



universidad  
de león



# REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN



Facultad de Derecho

2016

3  
número





universidad  
de león



# REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho  
Universidad de León

# 3

2016

ISSN: 1137-2702

Revista Jurídica de la Universidad de León  
Facultad de Derecho  
Universidad de León  
Campus de Vegazana, s/n  
24071 León (España)

revistajuridicaule@unileon.es  
Soporte técnico: journals@unileon.es  
© Universidad de León, Área de Publicaciones  
© Los autores

I.S.S.N: 1137-2702 (Ed. impresa)  
I.S.S.N: 2529-8941 (Internet)  
Depósito Legal: LE-196-1997  
Editada por el Área de Publicaciones de la Universidad de León

## **EQUIPO EDITORIAL**

### **PRESIDENTE**

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de León

### **DIRECTOR**

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de León

### **SECRETARIA**

ISABEL DURÁN SECO. *Derecho Penal*  
Universidad de León

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

### **Miguel Ángel Alegre Martínez**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional*  
Universidad de León

### **Aurelia Álvarez Rodríguez**

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de León

### **Fernando de Arvizu y Galarraga**

*Catedrático de Historia del Derecho*  
Universidad de León

### **Romualdo Bermejo García**

*Catedrático de Derecho Internacional Público. Vicedecano de la Facultad de Derecho*  
Universidad de León

### **Miguel Díaz y García Conlledo**

*Catedrático de Derecho Penal. Director del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa*  
Universidad de León

### **María Angustias Díez Gómez**

*Catedrática de Derecho Mercantil*  
Universidad de León

### **Isabel Durán Seco**

*Profesora Contratada Doctor de Derecho Penal. Secretaria de la Facultad de Derecho*  
Universidad de León

### **Juan José Fernández Domínguez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho*  
Universidad de León

### **Javier Fernández-Costales Muñiz**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director de la Revista Jurídica de la Universidad de León*  
Universidad de León

### **Antonio García Amado**

*Catedrático de Filosofía del Derecho*  
Universidad de León

**Piedad González Granda**

*Catedrática de Derecho Procesal*  
Universidad de León

**Pilar Gutiérrez Santiago**

*Catedrática Acreditada de Derecho Civil*  
Universidad de León

**María Josefa Marciel Briso-Montiano**

*Responsable de la Biblioteca de Derecho*  
Universidad de León

**María Teresa Mata Sierra**

*Catedrática Acreditada de Derecho Financiero*  
Universidad de León

**Marta Ordás Alonso**

*Profesora Titular de Derecho Civil. Directora del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa*  
Universidad de León

**Paulino César Pardo Prieto**

*Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad de León

**Tomás Alberto Quintana López**

*Catedrático de Derecho Administrativo*  
Universidad de León

**Susana Rodríguez Escanciano**

*Catedrática de Derecho del Trabajo*  
Universidad de León

**Salvador Tarodo Soria**

*Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Vicedecano de la Facultad de Derecho*  
Universidad de León

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**José João Abrantes**

*Catedrático de Derecho del Trabajo*  
Universidad Nova de Lisboa (Portugal)

**Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano**

*Catedrático de Derecho Civil*  
Universidad Autónoma de Madrid (España)

**Carlos Bernal Pulido**

*Catedrático de Filosofía del Derecho*  
Macquarie Law School Sydney (Australia)

**José Manuel Busto Lago**

*Catedrático de Derecho Civil*  
Universidad de A Coruña (España)

**Alfonso Luis Calvo Caravaca**

*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
Universidad Carlos III. Madrid (España)

**María Emilia Casas Baamonde**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Expresidenta del Tribunal Constitucional*  
Universidad Complutense de Madrid (España)

**Adoración Castro Jover**

*Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad del País Vasco (España)

**Faustino Cavas Martínez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho*  
Universidad de Murcia (España)

**Luis E. Chiesa**

*Catedrático de Derecho Penal. Director del Buffalo Criminal Law Center*  
State University of New York (SUNY), (Buffalo,-EE:UU.)

**Ricardo Colín García**

*Director del CU*  
Universidad Autónoma del Estado de México (Texcoco, México)

**Santos Coronas González**

*Catedrático de Historia del Derecho*  
Universidad de Oviedo (España)

**Mariano Cubillas Recio**

*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad de Valladolid (España)

**Maty Diakhaté**

*Maître de Conférences-HDR en Droit Privé. Coordinatrice du Réseau de Recherche en Sciences Sociales SMIG*  
Université Paris VIII Vincennes Saint-Dennis (Francia)

**Francisco Fernández Segado**

*Catedrático de Derecho Constitucional*  
Universidad Complutense de Madrid (España)

**Federico F. Garau Sobrino**

*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de Islas Baleares (España)

**Benjamín González Alonso**

*Catedrático Emérito de Historia del Derecho*  
Universidad de Salamanca (España)

**Luis Greco**

*Catedrático de Derecho Penal*  
Universität Augsburg (Alemania)

**Luis Jimena Quesada**

*Catedrático de Derecho Constitucional*  
Universidad de Valencia (España)

**Gyorgy Kiss**

*Professor in Labour Law and Social Security Law. Dean of the Faculty of Law*  
National University of Public Service Hungary (Budapest, Hungría)

**Diego Manuel Luzón Peña**

*Catedrático de Derecho Penal*  
Universidad de Alcalá (Madrid, España)

**Dionisio Llamazares Fernández**  
*Catedrático Emérito de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad Complutense de Madrid (España)

**Pilar Maestre Casas**  
*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de Salamanca (España)

**Manuel Jesús Marín López**  
*Catedrático de Derecho Civil*  
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

**Philippe Martin**  
*Directeur de Recherche au CNRS*  
Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, Université Bordeaux (Francia)

**Inés Olaizola Nogales**  
*Catedrática de Derecho Penal*  
Universidad Pública de Navarra (España)

**Joan Oliver Araujo**  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
Universidad de Islas Baleares (España)

**José Manuel Paredes Castañón**  
*Catedrático de Derecho Penal*  
Universidad de Oviedo (España)

**Benjamín Rivaya García**  
*Catedrático Acreditado de Filosofía del Derecho*  
Universidad de Oviedo (España)

**Andrés Rodríguez Benot**  
*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España)

**Antonio Vicente Sempere Navarro**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Magistrado del Tribunal Supremo*  
Universidad Rey Juan Carlos (España)

**Juan Oberto Sotomayor Acosta**  
*Catedrático de Derecho Penal*  
Universidad EAFIT (Medellín, Colombia)

**Gustavo Suárez Pertierra**  
*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad Nacional a Distancia (España)

**Marina Vargas Gómez Urrutia**  
*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*  
Universidad Nacional a Distancia, UNED (España)

**Leandro Vergara**  
*Catedrático de Derecho Civil*  
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

**Javier de Vicente Remesal**  
*Catedrático de Derecho Penal*  
Universidad de Vigo (España)

## **EVALUADORES DE LA REVISTA**

**Henar Álvarez Cuesta**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de León

**María Jesús Ariza Colmenarejo**

*Profesora Titular de Derecho Procesal*  
Universidad Autónoma de Madrid

**Juan Damián Moreno**

*Catedrático de Derecho Procesal*  
Universidad Autónoma de Madrid

**Yolanda García Ruíz**

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad de Valencia

**David Lantarón Barquín**

*Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Cantabria

**Ana Leturia Navaroa**

*Profesora Agregada de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad del País Vasco

**María Victoria Mayor del Hoyo**

*Profesora Titular de Derecho Civil*  
Universidad de Zaragoza

**Mercedes Murillo Muñoz**

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad Rey Juan Carlos

**Marta Ordás Alonso**

*Profesora Titular de Derecho Civil*  
Universidad de León

**Albert Pastor Martínez**

*Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad Autónoma de Barcelona

**Salvador Tarodo Soria**

*Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad de León

**Raquel Tejón Sánchez**

*Profesora Ayudante de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad Carlos III de Madrid



# REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho  
Universidad de León

ISSN 1137-2702

Núm. 3

2016

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

	<u>Página</u>
<b>A) Artículos doctrinales</b>	1-67
<b>Luis Enrique de la Villa Gil</b> ¿Está en verdad depauperado el Derecho del Trabajo? Conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort	3-6
<b>Giuseppina Pensabene Lioni</b> El personal directivo público a la luz de la última reforma de la administración pública italiana	7-25
<b>Margarita Simarro Pedreira</b> El nuevo motivo del recurso de revisión (especial referencia en el Orden Jurisdiccional Penal)	27-54
<b>Marina Morla González</b> ¿Salud o dinero? La tensión dialéctica entre los derechos sobre el medicamento	55-67
<b>B) Comentarios de sentencias</b>	69-102
<b>Carmen Montesinos Padilla</b> El aval constitucional de la expulsión de los “sin papeles” de la sanidad pública (o de la STC 139/2016, de 21 de julio)	71-81
<b>Zoraida Lucia Becerra Becerra</b> La obligación de reparar como principio del Derecho Internacional: Sentencia sobre el fondo del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto la fábrica de Chorzow (reclamación por indemnización de Alemania c. Polonia, del 13 de septiembre 1928)	83-91
<b>Rubén Pérez Cordón</b> Cláusulas suelo ¿y ahora qué? Análisis de las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 y del Real Decreto Ley 1/2017 sobre las reclamaciones judicializadas	93-102

	<u>Página</u>
<b>C) Recensiones de libros y bibliografía</b>	103-109
<b>Patricia Prieto Padín</b> <i>Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo.</i> Henar Álvarez Cuesta	105-106
<b>Natalia Ordoñez Pascua</b> <i>Aplicación práctica de la coordinación de actividades empresariales en materia preventiva.</i> Javier Fernández-Costales Muñiz	107-108
<b>D) Noticias de interés jurídico-académico</b>	109-273
Palabras pronunciadas por el Prof. Dr. Tomás Quintana López con motivo de la Lección de despedida dictada por el Profesor Dr. Francisco Sosa Wagner	111-113
Coloquios Triangulares y su proyección Innovadora (Service-Learning) al ámbito Universitario y a la Sociedad	115-118
Actas del III Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho	119-162
Actas de la Jornada Técnica sobre “Salud mental de los trabajadores en el tejido empresarial de Castilla y León: estrategias preventivas y tutela reparadora”	163-174
Actas de las Jornadas “Siniestralidad y morbilidad laboral en carretera. Especial referencia a factores subjetivos (edad, género, discapacidad, tipo de relación de trabajo) y a propuestas de reducción”	175-214
Relatorías de las II Jornadas Nacionales de Derecho y Ciberseguridad	215-241
Actas del III Seminario “Sobre relaciones jurídicas internacionales: el reto de la integración de los inmigrantes y su repercusión en la unión europea”. Actividades realizadas en el curso de verano “Status jurídico de los extranjeros en la UE y su implicación en las políticas de integración” Actividades en el seno del IV seminario “Sobre relaciones jurídicas internacionales: avances y retrocesos en la política migratoria europea”	243-269
Cartel y comunicaciones del Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal 2016	271-273
Normas de publicación	275-278

---

**SUMMARY**

	<u>Página</u>
<b>A) Doctrinal articles</b>	1-67
<b>Luis Enrique de la Villa Gil</b> Is Labor Law really depleted? Conference given by the sponsor of the annual promotion of the Faculty of Law on the day of the feast of St. Raimundo de Peñafort	3-6
<b>Giuseppina Pensabene Lioni</b> The public management since the last italian public administration reform and after the n. 251/2016 ruling of the Constitutional Court	7-25
<b>Margarita Simarro Pedreira</b> The new reason for the review remedy (special reference in the Criminal Jurisdiction Order)	27-54
<b>Marina Morla González</b> ¿Health or money? The dialectic tension over medicine rights	55-67
<b>B) Sentences Comments</b>	69-102
<b>Carmen Montesinos Padilla</b> The constitutional endorsement of the expulsion of the "undocumented" from public health (or STC 139/2016, July 21)	71-81
<b>Zoraida Lucia Becerra Becerra</b> The obligation of reparation as a principle of the International Law: The Permanent Court of International Justice Judgment in the case of "The factory at Chorzow". (Indemnity Claim) (Germany vs. Poland), (September 13th, 1928)	83-91
<b>Rubén Pérez Cerdón</b> Floor clauses, what to expect? Analysis of the consequences of the Sentence of the European Court of Justice of December 21 <sup>st</sup> 2016 and the Royal Decree-Law 1/2017 on judicially processed claims	93-102
<b>C) Book records and bibliography</b>	103-109
<b>Patricia Prieto Padín</b> <i>Green Jobs: an approach from Labor Law.</i> Henar Álvarez Cuesta	105-106
<b>Natalia Ordoñez Pascua</b> <i>Practical application of the coordination of business activities in preventive matter.</i> Javier Fernández-Costaes Muñiz	107-108

	<u>Página</u>
<b>D) News of legal and academic interest</b>	109-273
Words pronounced by Prof. Dr. Tomás Quintana López on the occasion of the Farewell Lesson dictated by Professor Dr. Francisco Sosa Wagner	111-113
Triangular Colloquia and its Innovative (Service-Learning) projection to University and Society	115-118
Proceedings of the Third International Colloquium of Law Researchers	119-162
Proceedings of the Technical Conference on “Mental health of workers in the business community of Castilla y León: preventive strategies and restorative protection”	163-174
Proceedings of the Conference “Accident rate and labor morbidity on the road. Special reference to subjective factors (age, gender, disability, type of employment relationship) and reduction proposals”	175-214
Rapporteurships for the First National Conference on Law and Cybersecurity	215-241
Proceedings of the III Seminar “On International Legal Relations: The Challenge of Integrating Immigrants and Their Impact on the European Union”. Activities carried out during the summer course “Legal status of foreigners in the EU and their involvement in integration policies” Activities at the 4 <sup>th</sup> seminar "On international legal relations: progress and setbacks in European migration policy"	243-269
Poster and communications of the Seminar of Philosophy of Law and Criminal Law 2016	271-273
Guide to getting published	275-278

## A) ARTÍCULOS DOCTRINALES



## ¿ESTÁ EN VERDAD DEPAUPERADO EL DERECHO DEL TRABAJO?

Luis Enrique de la Villa Gil

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Conferencia pronunciada el 20 de enero de 2017 en el Aula Magna del Rectorado de la Universidad de León con motivo de la Festividad de San Raimundo de Peñafort

En el año 1859, el gran escritor Charles Dickens (1812-1870) publicó la novela *Historia de dos Ciudades*, cuyas primeras palabras han dado lugar a permanentes reproducciones y comentarios ...

*“Era el mejor de los tiempos, era el peor de los tiempos. La edad de la sabiduría y también de la locura; la época de las creencias y de la incredulidad; la era de la luz y de las tinieblas; la primavera de la esperanza y el invierno de la desesperación. Todo lo poseíamos, pero no teníamos nada”...*

Algo tan aparentemente contradictorio no lo era en verdad si se adoptaba la precaución de relativizar las afirmaciones incompatibles conforme a la proyección de la realidad sobre las mismas. Efectivamente, de modo simultáneo, en determinadas latitudes o circunstancias, podíamos estar ante el mejor de los tiempos y en otras distintas en el peor de éstos; e, incluso en las mismas latitudes o circunstancias, diversificar las valoraciones en sentidos opuestos.

Pues bien, lo mismo cabría decir del Derecho del Trabajo, un ordenamiento nacido hace poco menos de siglo y medio y desarrollado desigualmente en las distintas zonas o regiones del universo. Incluso en las más propicias a su desenvolvimiento proteccionista, las tres primeras décadas contemplan un ordenamiento que lucha por su identidad entre el derecho privado y el derecho público, con el balance de una reducidísima tutela a ciertos segmentos de los obreros de la industria. Tanta era la desconfianza de los poderes públicos y de las clases acomodadas, que la respuesta más extendida fue la de hacer oídos sordos antes las nuevas obligaciones heterónomas, hasta el punto de que, por ejemplo en España, ciertas disposiciones legales limitativas de la jornada de trabajo de los niños de diez años hubieron de publicarse más de una vez en la Gaceta para recordar que se encontraban en vigor. Y qué decir de la protección social, apéndice por entonces del Derecho del Trabajo, reducida a un

seguro de accidentes de trabajo basado en la responsabilidad y presumida solvencia empresarial y a un seguro para el retiro obrero tan mísero que se conocía como de la “perra gorda”, la décima parte de una peseta, o sea menos de un céntimo de euro. En lo demás, la mendicidad o la beneficencia.

