferrajoli, L. (2002a), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, edición de E. Vitale, Roma-Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. (2002b), “Lo Stato di diritto fra passato e futuro”, en P. Costa, D. Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milán: Feltrinelli, pp. 349-386.
- Ferrajoli, L. (2007), *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vols., Roma-Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. (2012), “La logica nel diritto e nella teoria del diritto”, en L. Baccelli (ed.), *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Turín: Giappichelli, pp. 113-151.
- Ferrajoli, L. (2013), *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. (2018), *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari: Laterza.
- Fineman, M.A. (1995), *The Neutered Mother, the Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies*, New York: Routledge.
- Fineman, M.A. (2004), *The Autonomy Myth. A theory of dependency*, New York: The New Press.
- Fineman, M.A. (2008), “The Vulnerable Subject. Anchoring equality in the human condition”, *Yale Journal of Law & Feminism*, 1, pp. 1-23.
- Fineman, M.A. (2010), “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, 2, pp. 251-275; tr. it. Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile, en M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo y L. Re (eds.), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma: IF Press, pp. 141-178, 2018.
- Foucault, M. (1975), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, París: Gallimard; tr. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino: Einaudi, 1976; trad. cast. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Madrid: Siglo XXI Editores, 1986.
- Foucault, M. (2004a), *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*, París: Gallimard, Seuil; tr. it. *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milán: Feltrinelli, 2005; trad. cast. *Seguridad, territorio, población*. Madrid: Akal, 2008.
- Foucault, M. (2004b), *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, París: Gallimard, Seuil; tr. it. *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milán: Feltrinelli, 2005; trad. cast. *Nacimiento de la biopolítica*, Madrid, Akal, 2009.
- Fraser, N. und Honneth, A. (2003), *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp; tr.it. *Redistribuzione*

- o riconoscimento? Una controversia politico-filosofica*, Roma: Meltemi, 2007; trad. cast. *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid: Morata, 2006.
- Geddes, M. (2018), *La salute sostenibile. Perché possiamo permetterci un servizio sanitario equo ed efficace*, Roma: Il pensiero scientifico.
- Goodin, R. (1985), *Protecting the Vulnerable. A reanalysis of our social responsibilities*, Chicago: University of Chicago Press.
- Guaraldo, O. (2012), *Comunità e vulnerabilità. Per una critica politica della violenza*, Pisa: ETS.
- Guastini, R. (2008), “Algunos aspectos de la metateoría de *Principia Iuris*”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, pp. 253-260.
- Held, V. (1987), “Non Contractual Society”, en M. Hanen and K. Nielsen (eds.), *Science, Morality and Feminist Theory*, Calgary: University of Calgary Press, pp. 111-137.
- Kittay, E.F. (1999), *Love’s Labor. Essays on women, equality and dependency*, New York: Routledge; tr. it. *La cura dell’amore. Donne, uguaglianza, dipendenza*, Milán: Vita & Pensiero, 2010.
- Kittay, E.F. (2015), “Dependency”, en R. Adams, B. Reiss and D. Serlin (eds.), *Keywords for Disability Studies*, New York: New York University Press; tr. it. “Dipendenza”, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo y L. Re (eds.), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma: IF Press, pp. 201-210, 2018.
- Mackenzie, C. (2000), “The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability”, en C. Mackenzie and N. Stoljar (eds.), *Relational Autonomy. Feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*, Oxford and New York: Oxford University Press, pp. 33-59.
- Mackenzie, C., Rogers, W. and Dodds, S. (2014), “Introduction: what is vulnerability, and why does it matter for moral theory”, en C. Mackenzie, W. Rogers and S. Dodds (eds.), *Vulnerability. New Essays in ethics and feminist philosophy*, Oxford: Oxford University Press, pp. 1-29.
- Mackenzie, C. and Stoljar, N. (eds.) (2000), *Relational Autonomy. Feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*, Oxford and New York: Oxford University Press.
- Mazzarese, T. (2006), “Principio d’eguaglianza e diritti fondamentali: una (ri) lettura dell’articolo 3 della Costituzione”, en G. Maniaci (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milán: Giuffrè, pp. 329-360.
- Mazzarese, T. (2008), “*Principia iuris*: optimismo metodológico y reafirmación de la cultura de los derechos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, pp. 261-278.
- Mazzarese, T. (ed.) (2013), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Turín: Giappichelli.
- Pateman, C. (1988), *The Sexual Contract*, Stanford (Ca.): Stanford University Press; tr. it. *Il contratto sessuale*, Roma: Editori riuniti, 1997; trad. cast. *El contrato sexual*, Madrid, Editorial Menadés, 2019.
- Pinto, A. (2018), “Vulnerabilità: come trasformare il dato ontologico in categoria politica? Un confronto tra Adriana Cavarero e Judith Butler”, en M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo y L. Re (eds.), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma: IF Press, pp. 49-82.