Con los años, sin embargo, tan sorprendente ha sido el desarrollo del Derecho del Trabajo y del Derecho de Protección Social en Occidente que resulta imposible la comparación con aquellos primeros tiempos y con su evolución durante casi un siglo más. El punto de inflexión es sin duda el fin de la segunda guerra mundial, cuando la confluencia de una serie de factores –la convicción de la fragilidad humana sin la tutela del Estado y los dólares del Plan Marshall, sobre todo– dieron paso a la idea de conseguir un “bienestar social” generalizado, traducido en la protección efectiva de todo trabajador –salarios progresivamente más altos y jornadas progresivamente más bajas– y en la cobertura de sus necesidades individuales y familiares ... “desde la cuna hasta la sepultura”.

Es claro que esta tendencia de protección laboral y social integral ha sufrido altibajos y que en estos últimos años se ha padecido, como en otros periodos anteriores, el efecto de las “vacas flacas”, una vez que la economía regional, nacional –y, cada vez más, universal también por el fenómeno globalizador–, se rige inexorablemente por un ciclo en el que alternan periodos de prosperidad y periodos de crisis, con sus estadios intermedios de resurgimiento y depresión. De ahí que la medición del nivel de la protección laboral y social, o del bienestar de las poblaciones, haya de hacerse de modo conjunto y compensador en amplios periodos de tiempo, sin disgregar reformas anecdóticas que, en un momento dado, significan un retroceso contingente, incapaz por sí solo de alterar la evolución rotundamente positiva en la acumulación de los derechos laborales y sociales, incomparablemente superior a la conseguida en cualquier otra fase de la historia.

Es un test que resiste cualquier comparación y que permite negar, si referida la conclusión a España, que en fase pretérita alguna haya habido quince años seguidos con una protección laboral y social mejor que la conocida en 2017, pese a las cuestionables reformas del quinquenio 2008-2012. Porque en verdad, hasta 1978 el ordenamiento español no ha respetado los derechos humanos de los ciudadanos, sin conseguir tampoco un modo de vida democrático. La II República intentó ambas cosas, pero su debilidad institucional, primero, y el alzamiento militar después, hicieron ilusoria la consolidación de aquellos bienes. El franquismo, a su vez, sustituyó los derechos constitucionales por normas programáticas cuyo límite de cumplimiento se encontraba en la conveniencia del poder político congregado en una sola persona. Es precisamente en la transición cuando se ratifican por vez primera las grandes declaraciones universales y regionales de derechos humanos, sin que sea necesario recordar el catálogo de ellas ante un público universitario culto e informado al que se dirige esta breve exposición.

Importante es que el Estado nacional asuma compromisos inabdicables respecto de los derechos humanos y que establezca los órganos y los procedimientos imprescindibles para su efectividad. Pero más importante si cabe es la existencia de dos círculos normativos concéntricos de ámbito superior al nacional que impiden las

abdicciones y fortalecen el sistema estatal, círculos que en gran parte de los países europeos son tres: las normas e instituciones del Derecho de la Unión Europea, las normas e instituciones del Derecho Europeo en torno al núcleo del Consejo de Europa y, finalmente, las normas e instituciones de las Naciones Unidas.

Puede localizarse, efectivamente, algún momento histórico en el que, por ejemplo, la indemnización por el despido disciplinario declarado improcedente alcanzaba el parámetro de sesenta días por año de antigüedad, siempre que se recuerde que el trabajador que se afiliaba a un sindicato no oficial iba a la cárcel. De manera que en ninguno de esos periodos o ejemplos referenciales conviene dejarse deslumbrar por los fogonazos de coyunturas políticas pasajeras, ya que en ellas no cabía contabilizar como ahora la impregnación –interpretación y aplicación– de todos los derechos laborales y sociales con sujeción a los principios desconocidos hasta la transición a la democracia en España, a saber, los principios de igualdad ante la ley, no discriminación, tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad, libertad sindical, derecho de huelga y de negociación colectiva, etc. Principios que aplican con rigor –salvo excepciones aisladas– los tribunales nacionales, sujetos a través de diversas vías a la corrección y control de los dos grandes Tribunales Internacionales de Estrasburgo y de Luxemburgo, que con sus sentencias obligan a los Estados nacionales a depurar sus leyes y las conductas desviadas de los grandes derechos a cuya defensa se consagran.

Por encima de las reformas laborales y sociales sujetas a la coyuntura económica, y a la dinámica del *corso* y del *ricorso*, los ordenamientos nacionales se caracterizan globalmente, en nuestro mundo occidental de hoy, por la paulatina simultaneidad del engrandecimiento de los derechos a cargo de los empleadores –el ejemplo de la prevención profunda de los riesgos profesionales es desde luego paradigmático– y el empequeñecimiento de las obligaciones a cargo de los trabajadores, con jornadas más bajas, mayores descansos, vacaciones anuales más largas y salarios no impuestos por los poderes públicos sino fijados negociadamente por sus representantes y por los representantes empresariales.

El salto operado en los mecanismos de representación legal de los trabajadores en la empresa, a cargo de órganos superpuestos de la propia empresa o centro de trabajo –abstracción hecha de la pertenencia o no a sindicatos constituidos– y de ámbito propiamente sindical, ha transformado profundamente la constitución y ejecución de relaciones laborales, con fuertes garantías destinadas a posibilitar una defensa independiente, y no empresarialmente condicionada, de los derechos de los trabajadores representados.

Qué decir a la vez de la apertura insólita del campo protector del Derecho laboral, que de empezar protegiendo a los obreros manuales de la industria, a la vez que ha ampliado la tutela objetiva o material de derechos, ha ido extendiendo su ámbito subjetivo a todas las personas que realizan una actividad retribuida, dependiente y por cuenta ajena, alrededor del 75% de la población activa. Y no solo eso, sino que sin perder su naturaleza de derecho de clase –la clase trabajadora– ha iniciado ya la exportación de los contenidos de sus disposiciones protectoras a los trabajadores que realizan la actividad retribuida independientemente y/o por cuenta propia, haciendo

realidad las previsiones de los más soñadores laboristas –Paul Durand en Francia o Gaspar Bayón en España– urdidores de la idea de un futuro derecho de la actividad profesional en su conjunto.

En el campo de los antiguos seguros sociales o de la previsión social, el tránsito ha sido aún más espectacular a partir de la concepción de una seguridad social universalista que se ha ido traduciendo ya, en los países occidentales de riqueza media, es un verdadero derecho de la protección social. Un derecho visible en el ordenamiento español, cada vez más desvinculado del ordenamiento laboral y que puede representarse como un vasto lago con tres fuentes de alimentación, equivalentes a tres auténticos sistemas de cobertura : el sistema de seguridad social, para facilitar prestaciones económicas en casos de pérdida o disminución de rentas, financiadas con las aportaciones económicas llamadas cuotas de los empresarios y de los trabajadores; el sistema de salud, para garantizar la sanidad preventiva, reparadora y rehabilitadora del ciudadano, superando la noción del asegurado y financiado por tanto con recursos públicos; y el sistema de asistencia social, soportado en recursos públicos también, pero completados por otros recursos privados de muy variada etiología, con la misión de llegar allí donde no llegan los otros dos sistemas en los casos de necesidad extrema, económica y sanitaria. O sea, las tres cosas que debe haber en la vida –salud, dinero y amor– como ilusionadamente cantábamos, en pegadiza tonadilla procedente de la Argentina, los niños que cual yo mismo teníamos diez años en la depauperada España de los cuarenta del pasado siglo.

Ordenamiento a ordenamiento se pueden criticar actualmente fisuras en el ordenamiento laboral de cualquier país y, paralelamente, en esos tres sistemas de protección social, fisuras que se acentúan en momentos de muy adversa coyuntura económica. Pero la entrada en escena de dispositivos apenas conocidos con esa generalidad ahora alcanzada en los ordenamientos de medio siglo atrás, incluso en los Estados nacionales de mayor riqueza y justicia distributiva, permite concluir también desde esa óptica que laboral y socialmente la protección de los trabajadores y de los ciudadanos nunca ha sido comparable a la que, por ejemplo, se encuentra hoy instalada en el mundo occidental y, más concretamente, en el marco de la Unión Europea.

Sean, pues, bienvenidas las críticas realistas que pretenden justificadamente superar las fisuras que abre en ese modelo socio-laboral de los nuevos tiempos la crisis económica y hasta la ideología menos progresiva en espacios nacionales concretos, a costa, eso sí, de que se reconozca al mismo tiempo que nunca la historia pasada ha ensayado con fruto mecanismos de aquella naturaleza socio-laboral comparables a los actuales. Incluso afamados sociólogos y economistas se arriesgan a defender que en los países infra desarrollados –no asolados por guerras tribales o tragedias similares– nunca sus ciudadanos han vivido mejor que han llegado a vivir en el mundo de nuestros días, aunque sus condiciones de vida sigan siendo malas y hasta pésimas.

## EL PERSONAL DIRECTIVO PÚBLICO A LA LUZ DE LA ÚLTIMA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ITALIANA Y TRAS LA SENTENCIA N. 251/2016 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Giuseppina Pensabene Lioni**

Dottore di ricerca in Diritto Privato (Sez. Diritto del Lavoro)

Università degli Studi di Palermo

Doctora en Derecho (Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)

Universidad de Valencia

Professore a contratto (IUS/07), Università degli Studi di Palermo

Avvocato

### Resumen

Las normas contenidas en la Ley n. 124/2015 (“Reforma Madia”) abren un nuevo período de reformas del empleo público italiano, según los (proclamados) principios de simplificación, flexibilidad y unidad. Las previsiones concernientes al personal directivo público contenidas en el art. 11 de la citada Ley y en el esquema de decreto legislativo aprobado el 26 agosto de 2016 suscitan especial interés. Entre ellas, destacan las relativas a la unificación de los “ruoli dirigenziali” y a la abolición de las “due fasce”; no sólo por su alcance innovador, sino también por las conexas consecuencias que de ellas derivan y que se reflejan tanto en las modalidades de selección de dicho colectivo (aún en el ámbito de la especificidad de cada una de las “ramas” de la Administración Pública), como en la asignación del puesto y en el sistema de atribución de los cargos directivos. Se señalan pues los aspectos de mayor criticidad de la nueva regulación, sobre todo bajo el perfil de las responsabilidades, de la eficacia de las funciones públicas y de la armonía constitucional; pudiendo derivar este “hipernormativismo” en una disminución de tutelas efectivas. Todo ello sin abandonar un enfoque crítico sobre la “evanescencia” de dicha reforma que todavía no ha entrado en vigor, puesto que el Tribunal Constitucional italiano, con la sentencia n. 251 del 25 de noviembre de 2016, ha declarado la inconstitucionalidad, entre otras normas, del citado art. 11.

#### ■ Palabras clave:

Personal; Directivo; Público; Reforma; Ordenamiento; Jurídico; Italiano; Empleo; Cargo; Comisión; Independiente; Responsabilidad; Gerencial; Acceso; Unificación; Sector; Sistema de botín; Cese; Discrecionalidad; Política; Administración; Acceso; Función; Oposición; Concurso; Formación; Tribunal Constitucional

## Abstract

■ **Keywords:**

Public; Directive;  
 Management; Reform;  
 Jobs Act; Heads;  
 Administration;  
 Flexibility;  
 Simplification;  
 Duration;  
 Constitutional; Court;  
 Italian; Law; System;  
 Labour; Employment

This paper examines the provisions contained in Law n. 124/2015, that opened a new season of reforms for the Italian public labour, in accordance with the (declaimed) principles of simplification, flexibility and unity. It is worth highlighting the legal framework provided by article 11 and by the decree law approved last August, in particular focusing on the unification of directive roles and the abolition of the two executive classes. The innovative character of the recently mentioned article (which was affected by the n. 251/2016 ruling of the Constitutional Court), has also affected the process for the selection of executives in the different areas of the Public Administration; hence, the new norms have adjusted the procedure for the assignment of roles and entrustment of the

heads of the Administration. All of this it is examined without leaving a critical view of this reform that has not been approved yet.

I. La posición central ocupada por el personal directivo en el atormentado proceso de reforma del empleo público italiano – II. La unificación del sector directivo – III. Nuevas reglas para la atribución del cargo directivo y el papel crucial de la Comisión independiente – IV. Apuntes sobre el nuevo sistema de acceso a la función directiva – V. Algunos “retoques” al sistema de responsabilidad gerencial de los directivos públicos – VI. A modo de conclusión – Bibliografía

## I. LA POSICIÓN CENTRAL OCUPADA POR EL PERSONAL DIRECTIVO EN EL ATORMENTADO PROCESO DE REFORMA DEL EMPLEO PÚBLICO ITALIANO

El empleo público italiano ha sido objeto de reformas continuas, que siempre han interesado, directamente o indirectamente, el personal directivo. De hecho, en todos los intentos de innovación y modernización administrativa que se han puesto en marcha, la dirigencia pública ha ocupado una posición central, repensándose su régimen jurídico plúrimas veces. Tras la “privatización del empleo público”<sup>1</sup> de los

<sup>1</sup> A grandes rasgos, la privatización del empleo público italiano planteó la reestructuración de la dirección pública en clave empresarial, extendiendo las normas de derecho laboral privado (tanto legales como estatutarias) y las fuentes contractuales (tanto individuales como colectivas) al sector público del trabajo. En consecuencia, el contencioso judicial en materia fue sustraído de la competencia del juez administrativo y dirigido a la del juez de lo social. Sobre dicho fenómeno la bibliografía es muy extensa; se recuerdan, *ex plurimis*, los estudios de: GARILLI, A., “La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l’art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi”, en *Riv. Giur. Lav.*, I, 2007, 301 ss.; BATTINI, S., CASSESE, S. (a cura de), *Dall’impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997; LISO, F., “La privatizzazione dei rapporti di lavoro”, en CARINCI, F. (dirigido por), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (dal d.lgs. 29/1993 alla finanziaria del 1995). Commentario*, Milano, 1995, p.73 e ss; CLARICH, M., IARIA, D., *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 1994; D’ORTA, C.,

años noventa y las reformas “Frattini” del 2002<sup>2</sup> y “Brunetta” del 2009<sup>3</sup>, la llamada “reforma Madia” de reorganización de las Administraciones Públicas (Ley n. 124/2015) –todavía en desarrollo– puede ser considerada la “cuarta fase” del atormentado proceso reformador del sector público del derecho del trabajo italiano<sup>4</sup>.

Así pues, en Italia las reformas se suceden una detrás de la otra con ese carácter parcial y fragmentario, volviendo siempre a plantearse la necesidad de delinear un espacio directivo dentro de la función pública dotado de una serie de rasgos profesionales que lo singularizan tanto frente a la actividad estrictamente política, como frente a las tareas meramente burocráticas desempeñadas por los funcionarios. En efecto, los altos directivos públicos sí forman parte de la burocracia administrativa, pero son “burócratas profesionales” a los que se requiere una implementación eficaz y eficiente para servir mejor a los intereses públicos<sup>5</sup>.

A la luz de lo dicho, la disciplina italiana de los directivos públicos constituye una temática trascendente. Ello es corroborado por el hecho de que, hasta la actualidad, la legislación del Estado no ha resuelto de modo satisfactorio cuestiones siempre pendientes como, por ejemplo, el problema de la ordenación de las relaciones entre Política y Administración que se halla detrás del régimen jurídico del personal directivo público y de su conexión con el debate acerca de la auspiciada “modernización administrativa”.

La última reforma de la Administración Pública, aprobada bajo el Gobierno Renzi, pretende afrontar estas dificultades y buscar las pertinentes soluciones para solventar los diversos aspectos problemáticos que tradicionalmente han caracterizado a las

---

MEOLI, C., *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, 1994; CECORA, G., D’ORTA, C., *La riforma del pubblico impiego*, Bologna, 1993; ZOPPOLI, L., “La dirigenza nel pubblico impiego “privatizzato””, en RUSCIANO, M. –ZOPPOLI, L. (a cura de), *L’impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993; CASSESE, S., “Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego”, en *Riv. it. dir. lav.*, I, 1993; DI CERBO, V., “La cosiddetta “privatizzazione del pubblico impiego””, en *Lav. prev. oggi*, 1993; VIRGA, P., *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 1993; GHEZZI, G., “La legge delega per la riforma del pubblico impiego”, en *Riv. Giur. Lav.*, I, 1992; GIANNINI, M. S., “Per la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego”, en *Scritti in onore di Mario Nigro*, II, Milano, 1991, p. 168 e ss.

<sup>2</sup> Sobre la reforma introducida por la Ley n. 145/2002 (“reforma Frattini”), vid., por ejemplo: GARILLI, A., “Profili dell’organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni”, en *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004; VALENSISE, B., *La dirigenza statale. Alla luce delle disposizioni normative contenute nella legge 15 luglio 2002, n. 145*, Torino, 2002; D’ORTA, C., “Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge 145/2002”, en *LPA*, 2002, p.935 e ss.

<sup>3</sup> Por todos, vid. NAPOLI, M. – GARILLI, A., *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013.

<sup>4</sup> BOSCATI, A., “La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?”, en *LPA*, 2014, n.2, pp. 233 e ss.

<sup>5</sup> En esta línea, es especialmente significativo el diseño institucional delineado por los artículos 97 y 98 de la Constitución Italiana; vid., por todos, PINELLI, C., “Commento agli artt. 97 e 98”, en BRANCA, G.- PIZZORUSSO, A. (dirigido por), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1994.

Administraciones públicas italianas, *in primis*: exceso de formalización, falta de distinción entre tareas a desempeñar y poca adecuación entre las pruebas selectivas de acceso a la función pública.

Sin embargo, entregarse a estas presiones es una forma evidente de seguir en la pretendida búsqueda de un *merit system* (que todavía no puede considerarse alcanzado), a través del cual se pueda implantar finalmente un modelo de gestión pública plenamente profesional y armonizar las dos “almas contrapuestas” que conviven dentro de ello: *management* y *governance*<sup>6</sup>.

Así bien, la citada Ley n. 124/2015, en su artículo 11, dispone una revisión radical de la disciplina jurídica del personal directivo público<sup>7</sup>, la cual, aunque esté formalmente inspirada en principios de simplificación, flexibilidad y unidad, parece caminar más bien hacia una mayor precarización de dicho colectivo.

De otra parte, y según lo señalado anteriormente, para poder delinear un cuadro completo del nuevo diseño reformador será necesario esperar la emanación de los decretos de actuación de la Ley n. 124/2015, la cual, por el momento, sólo reúne una serie de principios y criterios directivos, reenviando el concreto desarrollo de los mismos a los órganos de Gobierno.

En efecto, aunque en el día 26 de agosto de 2016, el Consejo de los Ministros ha aprobado un esquema de decreto legislativo sobre la disciplina de la “*Dirigenza della Repubblica*”<sup>8</sup> y –para completar el cuadro– sobre dicho decreto han sido elaborados los dictámenes del *Consiglio di Stato* (el 14 de octubre de 2016), de la *Conferenza Unificata* (el 3 de noviembre de 2016) y de las *Commissioni Affari Costituzionali* de la *Camera* y del *Senato* (respectivamente, el 9 y el 10 de noviembre); la *Corte Costituzionale*, con la sentencia n. 251 de 25 de noviembre de 2016, ha declarado la incostitucionalidad, entre otras normas, del citado art. 11<sup>9</sup>.

Así pues, la nueva normativa todavía no ha entrado en vigor.

Además, como es bien sabido, el resultado del referendun constitucional que hubo en Italia el 4 de diciembre de 2016 llevó a cabo el cambio de Gobierno, pues el ministro Gentiloni pasa a ser el Presidente del Consejo de los Ministros italiano, en lugar de

<sup>6</sup> Para un análisis, también en una perspectiva de derecho comparado, de los proyectos de reforma de las Administraciones Públicas inspirados al concepto del *new public management*, vid. POLLIT, C.- BOUCKAERT, G., *Public Management Reform*, Oxford, 2011; y, también, sobre el *New Public Management*, basado en los principios “empresariales”, vid. KICKERT, W.M., (dirigido por), *The Study of Public Management in Europe and the US*, London, 2008.

<sup>7</sup> DEODATO, C., “Brevi riflessioni sulla costituzionalità e sulla ragionevolezza di alcuni aspetti della riforma della dirigenza pubblica”, en *LPA*, 2014, n. 6, p. 946; en especial, el Autor subraya que es difícil destacar un verdadero *continuum* entre la disciplina vigente y la anterior.

<sup>8</sup> Dicho decreto es consultable en [www.funzionepubblica.gov.it](http://www.funzionepubblica.gov.it).

<sup>9</sup> Sobre todo ello, sea consentido un reenvío a PENSABENE LIONI, G., “La riforma della dirigenza pubblica: prospettive ambiziose e risultati deludenti”, en [www.adapt.it](http://www.adapt.it), 9 de enero de 2017.

Renzi. Todo ello aumenta la incertidumbre *in subiecta materia*, puesto que no es seguro que el nuevo Gobierno quiera seguir con la reforma de la Administración Pública, pudiendo derivar esta ambigüedad en una verdadera caída al vacío de la debatida “reforma Madia” sobre el personal directivo público<sup>10</sup>.

No obstante, el *decisum* de la citada sentencia constitucional no censura la “sustancia” de las normas dictadas en materia de personal directivo, sino que se limita a evidenciar una violación procedimental concerniente a la fase de mera elaboración del esquema de decreto legislativo del 26 de agosto de 2016, que –vulnerando el principio constitucional general de “leal colaboración”– no ha tenido en cuenta la oportunidad de realizar, antes de la emanación de los decretos, un acuerdo previo con las Regiones, a las que la normativa iba a extender su propio ámbito de aplicación.

Estando así las cosas, “el efecto tsunami” producido por la sentencia *de qua*, que no ha permitido que dicha normativa entrase en vigor, podría ser absorbido, *ex post*, por una nueva Ley y por nuevos decretos que, manteniendo lo regulado a nivel sustancial por la reforma, corrijan los errores cometidos bajo el perfil procedimental<sup>11</sup>; lo que parece –por lo menos formalmente– corroborado por el reciente dictamen del *Consiglio di Stato* del 9 de enero de 2017.

Así bien, es muy probable que, a pesar de todo lo dicho, la nueva disciplina sobre el personal directivo público, pueda sobrevivir bajo el nuevo Gobierno Gentiloni. Y, sin duda alguna, es posible prefigurar *l’an* del nuevo régimen jurídico de los directivos públicos y destacar las líneas maestras sobre las que se asienta el modelo actual de personal directivo público italiano, al margen de los modelos concretos.

A la luz de todo lo expuesto, este trabajo, sin ninguna pretensión de exhaustividad, se propone apuntar solo algunas de las novedades mayormente impactantes introducidas por la última reforma de la Administración Pública italiana: la unificación del sector directivo; el nuevo régimen de atribución de cargos directivos; la institución de una “Comisión independiente para la dirigencia”; el sistema de acceso a la función directiva, y las nuevas reglas previstas en materia de responsabilidad gerencial.

## II. LA “UNIFICACIÓN” DEL SECTOR DIRECTIVO

Una de las novedades más significativas previstas por la “reforma Madia” respecto a la normativa anterior contenida en el D.lgs. 165/2001 (*Testo Unico del Pubblico Impiego*), consiste en la unificación del sector directivo (*ruolo unico*) de todas las Administraciones Públicas (tanto la estatal como las territoriales) de manera que, una vez superada la oposición –según los principios generales establecidos por el último apartado del art. 97 Cost. y las reglas específicas previstas por los arts. 28 y ss. del citado D.lgs. 165/2001– se puedan atribuir cargos directivos a cualquier dirigente

---

<sup>10</sup> MARSHALL, J., “La Corte Costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?”, en *Giorn. dir. amm.*, 6/2016, p. 710.

<sup>11</sup> En este sentido, *vid.* FERRANTE, V., “Fare i conti senza l’oste: le Regioni, la riforma Madia e la Corte Costituzionale”, en *www.ipsoa.it*, 3 de diciembre de 2016.

público, que presente los requisitos de mérito y capacidad necesarios para el desempeño de dichas funciones<sup>12</sup>.

La *ratio* de tal previsión reside básicamente en la voluntad de asegurar una plena movilidad entre las distintas áreas de la Administración Pública a la que se acompaña la configuración de un sistema de formación continua<sup>13</sup>, considerada como una herramienta central para el desarrollo de las capacidades directivas<sup>14</sup>. Además, se propone introducir una especie de “base de datos de las competencias”<sup>15</sup>, que pueda recoger todas las capacidades, potencialidades, competencias, especialidades de los candidatos con la finalidad de seleccionar, entre ellos, a quien presente el perfil exacto del puesto directivo que se pretende cubrir.

Sin duda dichas previsiones pueden ser abordadas desde múltiples y muy variados puntos de vista; lo cual, desde luego, tampoco contribuye a un mejor entendimiento de las mismas.

Según un primer orden de consideraciones, la unificación del sector directivo podría ser susceptible de una evaluación positiva. En efecto, en el marco de la auspiciada flexibilización del “mercado de los directivos”<sup>16</sup>, la plena movilidad entre las distintas áreas de la Administración Pública podría favorecer una utilización simplificada y más económica de dicho colectivo. Además, este nuevo sistema, por un lado, consentiría a las Administraciones elegir los directivos en el ámbito de una platea de profesionalidades mucho más amplia y heterogénea y, por otro lado, permitiría a los dirigentes crecer profesionalmente, más allá de la sola Administración de pertenencia.

De otra parte, no cabe discutir que la unificación del sector directivo puede dar lugar a varias perplejidades<sup>17</sup>. Antes de nada, cabe destacar que las profesionalidades que se encuentran en el ámbito de los distintos niveles de gobierno (estatal, regional, local) pueden referirse únicamente a las características peculiares de cada una de dichas administraciones, dada también la diversidad que existe entre las reglas que presiden el acceso a la función pública. Así pues, es difícil teorizar un sistema caracterizado por la plena movilidad entre directivos pertenecientes a sectores administrativos diferentes.

---

<sup>12</sup> Vid. art. 2, Capo I, del citado esquema de decreto legislativo sobre el personal directivo público.

<sup>13</sup> Vid., *Ibidem*, art. 28- quarter, Capo II.

<sup>14</sup> VISCOMI, A. “La riforma dell’amministrazione del governo Renzi. Note brevi per una lettura del ddl 1577”, en *LPA*, 3-4, 2014, p. 492.

<sup>15</sup> La expresión es de D’ALESSIO, G., “La nuova disciplina della dirigenza nel disegno di legge sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”, en *LPA*, 2014; *vid.*, en especial, el art. 2, Capo I, punto 7, del citado esquema de decreto legislativo sobre el personal directivo público.

<sup>16</sup> Vid., por ejemplo, en general, sobre el concepto, de matriz europea, de “flexicurity” aplicado a las relaciones laborales, también en una perspectiva comparada”, BALLESTRERO, M.V., “Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola”, en *DLRI*, 2012, p. 441 e ss.

<sup>17</sup> Vid., en este sentido, DEODATO, C., “Brevi Riflessioni sulla costituzionalità e sulla ragionevolezza di alcuni aspetti della riforma della dirigenza pubblica”, en *LPA*, 6, 2014.

Bajo esta perspectiva, las previsiones en cuestión corren el riesgo de producir como único efecto inmediatamente tangible el de consentir al órgano político poder elegir libremente los directivos con una “discrecionalidad técnica” todavía mas amplia que en el pasado. Consecuentemente, es probable la violación de los principios establecidos por la jurisprudencia constitucional,<sup>18</sup> la cual subraya como, al día de hoy, dicha “discrecionalidad técnica” de los organos apicales continua siendo una fuente inagotable de problemas, tanto interpretativos como prácticos, porque tiende a construir una sistema de dirección publica muy atado a las veleidades del mundo de la política<sup>19</sup>.

Sin embargo, esta afirmación no debe impedir la búsqueda de un directivo profesional que sea capaz de mostrar sus resistencias a la implantación de un modelo precario de dirección (más bien “política” que “pública”) basado en los cambios contundentes del partido que gobierna y en las afinidades ideológicas del personal directivo hacia el mismo.

La apuesta es desarrollar un enfoque empresarial del aparato administrativo, en el sentido de que el desafío para la politización de la clase directiva pasa por articular un personal de alta calidad que permitiría anticiparse a los cambios de Gobierno, desarrollar la capacidad de gestión y la integración ocupacional de los directivos públicos, e involucrarlos en la marcha de las empresas mediante un régimen jurídico inspirado al del derecho laboral vigente en el sector privado del trabajo.

De ahí, la importancia estratégica de la implicación de una Comisión independiente, instituida por la reforma Madia, encargada de verificar el cumplimiento exacto y puntual de las reglas que presidian la provisión de los cargos directivos, como se verá en adelante.

### **III. NUEVAS REGLAS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL CARGO DIRECTIVO Y EL PAPEL CRUCIAL DE LA COMISIÓN INDEPENDIENTE**

La reforma Madia establece nuevas reglas también en tema de atribución del cargo directivo (“*incarico dirigenziale*”)<sup>20</sup>; proponiendo un modelo de dirección pública profesional en el cual el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los puestos públicos juega un papel fundamental no solo en la fase del acceso, sino también en la fase sucesiva de la atribución de los cargos directivos. Además, el sistema de designación de los directivos ha de tener en cuenta una serie de “criterios generales

---

<sup>18</sup> *Vid., ex multis*, Corte Cost. sentt. nn. 81/2013, 103/2007, 104/2007, 233/2006, 9/2006, 193/2002, 275/2001, 13/1996.

<sup>19</sup> *Vid.* PATRONI GRIFFI, A., *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo ad uno studio del rapporto di “autonomia strumentale” tra politica e amministrazione*, Napoli, Iovene, 2002.

<sup>20</sup> Para un examen de estas previsiones, *vid.* BATTINI, S., “Una nuova stagione di riforme amministrative”, en *Giorn. dir. amm.*, 11/2014, p. 1018; VISCOMI, A., “Linee di riforma in materia di reclutamento e incarichi dirigenziali. Brevi note introduttive”, en *LPA*, Vol. XVII, 1- 2014, p. 10.

inspirados a los principios de publicidad, transparencia y merito”,<sup>21</sup> expresamente mencionados por las nuevas disposiciones legislativas.

Pues bien, a los efectos que aquí interesan, cabe hacer hincapié sobre dos preceptos de sumo interés: de una parte, la atribución a una Comisión independiente (*Commissione per la dirigenza*), compuesta por siete miembros y “operante en plena autonomía y con independencia de juicio y de evaluación”<sup>22</sup>, la tarea de verificar el respeto a los criterios de capacidad y mérito establecidos para la provisión del cargo directivo; y, de otra, la previsión según la cual el desempeño de los puestos directivos esté sujeto a plazo o a término de una duración máxima de cuatro años con una sola posibilidad de renovación (por dos años más) subordinada a una específica motivación y a la evaluación positiva de los resultados de su actividad<sup>23</sup>.

Con respecto al primer precepto, la Comisión, en especial, verifica la observancia de los requisitos y de los criterios de atribución de los cargos directivos de manera diferente según el tipo de cargo. Si se trata de un cargo apical, se requiere *ex ante* la evaluación de la Comisión, la cual procede pues con una verdadera “preselección” de los candidatos apropiados para los cargos directivos a atribuir. En cambio, en los demás casos, la Administración designa los candidatos y luego envía el listado de los designados a la Comisión que verifica, *ex post*, la conformidad de dicha elección con los requisitos y criterios previstos para la designación de los directivos<sup>24</sup>.

A la luz de lo dicho, el aporte de la Comisión al procedimiento de designación de los directivos se valora positivamente (en especial *in apicibus*), porque podría efectivamente contribuir a reforzar la distinción entre las funciones políticas y la gerencia administrativa que –como ya se ha apuntado– debe necesariamente caracterizar el colectivo en cuestión para asegurar una gestión efectiva y democrática de la *res publica*. No obstante, debe reseñarse que la exigencia de fortalecer la distinción funcional entre tareas políticas y tareas administrativas del personal directivo público también a través del papel jugado por la Comisión independiente, podría peligrosamente prevalecer sobre la necesidad –igualmente importante– de asegurar el mantenimiento de cierta “fluidez” en el sistema de atribución de los cargos directivos, es decir que el mismo no sea afectado por una excesiva “burocratización”<sup>25</sup>.