- Preterossi, G. (2009), “*Principia iuris* tra normatività e potere: sullo Stato costituzionale di diritto nella teoria di Luigi Ferrajoli”, en A. Catania, P. Costa y G. Preterossi, “*Principia iuris* di Luigi Ferrajoli”, *Iride*, 1, pp. 217-224.
- Preterossi, G. (2015), *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari: Laterza.
- Re, L. (2006), *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari: Laterza.
- Roberts, A. (2017), *Gendered States of Punishment and Welfare. Feminist political economy, primitive accumulation and the law*, London and New York: Routledge.
- Rossetti, S. (2018), “La vulnerabilità tra umanesimo e post-umanesimo antisepicista”, en M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo y L. Re (eds.), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma: IF Press, pp. 83-108.
- Rosso, R. (2018), *Morte e resurrezione delle università. Dalle università del Grande Fratello alla Slow University*, Kindle Direct Publishing, edizione kindle.
- Ruet, C. (2015), “La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 102, pp. 317-340.
- Sciurba, A. (2015), *La cura servile. La cura che serve*, Pisa: Pacini.
- Timmer, A. (2013), “A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights”, en M.A. Fineman, A. Grear (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham and Burlington: Ashgate, pp. 147-170.
- Tronto, J. (1993), *Moral Boudaries. A political argument for an ethic of care*, New York: Routledge; tr. it. *Confini morali. Un argomento politico per l’etica della cura*, ed. de A. Facchi, Reggio Emilia: Diabasis, 2006.
- Tronto, J. (2013), *Caring Democracy. Markets, equality and justice*, New York and London: New York University Press.
- Yeats, N. (2009), *Globalizing Care Economies and Migrant Workers. Explorations in global care chains*, New York: Palgrave Macmillan.



# Diálogos jurídicos

-----  
**RESEÑA DE ACTIVIDADES CIENTÍFICAS**  
-----



---

## SUMARIO

- I. PUBLICACIONES INTERDISCIPLINARES DE LA FACULTAD DE DERECHO.
- II. ACTIVIDADES ACADÉMICAS ORGANIZADAS POR LAS DISTINTAS ÁREAS DE LA FACULTAD DE DERECHO.

- I. PUBLICACIONES INTERDISCIPLINARES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Desde el Decanato de la Facultad se ha impulsado la publicación de la obra colectiva **UNA CONTRIBUCIÓN A LA EUROPEIZACIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA: ESTUDIOS SOBRE LA UNIÓN EUROPEA** (ISBN: 978-84-9197-933-3), con la que rinde un merecidísimo homenaje al Profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias. El volumen, coordinado por Paz Andrés Sáenz de Santamaría y con la participación de una treintena de profesores, se estructura en seis partes dedicadas respectivamente al análisis de los cambios e interacciones en los ordenamientos jurídicos nacionales como consecuencia de la integración europea, la tutela de los derechos fundamentales, el diálogo judicial encarnado en la cuestión prejudicial, la incidencia del Derecho de la Unión en el ordenamiento español, los desarrollos recientes en el Derecho material de la Unión y, por último, algunos aspectos relacionados con la sociedad, la política y la economía en la Unión Europea.

- II. ACTIVIDADES ACADÉMICAS ORGANIZADAS POR LAS DISTINTAS ÁREAS DE LA FACULTAD DE DERECHO

**Derecho Administrativo.** Se han realizado las siguientes actividades: 1) Jornada organizada por el grupo de investigación SPAG (Servicios Públicos, Administraciones y Garantías), dirigido por Leopoldo Tolivar Alas. La Jornada tuvo lugar el pasado día 4 de octubre de 2019 en el Aula Escalonada del Edificio Histórico y se realizó en el marco del proyecto de investigación financiado por el Principado de Asturias (GRU-PIN 2018-2020 IDI/2018/000219), con el apoyo de la Facultad de Derecho y de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Sus directores fueron los catedráticos de Derecho Administrativo de esta Universidad Leopoldo Tolivar Alas y Miriam Cueto Pérez, y versó sobre “La prestación de servicios socio-sanitarios: Nuevo marco de la

contratación pública”. El programa del evento fue el que se detalla a continuación: 9:00 h. Acto inaugural con la asistencia del Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, D. José María Roca Martínez. 9:30 h. *Presentación* a cargo de D. Leopoldo Tolivar Alas, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. 10:00 h. *Gestión de servicios sociales: ámbito autonómico y local*, a cargo de D. Tomás Font i Llovet, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona. 11:00 h. *La acción concretada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público*, a cargo de Dña. Mónica Domínguez Martín, Profesora Titular acreditada de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. 12:30 h. *Recuperación del servicio público externalizado e incorporación de su personal a la Administración: a vueltas con los principios constitucionales rectores del empleo público*, a cargo de Dña. Josefa Cantero Martínez, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. 13:30 h. Presentación de comunicaciones. 16:30 h. Mesa redonda: *Problemas de gestión de servicios socio-sanitarios: nuevos planteamientos*, con Dña. Alejandra Boto Álvarez, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. Dña. Miriam Cueto Pérez, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo y Dña. Eva M.<sup>a</sup> Menéndez Sebastián, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. 18:00 h. Conferencia de clausura. *Las quejas de los ciudadanos en relación con la sanidad y los servicios sociales*, a cargo de D. Tomás Quintana López, Procurador General de las Cortes de Castilla y León y catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León.

2) Así mismo, el pasado 25 de octubre se celebró en la Facultad de Derecho el Congreso “La regulación de los algoritmos”, dirigido por Alejandro Huergo Lora, Catedrático de Derecho Administrativo y Director del Grupo de Investigación “Derecho Administrativo (DA)” de la Universidad de Oviedo, y cuyo Secretario fue Gustavo M. Díaz González, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo. Durante el Congreso hubo ocasión de debatir sobre los principales problemas que plantea la utilización de algoritmos por parte de los poderes públicos y de los operadores privados, no solo desde el punto de vista de las dificultades de implementación en este ámbito del sistema de garantías introducidas por la regulación en materia de protección de datos, sino también en relación con la indefensión que generan los límites de acceso al algoritmo, los sesgos que resultan de la automatización de las decisiones y las especificidades jurídicas de estas técnicas en sectores concretos, entre otras muchas y muy complejas cuestiones. El programa del evento fue el que se detalla a continuación: 1.– Primera sesión: Presentación del Congreso a cargo del Prof. Juan A. García Amado (Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de León). Primera ponencia: *Algoritmos y Big Data: negocios, riesgos y oportunidades*, a cargo del Prof. Alejandro Huergo Lora (Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo). Segunda ponencia: *La utilización de algoritmos en los mercados de valores: el asesoramiento financiero automatizado y sus repercusiones sobre el funcionamiento de los mercados*, a cargo del Prof. Ignacio Farrando Miguel (Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Pompeu i Fabra). Tercera ponencia: *Big Data y contrato de seguro: los datos generados por los asegurados y su utilización por los aseguradores*, a cargo de la Profesora