Con referencia al segundo precepto, relativo a la duración de los cargos directivos, aun siendo cierto que la temporalidad constituye una garantía fundamental de autonomía del dirigente porque implica que él es el encargado de realizar sus funciones directivas por un período que no coincide plenamente con el mandato del

<sup>21</sup> Vid. art. 4, Capo III, punto 2, lett.b) del esquema de decreto legislativo sobre el personal directivo público.

<sup>22</sup> Vid. art 1, co. 1, lett.g), L. n. 124/2015 y art. 4, Capo III, punto 1 del esquema de decreto legislativo sobre el personal directivo público.

<sup>23</sup> *Ibidem*, art. 19 quinquies, punto 2.

<sup>24</sup> *Ibidem*, art. 19 ter, punto 5.

<sup>25</sup> A. VISCOMI, “Linee di riforma in materia di reclutamento e incarichi dirigenziali”...cit., p. 9.

gobierno, la previsión en virtud de la cual la finalización del plazo conlleva que el directivo pierde su puesto cualquiera que sean los resultados obtenidos (tanto positivos como negativos) de su actividad, podría acarrear una grave precarización del personal directivo público. No obstante, ello supone evitar la fácil tentación de llevar a cabo una “re-politicización” de los cargos directivos hacia donde transitaría la configuración de los puestos directivos como vitalicios según un sistema de designación basado en un “derecho débil” consistente en meras praxis administrativas, no orientadas hacia la armonización fuerte a través de instrumentos normativos que limiten la duración del cargo, con el rasgo significativo de que escaparía también al control judicial.

A este propósito, hay que añadir las previsiones contenidas en el citado esquema de decreto legislativo sobre el personal directivo público de 26 de agosto de 2016, las cuales –aunque (se repite) no hayan todavía entrado en vigor– si previenen la posibilidad de prorrogar el período del mandato. El nuevo art. 19-quinquies, en especial, tras confirmar la duración máxima de cuatro años del cargo directivo (salvo lo previsto por el art. 19-bis.4 sobre la atribución de cargos directivos a personal externo a la Administración Pública dentro del porcentaje establecido por la Ley) prevé una hipótesis de prórroga limitada a la circunstancia de que ello sea necesario para completar el procedimiento de designación del nuevo cargo y, en todo caso, la prórroga no debe ser superior a noventa días. Además, el mismo artículo prevé el cese de los cargos apicales *ex art. 19 quarter.1* tras noventa días desde el inicio del nuevo gobierno. Se trata pues de un supuesto de *spoils system*. En base a ello, por lo que aquí interesa, conviene recordar que una de las cuestiones más controvertidas –posiblemente por el trasfondo político que subyace a la misma–, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional italiana, tiene que ver con la posibilidad del órgano político que designa el directivo apical de exigir para el desempeño de funciones *lato sensu* políticas, ya sea como mérito o como requisito, un cierto nivel de confianza tanto en la fase del reclutamiento (“nomina a dedo”), como en el momento del cese (“*spoils system*” o “sistema de botín”).

En especial, se ha profundizado en el tema concerniente al sistema de botín<sup>26</sup>, que nació con las experiencias de países anglosajones como los Estados Unidos<sup>27</sup> y se

<sup>26</sup> SETTIMI, R., “Dirigenza statale, incarichi ad esterni e spoils system (nota a Corte Costituzionale, sentenza 24 febbraio 2010, n. 81)”, en *LPA*, 2011, p. 128 e ss.; RUSCIANO, M., “Dirigenze pubbliche e spoils system”, en *www.astrid.online.it*; DI NARDO, C., “Corte Costituzionale, sentenza 27 gennaio – 5 febbraio 2010, n. 34 (la Corte costituzionale torna (definitivamente?) sullo “spoils system” con una nuova pronuncia abrogativa)”, en *LPA*, 2010, p.144 e ss.; SORDI, P., “La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni”, en *LPA*, 2009, p.77 e ss.; D’ALESSIO, G., (a cura de), *L’amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna, 2008; GRAGNOLI, E., “Lo spoils system e l’imparzialità del dipendente degli enti locali”, en *LPA*, 2007, p. 25 e ss.; TALAMO, V., “Lo spoils system all’ “italiana” fra legge Bassanini e legge Frattini”, en *LPA*, 2003, p. 237 e ss.

<sup>27</sup> Vid. KINGSLEY, D., *Representative Burocracy*, The Antioch Press, Ohio, 1944; GOODNOW, F. G., *Politics and Administration*, New York, 1900; WRIGHT MILLS, C., *The power Elite*, New York, 1956.

tomó como paradigma en contextos comparados como el italiano o el español<sup>28</sup>, con perjuicio de que posteriormente se deteriorase el delicado equilibrio entre Política y Administración, haciendo los Ministros uso de espacios de discrecionalidad excesivamente amplios en la designación y en el cese de los directivos<sup>29</sup>.

De entre los innumerables pronunciamientos recaídos en relación a este tema se han identificado unas etapas que reflejan claramente la evolución seguida por el Tribunal Constitucional en la materia, a partir de los años 2006/2007<sup>30</sup> hasta hoy en día<sup>31</sup>. Dichos pronunciamientos, como un “clímax descendente”, parten de una primera etapa en la que se reconoce la legitimidad constitucional del sistema que consiente proveer y cesar empleos directivos en base a la confianza política, indicando la ventaja de la flexibilidad que –en ciertas circunstancias– presenta el reclutamiento y cese como consecuencia de la discrecionalidad política, hasta llegar a circunscribir el mecanismo del *spoils system* solo y exclusivamente a nivel apical, es decir en la Alta Administración, dada su ontológica continuidad con la cúspide política.

La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de precisar cual es el alcance de esta interpretación.

Pues bien, la *Corte Costituzionale*, partiendo de una interpretación de los preceptos constitucionales habidos en materia, “desplazó” la presencia del *spoils system* principalmente hacia los niveles superiores de la Administración Pública (en los cuales es inevitable un *minimum* de confianza política), para evitar la paradoja de que mientras la función pública se profesionalizaba, se permitía que la dirección fuera servida por personas que no acreditaran esta profesionalización<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Para ver como “vive” dicho fenómeno también en el ordenamiento jurídico español, *vid.* por todos, MARTÍN RETORTILLO, L., *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Navarra, 2000.

<sup>29</sup> HAM, C. –HILL, M., *The policy process in the modern Capitalist State*, tr. It. *Introduzione all’analisi delle politiche pubbliche*, Bologna, 1995.

<sup>30</sup> *Vid.* Corte Cost. sentt. nn. 233/2006; 103/2007; 104/2007.

<sup>31</sup> *Vid.*, por ejemplo, Corte Cost., sentt. nn. 390/2008; 168/2008; 81/2010; 224/2010; 124/2011; 246/2011; 152/2013; 27/2014; 24157/2015.

<sup>32</sup> Para un examen de la jurisprudencia constitucional dictada en materia, *vid.*, MERLONI, F., “Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione (commento alle sentt. n. 103 e 104 del 2007)”, en *Le Regioni*, 2007, 5, p.836 e ss.; DE GOTZEN, S., “Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale”, en *Le Regioni*, 2007, p. 848; SCOCA, F. G., “Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system”, en *Giur. Cost.*, 2007, 2, p.1615 e ss.; VIRGA, G., “Breve storia di un trapianto con crisi finale di rigetto”, en *www.lexitalia.it*; JORIO, F., “Lo spoils system viene nuovamente ridisegnato dal Giudice delle Leggi con le sentenze nn. 103 e 104 del 2007: stabilizzazione della dirigenza e giusto procedimento”, en *www.federalismi.it*; CASTRO, S., “Stop allo “Spoils system”: problemi e prospettive. Le conseguenze dopo la Consulta, n. 103/2007”, en *Guida al Pubblico Impiego*, 2007, 5, p.37 e ss.; VALENSISE, B., “La dirigenza amministrativa tra fiduciarietà della nomina ed il rispetto dei principi costituzionali del buon andamento e dell’imparzialità della pubblica amministrazione”, en *Giur. Cost.*, 2002, p.1193.

Las previsiones contenidas en la reforma Madia reflejan dicha postura jurisprudencial y doctrinal, puesto que consienten el funcionamiento del mecanismo del *spoil system* –es decir la existencia de ceses discrecionales no basados en la responsabilidad por la gestión, sino en mera “perdida de confianza política”– solo con referencia a los cargos apicales.

#### **IV. APUNTES SOBRE EL NUEVO SISTEMA DE ACCESO A LA FUNCIÓN DIRECTIVA**

Las modificaciones previstas en materia de acceso a la función directiva se caracterizan, principalmente, por dos novedades. La primera concierne a la adopción –en línea con la unificación del sector directivo– de un modelo unitario para todos los tipos de Administraciones Públicas, (nacionales, regionales y locales): el “doble canal” del “curso-concurso” y del “concurso”<sup>33</sup>, que ya existía en el ámbito de las Administraciones estatales y de los entes públicos nacionales.

La segunda consiste en la previsión según la cual el acceso al sector directivo está subordinado no solo a un período de prueba, sino además a una verificación ulterior sobre la idoneidad del candidato en relación con la adquisición definitiva de la respectiva función directiva.

Sin embargo, hay que distinguir entre los candidatos que aprueban el “curso-concurso” y los que aprueban el “concurso”.

Más específicamente, los candidatos que aprueban el “curso-concurso” no se integran directamente en el ámbito del personal directivo, sino que empiezan a trabajar como funcionarios, durante un período de tres años. Una vez finalizado dicho período, si los candidatos no obtienen una “evaluación positiva”, se quedan como funcionarios y no alcanzan el nivel directivo<sup>34</sup>.

En cambio, los candidatos que aprueban el “concurso” acceden a la función directiva a través de una relación de trabajo a tiempo definido, debiendo hacer, después de tres años, un “examen de confirmación” para pasar a ser directivos. Si suspenden dicho examen, se quedan como funcionarios<sup>35</sup>.

Dichas previsiones no nos permiten afirmar que la nueva regulación se sitúa en un entorno mucho más sensato que la situación previa, puesto que –aunque es cierto que la idoneidad en relación con la función directiva se presenta como criterio determinante para la configuración, en concreto, del singular puesto de trabajo– todos estos exámenes y pruebas sucesivas a la primera selección podrían burocratizar excesivamente el procedimiento de acceso a la función directiva.

---

<sup>33</sup> Vid. art. 3 lett. a), del esquema del decreto legislativo sobre el personal directivo público.

<sup>34</sup> *Ibidem*, vid. art. 3 lett. b).

<sup>35</sup> *Ibidem*, vid. art. 3 lett c)

Además, esto chocaría con la “lucha contra el envejecimiento” del personal de las Administraciones Públicas formalmente perseguida por la reforma, puesto que el nuevo sistema consentiría el acceso a la función directiva solo a personal de edad avanzada. De hecho, al tiempo necesario para obtener la graduación y realizar los cursos *post lauream* se añaden también los años de prueba requeridos después de aprobar la oposición y los años necesarios para la preparación de la sucesiva verificación de idoneidad en relación con el respectivo puesto directivo.

Otro aspecto de criticidad es el hecho de que contratar los candidatos que aprueban el “curso-concurso” como “funcionarios” (y no directamente como directivos) y los que aprueban el “concurso” con un contrato a tiempo definido (y no a tiempo indefinido) puede dar lugar a una peligrosa precarización del personal directivo, destacando además cierta incertidumbre en relación con el régimen jurídico aplicable (tratamiento económico y normativo, duración, etc.) en caso de suspensión del sucesivo “examen de confirmación”.

Así pues –como ha sido observado por la doctrina– en lugar de subordinar el acceso a la función directiva a una especie de “doble escrutinio” del cual depende el propio “futuro laboral” del candidato, se podría enfatizar la importancia de la “formación continua” (“*on the job*”) del personal directivo sobre todo durante los primeros años de actividad laboral, cuyos resultados podrían ser evaluados por algún organismo independiente<sup>36</sup>.

De esta manera, se evitaría la realización de los exámenes sucesivos al primer escrutinio para no dar lugar a inútiles duplicidades y se valoraría no solo la preparación meramente teórica necesaria para aprobar el correspondiente examen, sino también el aspecto práctico del desarrollo, en concreto, de la función directiva en su totalidad.

## V. ALGUNOS “RETOQUES” AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD GERENCIAL DE LOS DIRECTIVOS PÚBLICOS

La reforma Madia vuelve a retocar el sistema de “responsabilidad gerencial o directiva”, sin realmente introducir importantes novedades al respecto, excepto la previsión según la cual “habrá que limitar la responsabilidad disciplinar a los comportamientos efectivamente imputables a los directivos”<sup>37</sup>, lo cual podría determinar una todavía mayor “irresponsabilidad” de los órganos políticos.

De ahí la importancia estratégica no solo de la implicación de la *dirigenza* y su corresponsabilidad en la gestión administrativa, sino también de la definición de un marco de responsabilidades del directivo público frente a la organización, previsto por el art. 21 del D.lgs. 165/2001, en su nueva versión ofrecida por el esquema de decreto legislativo del 26 de agosto de 2016, que fundamenta su racionalidad en una “lógica

<sup>36</sup> D’ALESSIO, G., “La nuova disciplina della dirigenza nel disegno di legge” ..cit., p. 6.

<sup>37</sup> Vid. art.11.1,lett. m., L. 124/2015.

de resultados”, por lo que si un directivo no obtiene buenos rendimientos, *performance* útiles y resultados positivos en la organización que dirige, incurre en responsabilidad gerencial. Dicho marco de responsabilidades viene definido por un “contrato-programa”, en donde se pactan una serie de metas y objetivos a alcanzar y se asignan los recursos (personales, materiales, financieros) necesarios para su cumplimiento.

Además, la última reforma somete las tareas del directivo público a un sistema de evaluación del desempeño y de los resultados de gestión que implica el aporte de la Comisión independiente en el caso de *culpa in vigilando*<sup>38</sup>.

No han sido “determinantes” pues los “retoques” aportados por la reforma Madia al sistema de responsabilidad gerencial, aunque constituye, sin duda, la pieza principal del modelo de directivo público profesional. En este sentido, la doctrina está todavía a la espera de un cambio estructural, que consienta el desarrollo de una combinación apropiada de flexibilidad (imbricada con la autonomía de la gestión derivada de las competencias propias o delegadas de que debe disponer todo directivo público) y estabilidad democrática (racionalizada por la definición precisa de los objetivos de la organización en un contrato de gestión) y subraya la necesidad de promover, a través del dialogo con los agentes sociales, una reforma del marco regulador de su relación de trabajo enfocada sobre el sistema de responsabilidad gerencial<sup>39</sup>.

A este respecto y a modo de reflexión general, cabe recordar que la exigencia prioritaria de asegurar un “itinerario” de autonomía al personal directivo respecto a la Política, necesita de medios determinados, entre los cuales destaca el que concierne a aquella responsabilidad “propia” y “pública” de la cual hablaba Pésico hace ya un siglo<sup>40</sup>. Responsabilidad que tiene que ser, por un lado, “propia” porque el funcionario público “debe responder directamente”<sup>41</sup> de sus propias actuaciones y, por otro lado, “pública” porque debe resultar evaluable a través de procedimientos objetivamente medibles y transparentes y entonces controlables por el “público”.

En definitiva, se trata de añadir parámetros fijos y claros en un contexto de inseguridad o indeterminación jurídica en el que sólo algunos de estos puntos se han establecido, pero todavía queda una labor ardua para alcanzar el pleno y deseable desarrollo de una más completa democracia, abundando en la objetividad de la actividad (y de la correlativa responsabilidad) de la administración pública, especialmente en sus puestos directivos<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Vid. art 5.1, lett. b) del esquema de decreto legislativo sobre el personal directivo público.

<sup>39</sup> BORGOGELLI, F., “Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma”, en *LPA*, 5, 2014, p. 689 e ss.

<sup>40</sup> PERSICO, F., *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1866.

<sup>41</sup> BATTINI, S., “L’autonomia della dirigenza pubblica e la «riforma Brunetta»: verso un equilibrio tra distinzione e fiducia?”, en *Giorn. dir. amm.*, n.1/2010, p.39 e ss.

<sup>42</sup> BORGOGELLI, F., “La fatica di sisifo: la ricerca delle regole sulla valutazione e sulla responsabilità della dirigenza pubblica”, en *Rev. Giur. Lav.*, n. 3/2015, p. 538, donde el A., en especial, observa como «la búsqueda de una relación virtuosa entre política y administración –funcionalmente destinada a la realización del interés público– parece todavía configurarse como una “fatica de Sisifo”».