M.<sup>a</sup> Luisa Muñoz Paredes (Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Oviedo). Presentación de comunicaciones. 2.– Segunda sesión: Primera ponencia: *Algoritmos y Derecho electoral*, a cargo del Prof. Miguel Á. Presno Linera (Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Oviedo). Segunda ponencia: *Algoritmos y actuación policial: la policía predictiva*, a cargo del Prof. Gustavo M. Díaz González (Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo). Presentación de comunicaciones. Finalmente, clausuró el Congreso D. José García Fanjul, Decano del Colegio Oficial de Ingenieros en Informática del Principado de Asturias, que, entre otras cosas, insistió en la necesidad de la colaboración profesional en equipos multidisciplinares de los que formen parte tanto Ingenieros Informáticos como juristas. Desde esta misma perspectiva, puso en su contexto la habitual referencia a la imposibilidad de entender los algoritmos, poniendo de manifiesto que se trata de un problema técnico asequible a los profesionales especializados. En estos momentos, los intervinientes en el Congreso están redactando sus contribuciones para la publicación de una obra colectiva, dirigida por el Profesor Alejandro Huergo Lora. La intención del Grupo de Investigación “Derecho Administrativo (DA)” de la Universidad de Oviedo es la de profundizar en el estudio de esta rica problemática jurídica en el futuro, mediante el impulso de nuevas iniciativas relacionadas con esta temática. En este sentido, el Congreso del pasado 25 de octubre representa una primera aproximación a una nueva línea de investigación del equipo, que, por su novedad y por el interés que ha despertado desde muy diversos sectores, se espera que dé muchos frutos.

**Derecho Civil.** Con la finalidad de analizar y debatir acerca de la Ley 25/2015, de 28 de julio de *mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, se celebró el día 15 de marzo de 2019 en la cámara de Comercio de Oviedo la Jornada “Insolvencia del empresario y segunda oportunidad: Perspectivas de futuro”. Intervinieron como ponentes D. FERNANDO GÓMEZ POMAR (*Catedrático de Derecho Civil, Universidad Pompeu Fabra; Counsel de Uría Menéndez*) que abordó la cuestión de “La segunda oportunidad en España: una visión desde el análisis económico del Derecho”, D. FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Autónoma de Madrid; Counsel de Linklaters*) que analizó la “Propuesta de Directiva Europea y segunda oportunidad” y D.<sup>a</sup> MATILDE CUENA CASAS (*Catedrática de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid; Vicepresidenta de la Fundación Hay Derecho*) que, con una visión crítica y analítica, abordó el tema de las “Propuestas para una necesaria reforma del régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente a la luz de la Propuesta de Directiva europea”.

### **Derecho Constitucional.**

#### a. Actividades realizadas a través del Espacio Fundamentos

1.– Conferencia y seminario del profesor Andras Jakab, profesor de Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad de Salzburgo (Austria), 23 y 24 de enero de 2019.

A) Conferencia en la Junta General del Principado de Asturias: “Índice del Estado de Derecho”.

B) Seminario en la Universidad: “Razonamiento constitucional y diálogo entre tribunales”.

2.– Presentación del Volumen 10 de Fundamentos: «La evolución de los modelos territoriales: reformulación versus ruptura», con las intervenciones de los profesores Paloma Requejo Rodríguez y Santiago Muñoz Machado (director de la RAE y Catedrático de Derecho Administrativo).

3.– Conferencia y Seminario del profesor Claus Offe, profesor emérito de Sociología Política, Hertie School, Berlín, Alemania, 19 y 20 de marzo de 2019.

A) Conferencia en la Junta General: “El “cubo de la democracia liberal” bajo la embestida de los partidos populistas”.

B) Seminario en la Universidad: “El concepto de voluntad popular”.

4.– Congreso “Reforma constitucional y defensa de la democracia”, 28-31 de mayo de 2019 (en el marco conjunto de este espacio y del Proyecto REFCONDEMO).