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como ya se ha apuntado, a partir de los años noventa, la situación de la Administración Pública italiana ha experimentado una gran transformación, de manera que una Administración moderna se responsabiliza de la prestación de una pluralidad de servicios con eficiencia y eficacia, en una lógica empresarial parecida a la lógica de la empresa privada. Se hace necesario pues un rediseño organizativo bastante complejo, que introduzca un instrumento intermedio entre políticos y funcionarios que les permita trabajar en la misma dirección, aportando bienestar a la ciudadanía. Este instrumento lo representa precisamente el personal directivo público cuya profesionalidad ha de inspirarse también en la profesionalidad típica del directivo de una empresa privada.

No obstante, sin lugar a dudas, la característica más sobresaliente del personal directivo público italiano es que aparece revestido de múltiples especialidades que alcanzan todos los aspectos fundamentales de su relación de trabajo (inicio, desarrollo, extinción) confiriéndoles a tales directivos un *status* singular respecto al dirigente del sector privado.

El *punctum dolens* de la cuestión, reside pues en la exigencia, no de “copiar” la disciplina de derecho privado y “pegarla” en el régimen de derecho público (lo que –como se ha dicho– sería imposible dadas las especialidades que caracterizan ontológicamente el empleo público), sino de tomar como paradigma algunos principios y requisitos sobre los que se rige habitualmente el derecho laboral y trasladarlos a los niveles superiores de la Administración Pública: principios de mérito, capacidad, publicidad, transparencia tanto en el proceso de selección como en el cese; funciones directivas que se vinculan habitualmente con titulaciones académicas y experiencias de trabajo; régimen de responsabilidad directiva correlato a los resultados de gestión; independencia de quien (o quienes) tiene que evaluar dicha gestión.

Todo ello fundamentaría la legitimación del poder de la propia alta burocracia que, según un modelo administrativo profesional, debe residir esencialmente en el bagaje de competencias y experiencias técnicas, organizativas y también *stricto sensu* jurídicas, acumuladas por el personal directivo durante su formación y su carrera profesional<sup>43</sup>. Además, es evidente que sin la colaboración de un personal directivo que tenga adecuadas capacidad de liderazgo, formación y habilidades específicas, y conozca los “engranajes burocráticos” del aparato administrativo, el vértice político se encuentra en la imposibilidad práctica de conducir la compleja maquinaria jurídico-administrativa en la dirección perseguida por el Gobierno<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Es decir, en lo que Max Weber define como “saber de servicio”, que –como es bien sabido– consiste en las competencias adquiridas por la burocracia durante su servicio, lo cual debe llegar a ser su “caballo de batalla” en las relaciones (internas y externas) con el vértice político de la Administración Pública. Vid. WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen*, Mohr, 1922, trad. It. *Economia e società*, vol. I, Milano, 1968, p. 219.

<sup>44</sup> De esta manera, la relación entre estas dos esfera jurídicas de acción (Política y Administración) dejaría de estar caracterizada únicamente por vínculos personales, y

Desde esta perspectiva, el legislador de esta última reforma no se ha mostrado plenamente fiel a este propósito de inspirar el empleo público en la normativa específica del sector privado<sup>45</sup>, a pesar de que ello sea a menudo “declamado” como una operación clave para alcanzar la auspiciada profesionalización del personal directivo. En este sentido, la reforma Madia parece moverse más bien en una lógica parecida a aquella de la “re-publicización” del empleo público que ha inspirado las reformas sucesivas a la privatización, reduciendo, cada vez más, los espacios de maniobra de la negociación colectiva para volver a atribuir mayor poder regulador a la Ley<sup>46</sup>.

El riesgo que corre todo ello consiste en una posible disminución de tutelas efectivas y de autonomía de acción del dirigente<sup>47</sup>, que resulta “ahogado” por una hiper regulación normativa que –paradójicamente y en el sentido opuesto al que (formalmente) inspira la reforma– podría reforzar la arbitrariedad de las decisiones políticas.

Sin embargo, hay que destacar que algunas previsiones, como por ejemplo las dedicadas a la configuración de una Comisión *ad hoc* que verifique el cumplimiento de los requisitos para la designación del cargo directivo, aunque –como se ha visto– pueda dar lugar a excesos burocráticos o juegos de poder donde la burocracia abusa de su control para defender sus propias opciones de política, responde, sin lugar a dudas, a un modelo de directivo profesionalizado.

A la luz de lo expuesto hasta ahora, es evidente que la situación italiana actual se caracteriza por la presencia de un panorama de particular dispersión normativa (corroborado por las últimas reformas), que, obviamente, deriva también de la circunstancia de que nos encontramos en una época de constantes y crecientes modificaciones jurídicas, debidas principalmente a la crisis económica, lo cual se refleja visiblemente en la Administración Pública italiana, sobre todo a la luz de los

---

consistiría en un “sistema equitativo de control de la gestión pública”; *vid.*, en este sentido, FORTE, P., *Il Principio di distinzione tra Politica e Amministrazione*, Torino, 2005; D’AURIA, G., “I Controlli”, en CASSESE, S., *Trattato di Diritto Amministrativo – Parte generale*, Milano, 2000, p. 1271.

<sup>45</sup> En este sentido, *vid.* ZOPPOLI, L., “Alla ricerca di una nuova riforma della dirigenza pubblica: reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione”, en *Riv. Giur. Lav.*, n. 3, 2015, p. 519.

<sup>46</sup> A este propósito, cabe reseñar que la inseguridad jurídica que provocó este ulterior cambio de escenario –debido, en especial, al D.lgs. 150/2009 (“reforma Brunetta”)– fue determinada sobre todo por la operación de “rilegificazione” de la materia, realizada básicamente a través, por un lado, de la previsión de unas normas inderogables sobre aspectos fundamentales de la relación de trabajo (sanciones disciplinarias, movilidad, progresión de carrera, etc.) y, por otro lado, de la exclusión de la contratación colectiva de otros aspectos significativos, como los concernientes a la designación o al cese; *vid.*, en este sentido, por todos, BELLAVISTA, A.- GARILLI, A., “Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neobridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni”, en *LPA*, 1, 2010, p. 1 e ss.

<sup>47</sup> Lo cual ha sido subrayado también por el *Consiglio di Stato* en los citados dictámenes del 14 de octubre de 2016 y del 9 de enero de 2017.

recientes y repentinos cambios políticos que se han resumido anteriormente en este trabajo.

No obstante, mal que nos pese, siempre van a existir sectores de la Administración Pública que pasen por periodos difíciles y dificultades, o necesiten reestructurar su plantilla. Es cierto que resulta especialmente complicado “racionalizar” los procesos de reestructuración de plantillas procurando conciliar la “razón económica” con la “razón social”, asegurando protección no solo a los trabajadores que forman parte de la organización productiva, sino además a los ciudadanos, cuyos intereses generales son constitucionalmente tutelados. Pero es cierto también que, hoy en día, los procesos de reestructuración se han convertido en una realidad permanente, no marginal ni coyuntural.

Dicha situación de confusión y ambigüedad no se limita a evidenciar la deficiente técnica jurídica del legislador (ya probablemente evidenciada por la citada sentencia n.251/2016 del Tribunal Constitucional italiano), sino que conlleva problemas prácticos relevantes de los cuales ya no se puede huir, siendo el ciudadano quien paga, en última instancia, los fallos de quienes dirigen las Administraciones Públicas.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTRERO, M.V., “Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola”, in *DLRI*, 2012.
- BATTINI, S., “L’autonomia della dirigenza pubblica e la «riforma Brunetta»: verso un equilibrio tra distinzione e fiducia?”, en *Giorn. dir. amm.*, n.1/2010.
- BATTINI, S., “Una nuova stagione di riforme amministrative”, en *Giorn. dir. amm.*, 11/2014.
- BATTINI, S., CASSESE, S. (a cura de), *Dall’impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997.
- BELLAVISTA, A.- GARILLI, A., “Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni”, en *LPA*, 1, 2010.
- BORGOGELLI, F., “La fatica di sisifo: la ricerca delle regole sulla valutazione e sulla responsabilità della dirigenza pubblica”, en *Rev. Giur. Lav.*, n. 3/2015.
- BORGOGELLI, F., “Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma”, en *LPA*, 5, 2014.
- BOSCATI, A., “La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?”, en *LPA*, 2014.
- CARINCI, F., “Sisifo riformatore: la dirigenza”, en *LPA*, 2001.
- CASSESE, S., “Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego”, en *Riv. it. dir. lav.*, I, 1993.
- CASTRO, S., “Stop allo “Spoils system”: problemi e prospettive. Le conseguenze dopo la Consulta, n. 103/2007”, en *Guida al Pubblico Impiego*, 5, 2007.

- CECORA, G., D'ORTA, C., *La riforma del pubblico impiego*, Bologna, 1993.
- CLARICH, M., IARIA, D., *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 1994.
- D'ALESSIO, G., "La nuova disciplina della dirigenza nel disegno di legge sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", en *LPA*, 2014.
- D'ALESSIO, G., (a cura de), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna, 2008.
- D'AURIA, G., "I Controlli", en CASSESE, S. (dirigido por), *Trattato di Diritto Amministrativo – Parte generale*, Milano, 2000.
- DE GOTZEN, S., "Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale", en *Le Regioni*, 2007.
- DEODATO, C., "Brevi riflessioni sulla costituzionalità e sulla ragionevolezza di alcuni aspetti della riforma della dirigenza pubblica", en *LPA*, n. 6, 2014.
- DI CERBO, V., "La cosiddetta "privatizzazione del pubblico impiego"", en *Lav. prev. oggi*, 1993.
- GHEZZI, G., *La legge delega per la riforma del pubblico impiego*, en *Riv. Giur. Lav.*, I, 1992.
- DI NARDO, C., "Corte Costituzionale, sentenza 27 gennaio – 5 febbraio 2010, n. 34 (la Corte costituzionale torna (definitivamente?) sullo "spoils system" con una nuova pronuncia abrogativa", en *LPA*, 2010.
- D'ORTA, C., MEOLI, C., *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, 1994.
- FERRANTE, V., "Fare i conti senza l'oste: le Regioni, la riforma Madia e la Corte Costituzionale", en *www.ipsoa.it*, 3 de diciembre de 2016.
- D'ORTA, C., "Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge 145/2002", en *LPA*, 2002.
- FORTE, P., *Il Principio di distinzione tra Politica e Amministrazione*, Torino, 2005.
- GARILLI, A., "La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art.97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi", en *Riv. Giur. Lav.*, I, 2007.
- GARILLI, A., "Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni", en *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004.
- GIANNINI, M. S., "Per la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego", en *Scritti in onore di Mario Nigro*, II, Milán, 1991.
- GOODNOW, F. G., *Politics and Administration*, New York, 1900.
- GRAGNOLI, E., "Lo spoils system e l'imparzialità del dipendente degli enti locali", en *LPA*, 2007.
- HAM, C. – HILL, M., *The policy process in the modern Capitalist State*, tr. It. *Introduzione all'analisi delle politiche pubbliche*, Bologna, 1995.
- JORIO, F., "Lo spoils system viene nuovamente ridisegnato dal Giudice delle Leggi con le sentenze nn. 103 e 104 del 2007: stabilizzazione della dirigenza e giusto procedimento", en *www.federalismi.it*

- KICKERT, W.M., (dirigido por), *The Study of Public Management in Europe and the US*, London, 2008.
- KINGSLEY, D., *Representative Burocracy*, The Antioch Press, Ohio, 1944.
- LISO, F., "La privatizzazione dei rapporti di lavoro", en CARINCI, F. (dirigido por), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (dal d.lgs. 29/1993 alla finanziaria del 1995)*. Commentario, Milano, 1995.
- MARSHALL, J., "La Corte Costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?", en *Giorn. dir. amm.*, 6/2016.
- MARTÍN RETORTILLO, L., *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Navarra, 2000.
- MERLONI, F., "Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione (commento alle sentt. n. 103 e 104 del 2007)", en *Le Regioni*, 5, 2007.
- NAPOLI, M. - GARILLI, A., *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013.
- PATRONI GRIFFI, A., *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo ad uno studio del rapporto di "autonomia strumentale" tra politica e amministrazione*, Napoli, 2002.
- PINELLI, C., "Commento agli artt. 97 e 98", en BRANCA, G.- PIZZORUSSO, A. (dirigido por), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1994.
- PENSABENE LIONI, G., "La riforma della dirigenza pubblica: prospettive ambiziose e risultati deludenti", en *www.adapt.it*, 9 de enero de 2017.
- PERSICO, F., *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1866.
- POLLIT, C. - BOUCKAERT, G., *Public Management Reform*, Oxford, 2011.
- RUSCIANO, M., "Dirigenze pubbliche e spoils system", in *www.astrid.online.it*
- SCOCA, F. G., "Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system", en *Giur. Cost.*, 2, 2007.
- SETTIMI, R., "Dirigenza statale, incarichi ad esterni e spoils system (nota a Corte Costituzionale, sentenza 24 febbraio 2010, n. 81)", en *LPA*, 2011.
- SORDI, P., "La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni", en *LPA*, 2009.
- TALAMO, V., "Lo spoils system all' "italiana" fra legge Bassanini e legge Frattini", en *LPA*, 2003.
- VALENSISE, B., *La dirigenza statale alla luce delle disposizioni normative contenute nella legge 15 luglio 2002, n. 145*, Torino, 2002.
- VALENSISE, B., "La dirigenza amministrativa tra fiduciarità della nomina ed il rispetto dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione", en *Giur. Cost.*, 2002.
- VIRGA, G. "Breve storia di un trapianto con crisi finale di rigetto", en *www.lexitalia.it*
- VIRGA, P., *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 1993.

VISCOMI, A. “La riforma dell’amministrazione del governo Renzi. Note brevi per una lettura del ddl 1577”, en *LPA*, 3-4, 2014.

VISCOMI, A., “Linee di riforma in materia di reclutamento e incarichi dirigenziali. Brevi note introduttive”, en *LPA*, Vol. XVII, 1- 2014.

WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, trad. It. *Economia e società*, vol. I, Milano, 1968.

WRIGHT MILLS, C., *The power Elite*, New York, 1956.

ZOPPOLI, L., “La dirigenza nel pubblico impiego ‘privatizzato’”, en RUSCIANO, M. – ZOPPOLI, L. (a cura de), *L’impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993.

ZOPPOLI, L., “Alla ricerca di una nuova riforma della dirigenza pubblica: reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione”, en *Riv. Giur. Lav.*, n.3, 2015.



## EL NUEVO MOTIVO DEL RECURSO DE REVISIÓN (Especial referencia en el Orden Jurisdiccional Penal)

Margarita Simarro Pedreira

Doctoranda del Departamento de Derecho Procesal  
de la Facultad de Derecho  
Universidad de León

### Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las reformas operadas tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, a través de la Ley 7/2015 de 21 de julio, como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante la 41/2015 de 5 de octubre, en relación con la inclusión de un nuevo motivo de recurso de revisión como medio de ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tan polémica hasta ahora, y que supone concluir con una previsión legal expresa (al igual que en otros Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos), un largo camino iniciado jurisprudencialmente desde la sentencia del Constitucional en el caso Barberá, Messeguer y Jabardo hasta el Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 en el que se optaba por el recurso de revisión como el cauce más adecuado para la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo.

■ **Palabras clave:**  
Tribunal Europeo de  
Derechos Humanos;  
Recurso de revisión;  
Ejecución de sentencias;  
Tribunal Supremo;  
Convenio Europeo para la  
protección de derechos  
humanos; Derechos  
humanos

Igualmente en esta investigación se analiza el ámbito de extensión de la novedad a otros órdenes jurisdiccionales, con especial referencia al penal, los requisitos para poder acudir a esta vía y las deficiencias funcionales que en la práctica pueden llegar a surgir.

### Abstract

■ **Keywords:**  
European Court of Human  
Rights; Application for  
review; Sentence  
execution; Supreme Court;  
European Convention for  
the Protection of Human  
Rights; Human Rights

The present Project is seeking to research the reforms operated both in the Organic Law on Judicial Power, by means of Law 7/2015 of July 21st, and the Criminal Procedure Code conducted through Law 41/2015 of October 5th, regarding the inclusion of a new plea of revision, as a mean to execute the sentences dictated by the European Court of Human Rights, so controversial until now, wich entails to conclude with a new legal stipulation (like other members of the European Convention on Human Rights), a long road that began with the sentence of Constitutional Court on the case Barberá, Messeguer and Jobardo, to the

Non-Jurisdicinal Plenary of the Supreme Court of October 21st, 2014, in which an application for review was selected as the optimum solution for the execution of sentences in European Court.

Likewise, in this research, the field of spreading of novelty to other court orders is analyzed, with a special mention to the criminal one, in addition to requirements and deficiencies that may arise in practice.

I. Antecedentes: 1. Las bases; 2. El carácter declarativo de las sentencias del TEDH; 3. Doctrina de nuestros tribunales – II. El nuevo art. 5 bis de la LOPJ y su ámbito de aplicación: 1. Acogida de la doctrina jurisprudencial; 2. Ampliación a todos los órdenes jurisdiccionales; 3. Requisitos relativos a la violación de derechos – III. Especial referencia en el Orden Jurisdiccional Penal: 1. Cuestiones afectantes a la legitimación; 2. Sobre la descoordinación del articulado; 3. Efectos de la revisión – IV. Propuestas de interpretación legal – V. Conclusiones – Bibliografía

## I. ANTECEDENTES

### 1. Las bases

Aunque pueda parecer obvio, conviene recordar algunos aspectos de la construcción defensiva de los derechos y libertades de especial protección en el ámbito europeo:

1. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>1</sup>, supuso un avance esencial en cuanto a la protección, las garantías y, sobre todo, el control del cumplimiento por parte de los Estados firmantes del conjunto de derechos y libertades reconocidos y asumidos a nivel internacional. Así se consigue una protección jurisdiccional de los derechos humanos que supera el ámbito estatal<sup>2</sup>.

2. Esa protección jurisdiccional vino dada por la creación en el año 1959 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como garante del cumplimiento de las obligaciones

---

<sup>1</sup> Cuya entrada en vigor se produjo el 3 de septiembre de 1953, con el depósito del décimo instrumento de ratificación correspondiente a Luxemburgo (según art. 59 del Convenio).

<sup>2</sup> GARRIGA DOMÍNGUEZ A. (coordinación ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. Colaborador FEIJÓO MIRANDA J.) Así se expone en el Informe “la controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del Tribunal” en el Informe elaborado dentro del Programa *EL TIEMPO DE LOS DERECHOS Nº12*. CONSOLIDER-INGENIO (noviembre 2010), por el Grupo de Investigación HI13 de la Universidad de Vigo en el marco del Proyecto de Investigación REF. PGIDIT07PXIB381177PR, financiado por la Xunta de Galicia, pp. 3.

contraídas por los Estados firmantes del Convenio en cuanto a los derechos y libertades fundamentales contenidos en el mismo.

3. España lo integró en su ordenamiento jurídico a través de su ratificación mediante instrumento, en fecha 4 de octubre de 1979, y su posterior publicación en el Boletín Oficial del Estado en fecha 10 de octubre del mismo año, por la vía establecida en el art. 96.1 de la Constitución Española<sup>3</sup> que establece que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, y por mor del art. 10.2 de la CE que dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Por ello se puede decir que el CEDH ha producido en nuestro país dos tipos de efectos.

1. por un lado efectos internacionales, porque España puede ser demandada ante el TEDH
2. por otro lado efectos internos, ya que se ha incorporado a nuestro derecho como Tratado internacional (por vía del art.96 CE) y como Tratado específico (por vía del art. 10.2 CE).

4. En cuanto al TEDH, la labor de garantizar el cumplimiento y la ejecución de sus sentencias por parte de los Estados condenados está atribuida al Comité de Ministros, cuya labor no ha estado exenta de problemas, así, y a modo de ejemplo, en su Resolución de 25 de julio de 2001<sup>4</sup> y con ocasión de un incumplimiento reiterado por parte de Turquía en el pago de la indemnización económica a la que había sido condenada en sentencia de 28 de junio de 1998<sup>5</sup>, advierte a los Estados miembros que el cumplimiento del CEDH y de las sentencias dictadas por el TEDH es requisito indispensable para ser un Estado miembro del Consejo de Europa y que los Estados firmantes obliguen a que Turquía acate y cumpla con las decisiones adoptadas por el Tribunal, pero sin establecer ninguna medida en concreto para obligar a Turquía a hacer efectivo el fallo de la sentencia ya que la labor de dar cumplimiento a lo establecido en el mismo es competencia de los órganos internos de cada Estado que tienen encomendada esa función. Esto supone que muchas de las resoluciones del TEDH queden en el “limbo” del sistema judicial de muchos Estados que no cuentan con las medidas procesales necesarias para lograr dicho cumplimiento.

---

<sup>3</sup> Nótese que es en virtud del art. 96 de la CE, lo que hace que España esté obligada al cumplimiento de lo estipulado en el CEDH y al TEDH pero como Tribunal de carácter internacional, no supranacional ya que en ese caso España hubiera cedido parte de sus competencias internas al TEDH y se hubiera integrado en el sistema judicial español en virtud del art. 93 CE que establece: “Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

<sup>4</sup> Res DH (2001) 80.

<sup>5</sup> Caso *Loizidou vs. Turquía*.

5. Lo cierto es que el CEDH ha sido modificado mediante quince protocolos<sup>6</sup> de los cuales el Reino de España solo ha ratificado el protocolo adicional y los numerados como 6, 11, 14 y 15.

A efectos de lo que nos interesa, el protocolo 14, de 13 de mayo de 2004, (ratificado por España el 17 de mayo de 2010. BOE de 28 de mayo), surgió como respuesta a los problemas planteados en la Conferencia Ministerial Europea sobre Derechos Humanos, celebrada en Roma los días 3 y 4 de noviembre de 2000, la preocupación manifestada por la Asamblea Parlamentaria en su Resolución 1126/2000 en cuanto a la ejecución de las Sentencias dictadas por el TEDH<sup>7</sup>, las declaraciones adoptadas por el Comité de Ministros de los días 8 de noviembre de 2001 (109º periodo de sesiones), 7 de noviembre de 2002 (111º periodo de sesiones) y 15 de mayo de 2003 (112º periodo de sesiones), en relación al cumplimiento por parte de los Estados signatarios del CEDH, dando lugar al art. 46 que establece la Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias, así:

“1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

2. La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”.

En definitiva la modificación del Convenio supone una obligatoriedad para los Estados firmantes en cuanto al acatamiento de las sentencias del TEDH y un refuerzo de la atribución de competencias al Comité de Ministros encaminadas a velar por la ejecución de las mismas. Sin embargo dichas medidas no han sido suficientes para lograr que los Estados parte cumplan y ejecuten, conforme a su ordenamiento interno, las sentencias dictadas por el TEDH.

## 2. El carácter declarativo de las sentencias del TEDH

De todo ello se desprende, y así lo han reconocido nuestro Tribunal Constitucional y nuestro Tribunal Supremo, que las sentencias del TEDH son declarativas, como también ha reconocido el propio Tribunal de Estrasburgo, lo que supone que no tienen fuerza ejecutiva correspondiendo a los Estados condenados el articular dicha ejecución de manera que el Tribunal puede indicar al Estado condenado que adopte medidas individuales, pudiendo éstas ser, y a modo de ejemplo, la reapertura de un procedimiento, la destrucción de informaciones que han vulnerado el derecho a la intimidad, anulación de órdenes de expulsión acordadas por un Estado contra un extranjero, la restitución patrimonial o la inmediata puesta en libertad de una

---

<sup>6</sup> El Protocolo nº 15 de modificación del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, es de fecha 16 de mayo de 2013 y entrará en vigor a los 3 meses después de la fecha en la que las Altas Partes Contratantes en la Convención hayan expresado su consentimiento en obligarse al Protocolo. 123ª Sesión del Comité de Ministros.

<sup>7</sup> En dicha Resolución se conmina a los Estados Parte a que adopten las medidas necesarias tanto a nivel legislativo como judicial, incluyendo la difusión de la jurisprudencia del TEDH para evitar futuras vulneraciones de derechos (apdo. 10 de la Resolución).

condenado<sup>8</sup>, o puede indicar medidas generales que pueden traducirse en adopción de medidas legislativas<sup>9</sup> o jurisprudenciales para unificar criterios del Tribunales nacionales conforme al criterio del TEDH y del CEDH.

Sin embargo el propio TEDH ha ido evolucionando y estableciendo excepciones con la finalidad de servir de “faro de guía” para facilitar el cumplimiento de sus fallos por parte de los Estados contraventores, de esta manera el Tribunal Europeo puede acordar una satisfacción equitativa (normalmente consistente en una compensación económica dividida en daños materiales, daños morales y costas) cuando no es posible una reparación completa de la violación por parte del ordenamiento interno del país infractor o puede realizar indicaciones para que el Estado infractor proceda a restituir el derecho vulnerado, entre esas medidas está la reapertura del procedimiento, sobre todo en el ámbito penal (caso *Salduz vs. Turquía*, STEDH de 27 de noviembre de 2008) siendo, igualmente, adoptada esta medida por el Tribunal para procedimientos civiles.

Como última excepción, el Tribunal ha procedido a efectuar mandatos concretos al Estado transgresor<sup>10</sup> siendo esta última excepción la más importante, a nuestro modesto entender, por lo novedosa y efectiva, sobre todo en lo que a nuestro Estado atañe por haber sido condenado por violación de los arts. 7.1 (no hay pena sin Ley) y 5.1 (derecho a la libertad y a la seguridad) en el caso *Del Rio Prada vs. Reino de España* (STEDH de 21 de octubre de 2013)<sup>11</sup>, En este sentido algún autor<sup>12</sup> ha hablado de la superación del carácter declarativo de las sentencias “vigorizándose su ejecutividad” que supone una limitación a la elección de la forma de ejecución por parte de los Estados.

---

<sup>8</sup> LÓPEZ GUERRA, L. “El sistema de protección de Derechos Humanos”. [http://www.upf.edu/dhesalfa/materiales/res/pmdh\\_pdf/PMDH\\_Manual.165-186.pdf](http://www.upf.edu/dhesalfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.165-186.pdf). *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, pp 174,175. E igualmente RIOS MARTÍN, J.C., SÁEZ RODRÍGUEZ M.C., “Del origen al fin de la doctrina Parot”. *Indret*, 3, 2014, pag 32.

Ejemplos de indicación por parte del Tribunal de Estrasburgo de una concreta medida a aplicar por el Estado infractor los encontramos en los siguientes: Caso *Del Río Prada vs. Reino de España* (STEDH de la Gran Sala de 21 de octubre de 2013, caso *Assanidze vs. Georgia* (STEDH de 8 de abril de 2004, aptdo 14), caso *Ilasov vs. Rusia y Moldavia* (STEDH de 8 de julio de 2004 aptdo 22) en las que el Tribunal ordena la liberación de los demandantes en el plazo más breve posible.

<sup>9</sup> Caso *Vermeire vs. Bélgica* en el que el TEDH condena a Bélgica por no haber legislado a favor del derecho a la igualdad en lo referente a derechos sucesorios de los hijos nacidos fuera del matrimonio (STEDH de 19 de noviembre de 1991). En España el caso *Castillo Algar vs Reino de España* (STEDH de 28 de octubre de 1998) y el caso *Perote Pellón vs. Reino de España* (STEDH de 25 de julio de 2002) provocaron la aprobación de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, de modificación de la Ley 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, para garantizar la imparcialidad de los miembros de los Tribunales Militares.

<sup>10</sup> LÓPEZ GUERRA, L.: op. cit, p. 175 y ss.

<sup>11</sup> En cuyo apartado 4 del fallo recoge “por dieciséis votos a favor y uno en contra que el Estado demandado debe garantizar que la demandante sea puesta en libertad en el más breve plazo”.

<sup>12</sup> CACHO SÁNCHEZ, Y.: “Fundamento de las críticas al TEDH en el asunto *Del Rio Prada c. España*” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 48, año 18, Mayo/Agosto de 2014. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 516.

### 3. Doctrina de nuestros tribunales

Al margen de la Sentencia del TEDH en el asunto Del Río Prada, sobre la que volveremos más adelante, el hecho es que en nuestro país, pese a que se ha considerado por parte del TC<sup>13</sup> a la Jurisprudencia del TEDH como criterio interpretativo conforme al cual los tribunales nacionales tienen que acomodar sus fallos, no ha existido una clara línea jurisprudencial, ni del TC ni del TS, en torno al mecanismo procesal mediante el cual se pueda dar ejecutividad a las Sentencias del TEDH para posibilitar su cumplimiento por parte de los tribunales nacionales lo que ha suscitado críticas por parte de algún sector doctrinal<sup>14</sup>. La línea mantenida por ambos tribunales se puede resumir a través de las sentencias más representativas en esta materia.

1- STS de 4 de abril de 1990 y STC 245/1991, caso Barberá, Messegué y Jabardo.

2- STC 96/2001 caso Castillo Algar

3- STC 313/2005 caso Perote Pellón

4- STC 197/2006 caso Fuentes Bobo

Así se parte de la STS de 4 de abril de 1990 cuyo *iter* judicial hasta llegar a ella es el siguiente:

Los demandantes fueron condenados por la Audiencia Nacional por asesinato, confirmada por el TS en casación, acudieron al TC en amparo que fue inadmitido y, por último, al TEDH que declaró violación del art. 6.1 del CEDH (STEDH caso Barberá, Messegué y Jabardo *vs.* Reino de España de 6 de diciembre de 1988). Con la sentencia del TEDH recurrieron a la AN para dar cumplimiento a lo estipulado en dicha sentencia exigiendo la anulación de la primera sentencia de condena de asesinato. La AN suspendió cautelarmente la condena pero se declaró incompetente

---

<sup>13</sup> STS 303/1993 de 25 de octubre en cuyo F.J 8 y en relación con la argumentación a favor de que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa (salvo prueba sumarial anticipada o imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial en el juicio oral), expone que “La anterior doctrina la ha venido a corroborar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, ha de servir como criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales”.

<sup>14</sup> Es el caso de GARBERÍ LLOBREGAT en “La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Diario Jurídico La Ley*, 8308/2013, que distingue entre ejecución forzosa de las sentencias dictadas por los tribunales supranacionales y la aplicación de su jurisprudencia por parte de nuestros tribunales, haciendo una crítica al TC por sus devaneos en relación a la doctrina del TEDH: “Desgraciadamente, sin embargo, resulta muy decepcionante comprobar cómo el propio TC español, vinculado por el mandato del art. 10.2 CE más que ningún órgano judicial, parece someterse a la doctrina del TEDH cuando le parece oportuno y desvincularse de ella cuando no (tal y como ha acontecido con el reciente ATC 180/2013 (asunto Pérez de los Cobos), donde de manera harto discutible ha esquivado la consolidada doctrina del TEDH sobre la imparcialidad judicial objetiva y subjetiva, en relación con el ATC 16/2006<sup>14</sup> (asunto Pérez Tremps) donde, a nuestro modesto entender, la aplicó debidamente)”.

para la Revisión de su propia sentencia. Los demandantes acudieron al Supremo para conseguir la Revisión, el Supremo negó la Revisión por considerar que una sentencia del TEDH tiene carácter declarativo y no constituye un hecho nuevo a la luz de los motivos tasados para el Recurso de Revisión<sup>15</sup> La segunda sentencia relevante proviene del TC y es consecuencia de la anterior, la STC 245/1991: Los recurrentes acudieron en amparo ante el TC que ordenó la inmediata puesta en libertad de los condenados y argumentó lo mismo que la sentencia del TS en cuanto a la ejecución interna de las sentencias del TEDH.<sup>16</sup> El TC estimó parcialmente el Recurso de Amparo anulando las sentencias del TS y AN y ordenó retrotraer las actuaciones al trámite de inicio del juicio oral.