28 de mayo: Reforma constitucional y defensa de la democracia: una cuestión dependiente del concepto de Constitución (Benito Alaéz Corral – Universidad de Oviedo); Reforma versus sustitución de la Constitución (Francisco Bastida Freijedo – Universidad de Oviedo); La reforma constitucional en el constitucionalismo español. Perspectiva normativa (Ignacio Fernández Sarasola – Universidad de Oviedo); Implicaciones de la lealtad al principio democrático para la reforma constitucional (Leonardo Álvarez Álvarez – Universidad de Oviedo); Uso y abuso del poder constituyente originario en el “neo-constitucionalismo” latinoamericano (Antonio Franco Pérez-Universidad de Oviedo);

29 de mayo: Pueblo y cambio constitucional en la Argentina y Brasil. Dimensión normativa de la regla democrática (Gustavo Ferreyra – Universidad de Buenos Aires); La democracia intangible: sobre la interpretación del art. 79.3 de la Ley Fundamental en la doctrina alemana (Ignacio Gutiérrez Gutiérrez – UNED); Reforma constitucional y estándares internacionales de derechos humanos (Luis Jimena Quesada – Universidad de Valencia); Conciencia constitucional como condición para la reforma constitucional en Polonia (Jaroslaw Sulkowski-University of Lodz); Intangibilidad de la Constitución frente al “nuevo” poder de reforma derivado del proceso de integración europea: las identidades constitucionales como manifestación de la soberanía (Tomás de la Quadra Salcedo Janini – Ministerio de Política Territorial y Función Pública); La democracia multinivel, integración supranacional y los límites al poder de reforma constitucional (Luis Gordillo Pérez – Universidad de Deusto).

30 de mayo: Polimorfismo constitucional en la reforma y su impacto sobre la defensa de la democracia (Otto Pfersmann – EHESS Paris); Cambiar el status quo: derecho de resistencia y reforma federal (Francisco Caamaño Domínguez – Universidad de Valencia); El procedimiento de reforma constitucional y las minorías parlamentarias: de la iniciativa al referéndum (Paloma Requejo Rodríguez – Universidad de Oviedo); Reformando el procedimiento de reforma constitucional desde una perspectiva de igualdad de género (María Valvidares Suárez – Universidad de Oviedo); La participación directa de la ciudadanía en el procedimiento



de reforma constitucional: ¿una exigencia de legitimidad democrática? (Miguel Presno Linera/Patricia García Majado – Universidad de Oviedo).

31 de mayo: Control de constitucionalidad de las reformas constitucionales: Protección de la democracia y espada de Damocles (Yaniv Roznai – IDC Herzliya); Control de constitucionalidad de las reformas constitucionales: ¿defensa legítima de la democracia a través de un poder contramayoritario? (Abel Arias Castaño – Universidad de Oviedo); Procedimientos de control de constitucionalidad de la reforma constitucional: viabilidad en el ordenamiento español (Camino Vidal Fueyo – Tribunal Constitucional); ¿El tribunal más poderoso del mundo? Control judicial de las reformas constitucionales en Canadá (Richard Albert – Universidad de Texas Austin); Papel de la jurisdicción constitucional como poder de reforma (Ignacio Villaverde Menéndez – Universidad de Oviedo).

b. Otras actividades realizadas dentro de Proyecto de Investigación REFCONDEMO

1.– Webinar La democracia intangible: sobre la interpretación del art. 79.3 de la Ley Fundamental en la doctrina alemana (Ignacio Gutiérrez Gutiérrez) – 15 Enero 2019, de 17:00 a 19:00 (en español) (<http://videoconferencias.uniovi.es/theintangibledemocracyontheinterpretationofart793germanba/>)

2.– Webinar Control de constitucionalidad de las reformas constitucionales: ¿defensa legítima de la democracia a través de un poder contramayoritario? (Abel Arias Castaño) – 29 Enero 2019, de 17:00 a 19:00 (en inglés) (<http://videoconferencias.uniovi.es/judicialreviewofconstitutionalamendmentsalegitimatedefens/>)

3.– Webinar Reformando el procedimiento de reforma constitucional desde una perspectiva de igualdad de género (María Valvidares Suárez) – 12 Febrero 2019, de 17:00 a 19:00 (en inglés) (<http://videoconferencias.uniovi.es/amendingtheconstitutionalamendmentprocedurefromtheperspec/>)

4.– Webinar Alternativas a la anulación de las reformas constitucionales (Richard Albert) – 12 Marzo 2019, de 17:00 a 19:00 (en inglés)

(<http://videoconferencias.uniovi.es/alternativestotheinvalidationofconstitutionalamendmentsri/>)

c. Seminarios del Área de Derecho Constitucional.