Las siguientes sentencias basan su fundamentación en la del caso Barberá, Messegué y Jabardo, la STC 96/2001 de 24 de abril (caso Castillo Algar) y la STC 313/2005 de 12 de diciembre (caso Perote Pellón)<sup>17</sup>, en ambas resoluciones el TC deniega el Recurso de Amparo interpuesto por los demandantes basándose en que la lesión del derecho fundamental aducida por éstos y contenida en las sentencias del TEDH no es una lesión que subsista en el tiempo por lo que no se puede argumentar la propia jurisprudencia del TC en el caso Barberá, Messegué y Jabardo puesto que en ese supuesto sí se producía una lesión que se mantenía en el tiempo (la prisión de los demandantes) y que la satisfacción de los recurrentes ya se había producido mediante

---

<sup>15</sup> Así en su FJ 3 establece “todo lo anterior lleva inexorablemente a la conclusión de la no posibilidad de efectos anulatorios de las sentencias tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de las decisiones del Comité de Ministros, en el ordenamiento jurídico español, pues para que ello fuera posible, tendrían que utilizarse los siguientes caminos: a) Modificar la legislación actual, como han hecho los Estados de Noruega, Luxemburgo, Malta y el cantón suizo de Appenzell, estableciendo un nuevo motivo de revisión de sentencias firmes, cuando se declare por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una violación de derechos individuales, y b) la firma de un nuevo protocolo al Convenio, que estableciera un procedimiento para el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o las decisiones del Comité de Ministros por los Estados demandados. Ante la ausencia de estos dos datos, se ha de resolver la cuestión debatida, se vuelve a repetir, declarando la imposibilidad de ejecución de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 1988, en el sentido de anular una sentencia firme dictada por el Tribunal Supremo, que es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, que lo sería entonces el Tribunal Constitucional; pues ello supondría introducir una instancia judicial internacional superior para suspender la ejecución de sentencias firmes y con ello «inventar» un nuevo motivo de revisión”.

<sup>16</sup> FJ 2 “según la opinión absolutamente dominante, el Convenio no obliga a dar efecto interno a las sentencias del TEDH mediante la anulación de la autoridad de cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria de la decisión judicial nacional que dicho tribunal haya estimado contraria al Convenio. Tampoco el art. 13 del Convenio confiere al justiciable un derecho para ampliar los motivos previstos en el derecho interno para la reapertura del procedimiento judicial que ha dado lugar a una sentencia firme y ejecutoria”.

<sup>17</sup> Ambas sentencias provienen del Orden Jurisdiccional Militar, la primera por un delito contra la Hacienda en el ámbito militar y la segunda por un delito de revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional. El TEDH condenó a España, en ambos casos, por violación del art. 6.1 del Convenio.

la correspondiente indemnización económica abonada por el Reino de España como parte de la condena de la STEDH.

Por último, la STC 197/2006<sup>18</sup> (caso Fuentes Bobo) que recopila toda la doctrina del TC en cuanto a la ejecución de sentencias del TEDH en España y que resume la línea del TC basándose en dos circunstancias<sup>19</sup>:

1. Que la lesión del derecho fundamental sea actual (que se mantenga en el tiempo, como en el caso caso Barberá, Messegué y Jabardo).
2. Que la lesión no sea actual, en cuyo caso niega la posibilidad de Revisión por no existir en nuestro país una legislación que ampare esa posibilidad.

Llegados a este punto es hora de retomar la famosa sentencia que da un vuelco a la denominada “Doctrina Parot”, la STEDH de 22 de octubre de 2013 (caso Del Río Prada vs. Reino de España) y, al mismo tiempo, a la ejecución de sentencias del TEDH en España.

Resumiendo el caso fue el siguiente: la activista del grupo terrorista ETA, Inés Del Río Prada, fue condenada, después de los correspondientes procedimientos penales seguidos ante la AN, a más de 3.000 años de prisión por la comisión de múltiples delitos (asesinato, atentado, tenencia ilícita de armas, pertenencia a organización terrorista etc..) cometidos entre los años 1982-1987.

En virtud del sistema de redención de penas vigente en ese momento el Centro Penitenciario consideró que la puesta en libertad se debía producir el 2 de julio de 2008, sin embargo la AN rechazó la propuesta y aplicó la “Doctrina Parot”, derivada de la STS 197/2006 de 28 de febrero según la cual los beneficios penitenciarios y las redenciones no se computan sobre el límite máximo de 30 años (según el Código Penal de 1973) sino sucesivamente sobre cada una de las penas impuestas, criterio que se aplicó a todos los condenados antes de la reforma del CP de 1995.

Después de todo el periplo judicial necesario, la condenada acudió al TEDH alegando vulneración del art. 5.1 (derecho a la libertad y a la seguridad) y del art. 7 del CEDH (no hay pena sin ley) resolviendo el Tribunal mediante sentencia de la Gran Sala de 22 de octubre de 2013, si bien con opiniones disidentes de varios jueces, que hubo violación de los arts. del CEDH alegados y condenando al Reino de España al pago de 30.000 euros en concepto de daños morales a 1.500 euros en concepto de gastos y costas y, aquí radica la importancia, a poner en libertad a la demandante en el plazo más breve posible, fallo que ha sido criticado por algunos autores como GIMENO

---

<sup>18</sup> Proviene del Orden Jurisdiccional Social. El recurrente fue despedido de Televisión Española por haber cometido una falta muy grave al realizar manifestaciones en un medio radiofónico contra los directivos del ente público televisivo.

<sup>19</sup> SANZ GANDASEGUI, F. “Protección de los derechos y libertades en el ámbito europeo. Especial referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su valor jurídico en el Tratado de Lisboa”. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4015703.pdf>, *Boletín* n° 2080, pág 14.

SENDRA,<sup>20</sup> que considera que, a raíz de esa sentencia, el TEDH “se ha convertido de facto en una especie de TC europeo”.

La Sala de lo Penal de la AN puso en libertad a la condenada mediante Auto 61/2013 de 22 de octubre<sup>21</sup> y confirmado por el TS el 12 de noviembre de 2013 en un Pleno para unificar criterios jurídicos.

De ello se deduce que, a pesar de que en nuestra legislación no exista ningún medio procesal mediante el cual se puedan llevar a cabo las ejecuciones de las sentencias del TEDH, los tribunales españoles han intentado solventar el problema, eso sí, a golpe de indicación del TEDH, con unos requisitos específicos y solo en el ámbito penal.

En conclusión:

El TC ha ido negando el Amparo en materia de ejecución de sentencias del TEDH cuando no se trate de una lesión actual y ha ido rechazando la fórmula del Recurso de Revisión, por no tener la consideración de un hecho nuevo. La misma postura en cuanto al Recurso de Revisión ha mantenido el TS e, igualmente, ha mantenido el Consejo de Estado en el informe sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, de fecha 14 de febrero de 2008<sup>22</sup>. A raíz de la sentencia del

---

<sup>20</sup> GIMENO SENDRA, V. “La doctrina Parot y el principio de legalidad”, *Diario Jurídico La Ley*, 2498/2014.

<sup>21</sup> El Auto recoge la doctrina constitucional referente a la ejecución de las sentencias dictadas por el TEDH anteriormente expuesta y expone que “La doctrina parte de la inexistencia en el derecho interno de un mecanismo procesal adecuado para la reapertura del procedimiento en el que se produjo la lesión del derecho fundamental, por falta de desarrollo legislativo. Lo que no puede impedir que el propio Tribunal Constitucional, en el ámbito de su espacio de control y siempre que los tribunales competentes no hubieran dado cumplimiento a la sentencia del Tribunal Europeo, proceda a rescindir las resoluciones judiciales, de manera excepcional, algo que acometerá cuando concurren los siguientes requisitos: a) el TEDH haya declarado violado un derecho del Convenio que sea correlativo a un derecho fundamental constitucionalmente reconocido y susceptible de recurso de amparo, b) la vulneración se haya producido como consecuencia de una decisión en el orden jurisdiccional penal, c) los efectos de dicha violación pervivan en el tiempo y permanezcan actuales en el momento de solicitarse la ejecución del fallo de la sentencia del Tribunal Europeo, y d) que se encuentre afectada la libertad del individuo”.

Para evitar que se interponga el Recurso de Amparo, la AN acuerda su libertad y así lo dice en el propio Auto:

“La resolución es clara y concluyente: incumbe al Estado asegurar la puesta en libertad de la demandante en el plazo más breve, ya que se encuentra privada irregularmente de libertad desde el 3.7.2008. Misión que concierne en primer lugar a este tribunal, en tanto órgano de ejecución al que se encuentra sometida la Sra. del Río Prada”. Algunos autores aplaudieron la solución dada por la AN como el medio más adecuado para cumplir el mandato del TEDH. RIOS MARTÍN, J.C., SÁEZ RODRÍGUEZ M.C., op. cit, pag 32.

<sup>22</sup> “Cabe señalar, en este punto, que el fundamento del Recurso de Revisión radica en la aparición de circunstancias nuevas, que normalmente trascienden a los autos y que no han podido ser tenidas en cuenta por el juzgador, quien, por lo tanto a fallado rectamente de acuerdo con los elementos probatorios incorporados al proceso y, por supuesto, de conformidad con las normas legales aplicables al caso. En cambio, las sentencias del

TEDH en el caso Del Rio Prada se volvió a reabrir el debate sobre qué mecanismo era el más adecuado para ejecutar las sentencias del TEDH haciendo que el TS cambiara su postura y acordara en un Pleno no jurisdiccional, Sala segunda, de fecha 21 de octubre de 2014, por unanimidad que el recurso de revisión es el medio procesal más adecuado para dar cumplimiento a las sentencias del TEDH hasta que se articule legislativamente un medio específico para ello.

Postura que ya ha sido adoptada por el propio TS en varios autos posteriores (ATS de 27 de octubre de 2014, de 28 de octubre de 2014, de 5 de noviembre de 2014 y el más reciente de 10 de marzo de 2015) por los que se autoriza la interposición del recurso de revisión para poder ejecutar las sentencias del TEDH.

Con los precedentes jurisprudenciales marcados por nuestro TS se ha llenado el vacío legal, vía judicial, que le correspondía al legislador que, meses más tarde, alumbró la reforma tan esperada y necesaria recogiendo la doctrina emanada de nuestros tribunales desde la STC 245/1991 hasta los recientes autos del TS.

## II. EL NUEVO ART. 5 BIS DE LA LOPJ Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

La posibilidad de que el Recurso de Revisión se convirtiera en el cauce procesal adecuado para la ejecución de sentencias del TEDH ya fue apuntada por algunos autores (por todos GIMENO SENDRA)<sup>23</sup> en contra de la opinión del Consejo de Estado y de algún sector doctrinal (SORIA JIMÉNEZ)<sup>24</sup>.

Con la aprobación de la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio por la que se modifica la LO 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial se produce un gran avance en cuanto a

---

Tribunal Europeo no introducen nuevos hechos en el debate forense, pues tan sólo se limitan a declarar, a la vista de los mismos datos fácticos tenidos en cuenta por la jurisdicción nacional, que se ha producido una violación de derechos consistente en la vulneración del Convenio. De ahí que la introducción de un motivo de revisión, propuesta desde algunos sectores doctrinales, no parezca la vía más adecuada para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo”. A continuación el Consejo de Estado propone, a través de la vía legislativa, que se cree un mecanismo, cuyo valedor sea el TS, para la reapertura de los procesos, la revisión o la nulidad de actuaciones, siempre que (recogiendo la doctrina del TC) la violación de los derechos fundamentales y libertades públicas se mantenga en el tiempo al igual que los efectos lesivos cualificados. *Consejo de Estado, informe sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, de fecha 14 de febrero de 2008* Cap. VI: “Algunas reflexiones sobre el papel del Consejo de Europa en la construcción europea” pag 313, 314.

<sup>23</sup> GIMENO SENDRA, V. *op cit* al igual que GARBERÍ LLOBREGAT J. *op. cit.*, CUCARELLA GALIANA L.A. “El proceso de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Diario Jurídico La Ley* 4459/2014 o MÉNDEZ TOJO, R. “La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¿Una reforma legal necesaria”, *Diario Jurídico La Ley* 6312/2015.

<sup>24</sup> SORIA JIMÉNEZ, A: “La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Análisis de la STC 245/1991 (Asunto Barberá, Messeguer y Jabardo)” en *Revista Española de Derecho Constitucional. Año 12, núm. 36, 1992*, págs. 347 y ss.

la posibilidad de ejecución de las sentencias del TEDH, tan problemática y que había sido parcheada jurisprudencialmente por nuestros tribunales, y una inclusión de España en el grupo de Estados firmantes de CEDH que han legislado en pos de una vía procesal para poder dar cumplimiento a los fallos del Tribunal.

Esta reforma añade un nuevo artículo, el artículo 5 bis, que dispone:

“Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

Esta novedosa inclusión que constituye un nuevo motivo para interponer el Recurso de Revisión recoge, amplía y, en algunos aspectos, perfila la doctrina tanto del TS como del TC que venían manteniendo en las últimas épocas y que ha sido expuesta en los antecedentes del presente trabajo:

## **1. Acogida de la doctrina jurisprudencial**

En primer lugar el legislador ha plasmado en la reforma la posibilidad de que sea el Recurso de Revisión el medio procesal adecuado para la ejecución de las sentencias del TEDH, posibilidad que ya habían contemplado el TC y el TS (si bien con carácter excepcional y sujeta a los requisitos de actualidad de la lesión y en materia penal exclusivamente<sup>25</sup>, como ejemplo la sentencia del caso Barberá Messegué y Jabardo ) sobre todo a partir de la sentencia del TEDH que echó por tierra la denominada doctrina Parot (el caso Del Río Prada) como así puso de manifiesto la Sala segunda del TS en el Pleno no Jurisdiccional de 21 de octubre de 2014 y cuya doctrina ha sido acogida como un valor fundamental aplicable al ámbito penal<sup>26</sup>.

## **2. Ampliación a todos los órdenes jurisdiccionales**

Sin embargo y como segundo aspecto a destacar el nuevo art. 5 bis de la LOPJ amplía el ámbito de aplicación de la revisión a todos los órdenes jurisdiccionales, entrando España a formar parte del grupo de Estados miembros que ya legislaron en esta

---

<sup>25</sup> Auto de la AN 61/2013 de 22 de octubre por el que se pone en libertad a Inés del Río Prada y en el que se recogen los requisitos para que el TC pueda rescindir las resoluciones judiciales de los tribunales internos que hubieran vulnerado derechos fundamentales conforme a los fallos del TEDH.

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER M. “Un nuevo paso en la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Diario Jurídico La Ley*, 8905/2014.

materia<sup>27</sup>, aspecto éste de gran importancia ya que no se circunscribe únicamente al orden penal como mantenían el TS y el TC. Es más, el art.6 del Convenio (en cuya redacción se habla exclusivamente de los procesos civiles y criminales) ha sido interpretado ampliamente por el TEDH que ha reconocido la extensión a otros órdenes jurisdiccionales<sup>28</sup>, postura recogida por el legislador a través de las Disposiciones Finales de la Ley 7/2015:

1- Así nos encontramos con que en la Disposición Final segunda se modifica la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar en cuyo art. 328, revisión de sentencias firmes, se añade el párrafo 2 en el que se recoge, literalmente, lo dispuesto con carácter general en el art. 5 bis de la LOPJ añadiendo que la legitimación, procedimiento y efectos de las sentencia que se dicte en revisión se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Igualmente en el art. 504.2 (LPM) en cuanto a las sentencias firmes dictadas en recurso contencioso-disciplinario militar por la Sala de lo Militar del TS y los autos, también firmes, de inadmisión de recurso contencioso-disciplinario dictados por esa Sala y en el art. 505 (LPM) que permite la interposición del mencionado recurso de revisión contra las sentencias firmes dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central o por los Tribunales Militares Territoriales. En ambos supuestos se remite en cuanto a la legitimación, términos y procedimientos a la Ley de Enjuiciamiento Civil:

1. En la DF tercera se modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa en cuyo art. 102.2 y 3 se recoge el nuevo motivo de recurso de revisión con, prácticamente, idéntica redacción que lo dispuesto en la LPM, añadiendo que la revisión no puede perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas. En cuanto a legitimación, plazos,

---

<sup>27</sup> Ejemplo de ello, en el ámbito civil: Suiza en el art.328.2 a) de su Código procesal Civil de 19 de diciembre de 2008, Eslovaquia en el art. 228.1 d) de la Ley 99/1963 de Procedimientos Civiles (Código de Procedimiento Civil) modificado el 1 de enero de 2012. En el ámbito administrativo nos volvemos a encontrar con Suiza que lo regula en el art. 66.2 de la Ley Federal, de 20 de diciembre de 1968, de Procedimiento Administrativo, modificada en fecha 1 de enero de 2011.