1.– Juan Álvarez Suárez (doctorando del Área de Derecho Constitucional): «La modificación del Artículo 168 CE a través del procedimiento ordinario de reforma», 25 de septiembre.

2.– Cristina Ortega (doctoranda de la Universidad de Elche que realizó una estancia de investigación en nuestro Área): «Un proyecto de investigación interdisciplinar. Inmigración, radio y hostilidad: análisis de la cobertura de las cadenas COPE y SER sobre la crisis de refugiados en Europa», 25 de octubre.

3.– Thiago Santos Rocha (doctorando del Área de Derecho Constitucional): «Derecho a la Renta Básica Universal y Estado Social. Un análisis de Derecho Constitucional Comparado entre Brasil, España y Finlandia», 29 de noviembre.

4.– Anne Meuwese (profesora visitante de la Universidad de Tilburg (Holanda): Proyectos de investigación en marcha, 13 de diciembre.

d. Actividades del Seminario de Historia Constitucional “Martínez Marina”

1.– Publicación del número 20 de la Revista Electrónica de Historia Constitucional (<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/issue/view/24/showToc>)

2.– Realización del I SEMINARIO VIRTUAL DE HISTORIA CONSTITUCIONAL, con el tema «El problema de la representación en los orígenes el constitucionalismo hispanoamericano» (15 al 30 de marzo de 2019), con la participación, entre otros, de los profesores Ignacio Fernández Sarasola, Antonio Franco Pérez y Miguel Presno Linera, de la Universidad de Oviedo e Andrés Botero Bernal, de la Universidad Industrial de Santander, Colombia)

**Derecho Financiero.** Bajo la dirección del Dr. D. José Pedreira Menéndez, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, y del Dr. D. Marcos M. Pascual González, Prof. Titular de Derecho Financiero y Tributario, se organizaron en el mes de noviembre de 2019 las *IV Jornadas de Derecho Financiero y Tributario*, versando este año sobre «Los retos de la digitalización». Las Jornadas se desarrollaron en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo. El viernes 15 de noviembre intervino la Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Málaga, la Dra. Dña. Yolanda García Calvente con su ponencia sobre «Sistema tributario: retos y oportunidades ante la transición a una Economía Circular en un mundo digital». El viernes 22 de noviembre intervino el Dr. D. Juan Ignacio Moreno Fernández, Letrado del Tribunal Constitucional y Prof. Titular de Derecho Financiero y Tributario Universidad de Alcalá, con su ponencia sobre «Los recursos tributarios ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las entradas domiciliarias de la inspección de los tributos». Las Jornadas concluyeron con la participación de D. Ricardo Álvarez Arroyo, Subdirector General de Tributos al Consumo del Ministerio de Hacienda con su ponencia sobre «Los retos de la economía digital y el Impuesto sobre el Valor Añadido».

**Derecho Internacional privado.** El 29 de marzo de 2019 se desarrolló en el Aula Magna de la Facultad de Derecho la Jornada “Derecho Internacional Privado, Orientación Sexual e Identidad de Género”, con el auspicio del Decanato de la Facultad de Derecho, de la ayuda económica del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo (EURODER-UNIOVI-IDI/2018/000187) y del Proyecto de I+D DER2017-86017-R, «Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE». La ponencia inaugural corrió a cargo de la Dra. Mónica Guzmán Zapater, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED y versó sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo en la jurisprudencia del TJUE. A continuación, se desarrolló la mesa redonda “Derecho internacional de familia y colectivo LGTBI”, moderada por el Dr. Ángel Espiniella Menéndez, Profesor titular acreditado a Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Oviedo. En ella se abordaron temas como las adopciones internacionales, a cargo de Trinidad Lebrato Torrecillas, del Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia; las gestaciones subrogadas, por el Dr. Lucas Andrés Pérez Martín, Profesor contratado doctor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria; y la filiación por posesión de estado y responsabilidad parental sin

vinculación legal, por parte de la Dra. Dolores Palacios González, Profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo.