<sup>28</sup> Así lo ha argumentado JIMENA QUESADA L. “El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el ejemplo para conocer Europa y el tiempo para hacer justicia conforme a los parámetros europeos” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* nº 50/51. Pag 186, haciendo una interpretación sistemática de los arts. 6 y 13 del CEDH “este último, al reconocer el derecho a un recurso efectivo “ante una instancia nacional” no efectúa diferencia alguna entre órdenes jurisdiccionales” añadiendo los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo en asuntos relacionados con el derecho del trabajo (por ejemplo el caso Feldbrugge contra Países Bajos, o el caso Deumeland contra Alemania, ambos de 29 de mayo de 1986) con el orden contencioso administrativo (por ejemplo el caso Pudas contra Suecia de 27 de octubre de 1987 o el caso Träktorer AB contra Suecia de 7 de julio de 1989) o con la justicia militar (caso Perote Pellón contra España de 25 de julio de 2002), a lo que podemos añadir, a modo de ejemplo, en el ámbito administrativo y referente a nuestro país caso RMS vs. Reino de España (STEDH de 18 de junio de 2013) y en el ámbito civil el caso SA del Ucieza vs. Reino de España (STEDH de 4 de noviembre de 2014).

procedimiento y efectos de las sentencias de revisión se regirán por lo dispuesto en la LEC.

2. Por último, la DF cuarta que modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil lo dispone en el art. 510.2 con idéntica redacción a lo previsto para la LJCA e igualmente modifica los arts. 511 referente a la legitimación activa para interponer el recurso de revisión, que especifica que “la revisión sólo podrá ser solicitada por quien hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” y el apartado 1 del art. 512 que establece el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del TEDH.

Cabe advertir que la reforma de la LOPJ silencia esta posibilidad de interponer recurso de revisión en el ámbito social en el que también se ha pronunciado en diversas ocasiones el TEDH como en el caso *García Mateos vs. Reino de España* (STEDH de 19 de febrero de 2013) o el caso *Manzanas Martín vs. Reino de España* (STEDH de 3 de abril de 2012).

Entendemos que igualmente se extiende la posibilidad de interposición de recurso de revisión, si el TEDH declara violado algún derecho de los reconocidos en el CEDH, a este orden jurisdiccional por aplicación del propio art. 5 bis de la LOPJ al establecer que “con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional” lo que hace presuponer que se refiere a todos los órdenes jurisdiccionales, incluido el social, y por el carácter de supletoriedad que rige como norma general respecto a las normas civiles, por lo que se aplicarían éstas.

En definitiva, las modificaciones operadas en la LOPJ abarcan a todos los órdenes jurisdiccionales (con la salvedad del orden penal en el que el nuevo motivo de revisión se incluyó mediante la Ley 41/2015 de 5 de octubre de modificación de la LECrim en su art. 954.3 y a la que haremos referencia expresa en otro apartado de este trabajo) estableciendo como procedimiento, con la excepción de lo dispuesto para la revisión de sentencias firmes en el proceso militar que se rige por la LECrim, el regulado en la LEC (arts. 511 y ss).

### Competencia y legitimación

Establecida la competencia para el conocimiento de la revisión al TS, tanto por lo dispuesto en la LOPJ como en la LEC, la legitimación se circunscribe únicamente a quien haya sido demandante en el proceso ante el TEDH lo que impide la participación del Ministerio Público en cuanto a la interposición.

### Plazo

El plazo que marca la LEC es limitado en relación con el estipulado para cualquiera de los otros motivos de revisión de las sentencias firmes, ya que para éstos se dispone de un plazo de cinco años mientras que para el caso de que se trate de una sentencia del TEDH el plazo se reduce a 1 año, como así recomendaba el Consejo de Estado en su informe sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, de

fecha 14 de febrero de 2008<sup>29</sup>, en el que apuntaba que la figura procesal que se creara, vía legislativa, debería de prever un plazo no demasiado largo para su ejercicio.

El inicio del cómputo del plazo de un año viene marcado por la firmeza de la sentencia del TEDH cuestión que, en principio, aparece relativamente sencilla ya que el propio CEDH en su art. 42 preconiza la firmeza de las sentencias dictadas por las Salas pero que se complica al existir la posibilidad, a tener muy en cuenta, de que no todas las sentencias dictadas por las Salas son definitivas “ab initio” si no que aún pueden ser objeto de modificación por la Gran Sala mediante lo que el CEDH denomina en su art. 43<sup>30</sup> “Remisión a la Gran Sala”. Un procedimiento excepcional y ampliamente criticado<sup>31</sup> por la posibilidad de ser utilizado como un recurso de apelación y, por lo tanto, ser causa de retrasos, y porque en la formación de la Gran Sala para estudiar la remisión interviene el presidente de la Sala de la que proviene la sentencia y el Juez nacional que haya intervenido en el asunto como parte interesada, lo que supone violar la imparcialidad de los jueces tal y como el propio TEDH ha interpretado el art. 6.1 del CEDH en multitud de sentencias<sup>32</sup>.

No obstante, y a pesar de que se pueda considerar un recurso de apelación en toda regla, el propio Tribunal ha matizado el alcance de la excepcionalidad en el art. 73 del Reglamento al circunscribirlo únicamente a asuntos que presenten graves problemas de interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos o cuando se trate de cuestiones graves de carácter general, precisado aún más con el informe explicativo del TEDH sobre la práctica general seguida por la Gran Sala al decidir sobre asuntos remitidos a la misma conforme al art. 43 del CEDH, de octubre de 2011, en el que establecen los supuestos en los que existe esa posibilidad<sup>33</sup> y que en la práctica la

---

<sup>29</sup> Si bien el Consejo de Estado no se refería específicamente al Recurso de Revisión, si no a un mecanismo específico creado, vía legislativa, en el que el TS sería el encargado de hacerlo efectivo y que englobara la posibilidad de reapertura de procesos y proceder a la revisión de sentencias o, si la naturaleza del caso lo requiera, la nulidad de actuaciones (como ocurre en Francia o en Bélgica).

<sup>30</sup> El art. 43 se introdujo mediante el Protocolo nº11, hecho en fecha 11 de mayo de 1994, ratificado por España mediante instrumento el 26 de junio de 1998, y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de noviembre de 1998. La introducción del mecanismo “aparente” de una segunda instancia se debió, probablemente, al ímpetu manifestado por algunos Estados como Suecia que pedían mantener una segunda instancia.

<sup>31</sup> ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F: “Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI-1998)” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, num. 56. 1999.

<sup>32</sup> Ejemplo de ello es la reciente STEDH de 1 de diciembre de 2015, asunto Blesa Rodríguez vs. Reino de España en la que se condena al Reino de España, por violación del art. 6.1 del CEDH respecto al requisito de juez imparcial, al pago de 4.000 euros en concepto de daños morales.

<sup>33</sup> En concreto el Tribunal se refiere a siete supuestos:

1. Casos que afectan a la jurisprudencia, ej. STEDH caso Herrmann vs. Alemania de 26 de junio de 2012.
2. Casos que puedan ayudar al desarrollo de la jurisprudencia, ej. STEDH caso Bayatyan vs. Armenia de 7 de julio de 2011

reducen considerablemente, lo que nos reconduce al art. 44 del CEDH que especifica cuando las sentencias son definitivas<sup>34</sup> por ser aplicable a la gran mayoría de casos: Cuando las partes hayan declarado que no remitirán la sentencia a la Gran Sala, o no lo hagan después de transcurridos tres meses desde la sentencia o bien habiendo solicitado la remisión ésta hubiera sido rechazada.

### Procedimiento

Se exige la prestación de un depósito de trescientos euros como condición de admisibilidad (regla general para todo procedimiento de revisión).

La sustanciación del procedimiento ha sufrido alguna reforma en virtud de la Ley 42/2015 de modificación de la LEC: si la demanda es admitida el Secretario Judicial<sup>35</sup> solicita que se remitan las actuaciones de las que trae causa la revisión y emplaza a los que hubieran litigado en ellas para que contesten a la demanda en veinte días. Una vez contestada, o transcurrido el plazo sin que ocurriera tal, el Secretario Judicial convoca a las partes a una vista.

Antes de que se dicte sentencia es necesario informe del Ministerio Fiscal sobre la pertinencia o no de proceder a la revisión solicitada.

En cuanto a los efectos la LEC señala en su art. 516 que “Si el tribunal estimare procedente la revisión solicitada, lo declarará así, y rescindirá la sentencia impugnada. A continuación mandará expedir certificación del fallo, y devolverá los autos al

- 
3. Casos que pueden ayudar a clarificar los principios en los que se asiente la jurisprudencia existente, ej. STEDH caso Medvedyev y otros vs. Francia de 29 de marzo de 2010.
  4. Casos en los que la Gran Sala se ve obligada a reexaminar el desarrollo de su propia jurisprudencia, ej. STEDH caso Taxquet vs. Bélgica de 16 de noviembre de 2010.
  5. Casos relativos a cuestiones nuevas, ej. STEDH caso Leyla Sahin vs. Turquía de 10 de noviembre de 2005.
  6. Casos que plantean una cuestión grave de alcance general, ej. STEDH caso Mangouras vs. Reino de España de 28 de septiembre de 2010.
  7. Casos “extremos”, de gran complejidad jurídica y graves consecuencias para el Estado interesado, ej. STEDH caso Gaggio Giuliani vs. Italia de 24 de marzo de 2011.

<sup>34</sup> Nótese que el CEDH utiliza la palabra “definitivas” en lugar de “firmes” teniendo ambos vocablos en ese contexto el mismo significado productivo, quizás, de la escueta precisión terminológica característica del Convenio de Roma, y resultando incomprensible ya que el término “firme” si está recogido, en su sentido específico, en el art. 4 del Protocolo núm. 7 al hablar del principio “non bis in idem” y así lo ha interpretado el Tribunal en numerosas sentencias, por todas STEDH de 10 de febrero de 2009 caso Sergeuĭ Zolotoukhine vs. Rusia, a diferencia de lo que ocurre en nuestro derecho interno en el que dichos términos están claramente diferenciados.

<sup>35</sup> Se debería de haber modificado la denominación de Secretario Judicial por la de Letrado de la Administración de Justicia, tal y como se expone en el num. IX del Preámbulo de la LO 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la LOPJ, y como así lo denomina la misma Ley Orgánica en diversos preceptos de su articulado, si bien con cierta falta de coherencia ya que unas veces se inclina por Secretarios Judiciales y otras veces por Letrados de la Administración de Justicia.

tribunal del que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente.

En este juicio, habrán de tomarse como base y no podrán discutirse las declaraciones hechas en la sentencia de revisión.

Si el tribunal desestimare la revisión solicitada, se condenará en costas al demandante y perderá el depósito que hubiere realizado.

Contra la sentencia que dicte el tribunal de revisión no se dará recurso alguno”.

Es decir, que el TS estima la revisión de la resolución judicial firme que haya violado los derechos del Convenio, según el TEDH, remitirá las actuaciones al tribunal que hubiera emitido el fallo infringiendo esos derechos para que éste o bien retrotraiga las actuaciones al momento anterior a aquel en que se produjo la violación o bien modifique el fallo acorde con los mandatos contenidos en la sentencia del TEDH, ya que no es lo mismo que se limite a declarar la violación de un derecho (como ocurre en la mayoría de las sentencias del TEDH) o que indique al Estado infractor un modo concreto de reparar el daño derivado de esa violación como ocurrió en el caso *Papamichalopoulos vs. Grecia*<sup>36</sup>.

En el primer supuesto se retrotraerían las actuaciones para que el tribunal causante de la violación reabra el procedimiento en la fase previa a aquella en la que se produjo la infracción de derechos, con la incertidumbre para el demandante-perjudicado de no tener la garantía de que en el nuevo proceso obtuviera una decisión conforme a sus pretensiones.

En el segundo supuesto nos encontraríamos con la posibilidad de que, simplemente, el TS ordene que se remitan las actuaciones al tribunal causante de la violación para que, únicamente, modifique su fallo en cumplimiento al mandato dado por el TEDH, en cuyo caso el demandante-perjudicado sí tiene la garantía de que se le va a satisfacer de acuerdo con su petición inicial.

### 3. Requisitos relativos a la violación de derechos

El tercer punto relevante que presenta el art. 5 bis de la LOPJ y que, la propia ley traslada al resto de órdenes (a excepción del penal como ya apuntábamos), viene dado por la redacción del último párrafo al especificar que solo se puede interponer el recurso de revisión cuando la violación, “por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

---

<sup>36</sup> STEDH de 31 de octubre de 1995 en cuyo fallo el TEDH declaró que el Estado demandado debe devolver a los solicitantes dentro de los seis meses siguientes la tierra en disputa con una superficie de 104.018 m<sup>2</sup>, incluyendo edificios.

A falta de tal restitución, el Estado demandado debe abonar los solicitantes, dentro de los seis meses, 5.551.000.000 (cinco mil millones quinientos cincuenta y un millones) dracmas por daño material.

Aquí el legislador ha vuelto a recoger la jurisprudencia de nuestros tribunales en cuanto al requisito para otorgar el amparo a aquellas violaciones que sean “actuales”, es decir, que se mantengan en el tiempo y ha insertado lo dispuesto en los ordenamientos de otros Estados parte como requisito para poder reabrir un procedimiento interno a consecuencia de la condena impuesta por el TEDH. Así en Eslovaquia para los procedimientos penales o en Polonia para los civiles se exige que la violación persista en el momento en que el solicitante pide la ejecución de la sentencia de Estrasburgo, o que la satisfacción equitativa no sea suficiente y sólo el perjudicado pueda obtener reparación mediante la ejecución de la sentencia como ocurre en Chequia, Francia, Hungría, Lituania, Noruega, Países Bajos y San Marino para los procedimientos penales, Eslovaquia y Polonia para los civiles, Moldavia para penales y civiles, Turquía para civiles y administrativos y Suiza para todos.

Esta exigencia puede presuponer que aquellas sentencias del TEDH que se limiten a declarar la violación de un derecho y a condenar al Reino de España a indemnizar económicamente no van a poder ser ejecutadas por la vía de revisión ya que con la satisfacción económica se entiende reparado el daño, y aquellas en las que el propio TEDH indique un mandato concreto para el Estado infractor (que, normalmente, son aquellas violaciones que el propio tribunal considera que se siguen manteniendo en el tiempo y por ello conmina al Estado a reparar el daño causado mediante la restitución de la situación anterior) serán las que puedan ser consideradas motivos de revisión.

En el ámbito del procedimiento penal no plantea cuestión alguna, al ser éste en el que más claramente se ve la gravedad y la persistencia de los efectos de la infracción de derechos, sin embargo habrá que esperar a la interpretación del precepto objeto de estudio que realice el TS respecto a otros órdenes jurisdiccionales en los que es más difícil vislumbrar los requisitos exigidos.

### **III. ESPECIAL REFERENCIA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL**

Analizados los antecedentes de los que trae causa la incorporación a nuestro ordenamiento del cauce procesal que permite la ejecución de sentencias del TEDH y examinado su alcance a los distintos órdenes jurisdiccionales, conviene hacer una mención específica a su inclusión en el orden penal por ser en éste en el que en más ocasiones se ha pronunciado el tribunal de Estrasburgo, sobre todo por la violación del art. 6.1 del Convenio (derecho a un proceso justo), y porque es en el ámbito penal donde la vulneración de derechos reviste más importancia, tanto por la naturaleza de los mismos como por las consecuencias de su violación.

Hay que señalar que la preferencia del recurso de revisión para posibilitar la ejecución de sentencias del TEDH ya se manifestó en anteproyectos legislativos anteriores. Así, en el anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso Penal, del año 2011, y en el anteproyecto del Código Procesal Penal de fecha 27 de diciembre de 2012, se recogía en su art. 660 apdo. e, en el primer texto citado y en el apdo. e del art. 623 en el segundo, ambos con idéntica redacción, que: “Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiese declarado la

violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, siempre que dicha vulneración haya sido relevante o determinante de la condena”, este último requisito de relevancia de la violación y de que expresamente haya influido en condena ha sido adoptado, igualmente, por otros Estados miembros como Alemania, Austria, Bulgaria y Noruega.

Ninguna de las dos propuestas llegó a ver la luz, pese a que se estaba reclamando una reforma intensa de la LECrim. Por fin con la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la Justicia Penal y el fortalecimiento de las Garantías Procesales, se introduce un nuevo apartado en el art. 954 cuya literalidad es idéntica a la del art. 5 bis de la LOPJ, especificando que “en este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el TEDH. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido tribunal”.

Así se culmina, en el ámbito penal, un proceso marcado con interpretaciones jurisprudenciales desde la sentencia del caso