La segunda mesa llevó por título “Reconocimiento transfronterizo e internacional del derecho a la identidad de género” y fue moderada por la Dra. Leonor Suárez Llanos, en su calidad de codirectora del Máster en Protección Jurídica de las Personas y de los Grupos Vulnerables de la Universidad de Oviedo. En esta mesa se trató la identidad y normativa autonómica, por Paz Fernández Rivera, Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Asturias; el derecho al cambio de identidad en la normativa internacional por el Dr. Javier González Vega, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Oviedo; y las inscripciones registrales, identidad única y orden público por la Dra. Pilar Jiménez Blanco, Profesora titular acreditada a Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Oviedo.

**Derecho Penal.** En el marco de diversos Proyectos de Investigación, ha organizado varias actividades académicas centradas principalmente en la violencia de género, pero que también se han ocupado de otros temas. En este sentido, mencionamos por orden cronológico la celebración el 25 de octubre de unas Jornadas de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho, tituladas *Del pasado al presente de las cárceles españolas: 40 años de la Ley Orgánica General Penitenciaria* (dirigidas por María Marta González Tascón y Luis Roca de Agapito); el 5 de noviembre de unas Jornadas sobre Violencia de Género, tituladas *Nuevos retos en la intervención social y jurídica frente a la violencia contra las mujeres* (dirigidas por Javier Gustavo Fernández Teruelo); el 11 de noviembre de las V Jornadas sobre Metodología y Política Criminal en el Sistema Penal, tituladas *Feminismo y Política Criminal* (dirigidas por José Manuel Paredes Castañón); y el 18 de noviembre de otras Jornadas sobre Violencia de Género, tituladas *Reflexiones sobre la Violencia de Género a la luz del Pacto de Estado* (dirigidas por Sonia Victoria Villa Sieiro).

**Derecho Procesal.** Para el conjunto del Área de Derecho Procesal, el año 2019 ha sido especialmente fructífero en cuanto a actividad académica. Dejando al margen la participación en congresos y jornadas, las diversas publicaciones y la impartición de cursos en PUMUO y en Extensión Universitaria, hay que destacar que, como Grupo de Investigación Emergente, ha sido beneficiado con un proyecto financiado por la propia Universidad de Oviedo, en el marco del cual se organizaron las I Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, que versaron sobre la prueba ilícita. Dicha actividad fue dirigida por el catedrático Agustín Pérez-Cruz Martín y en ella participaron ponentes nacionales e internacionales de reconocido prestigio, entre los que cabe mencionar a Cándido Conde-Pumpido Tourón, magistrado del Tribunal Constitucional.

**Derecho Romano.** –Participación en una de las mesas de las XI Jornadas de Innovación Docente de la Universidad de Oviedo, celebradas en Mieres el 16 de enero de 2019.

–Organización del “Curso Internacional de Metodología, Investigación e Innovación Docente en la época de la globalización jurídica”, celebrado en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo los días 8 y 9 de abril

de 2019 ([http://www.uniovi.es/comunicacion/duo/convocatorias/-/asset\\_publisher/cxX13ntusT2E/content/id/24349835](http://www.uniovi.es/comunicacion/duo/convocatorias/-/asset_publisher/cxX13ntusT2E/content/id/24349835)).

–Organización del “XXI Congreso Internacional y XXV Iberoamericano de Derecho Romano: Fundamentos romanistas del Derecho de los países europeos e iberoamericanos”, celebrado en el Edificio Histórico de la Universidad de Oviedo los días 10, 11 y 12 de abril de 2019 (<https://www.unioviedo.es/ciderom/>).

**Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.** En primer término, el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, participó en colaboración con la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Asociación Portuguesa de Derecho del Trabajo, en la organización del IV Encuentro Ibérico de Derecho del Trabajo, que tuvo lugar en Oviedo durante los días 28 y 29 de marzo de 2019, organizado. La actividad contó con el patrocinio de la Dirección General de Trabajo del Principado de Asturias y del Excelentísimo Colegio Oficial de Graduados Sociales de Asturias. El Encuentro llevará por título “Los Convenios de la OIT: su incidencia en los ordenamientos de Portugal y España”, enmarcándose así en la conmemoración del Centenario de la Organización Internacional del Trabajo. La conferencia inaugural sobre La legislación laboral internacional: mandato y función de la OIT, corrió a cargo de Joaquín García Murcia, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. A ella siguieron otras conferencias de enorme interés: –Los Convenios fundamentales de la OIT: recepción normativa y dificultades de aplicación (Ana Rosa Argüelles Blanco, y Guilherme Dray); –Trabajo a domicilio, trabajo doméstico y trabajos de cuidado (Carmen Grau Pineda y Catarina Carvalho), –El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT (David Carvalho Martins y Miguel Basterra Hernández); –Violencia y acoso en el trabajo: ¿un nuevo instrumento internacional de la OIT? (José Antonio Fernández Avilés e Isabel Vieira Borges), –Conferencia de clausura (Maria do Rosário Palma).

De otra parte, el Área de Derecho del Trabajo y el Área de Derecho Internacional Privado acogieron el Seminario «Current Issues on Free Movement of Workers», actividad adscrita al Proyecto DER 2017-86017 «Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE» y al Grupo de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo IDI/2018/000187 (dirigidos por los Profesores Pilar Jiménez Blanco y Ángel Espiniella Menéndez), y que tuvo lugar el día 6 de noviembre. Su impartición corrió a cargo del Dr. Giacomo Pailli, de la Universidad de Florencia, presentado por el Profesor Diego Álvarez Alonso, de la Universidad de Oviedo.

Por último, el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo participó en la organización del Seminario «Digitalization, Robotization and the Future of Employment and Industrial Relations: sharing experiences from Japan and Europe» («Digitalización, robotización y futuro del trabajo: compartiendo la experiencia japonesa y europea»), celebrado en Madrid el 2 de diciembre de 2019, con el Profesor Ignacio González del Rey Rodríguez como miembro del Comité Científico y el Profesor Diego Álvarez Alonso como Director del evento, junto al Profesor Daniel Pérez del Prado (Universidad Carlos III de Madrid). En él se abordó el impacto de las nuevas tecnologías digitales y de la robótica en el empleo, la regulación del trabajo, las relaciones laborales y la protección social, en perspectiva comparada, y con la intervención de ponentes procedentes de Japón, España y otros países europeos.

# 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



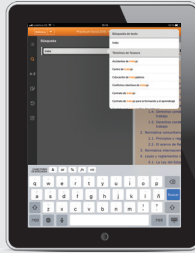
the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

# FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



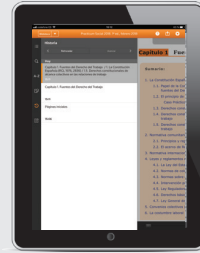
## **SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS**

Haces anotaciones y escojes los colores para organizar tus notas y subrayados.



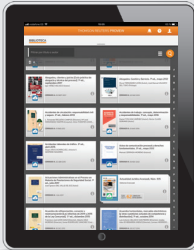
## **USAS EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN**

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.



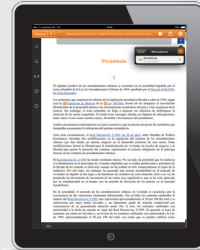
## **ORDENAR**

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.



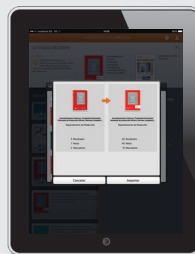
## **MARCADORES DE PÁGINA**

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.



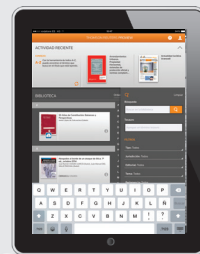
## **BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA**

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](http://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](http://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.

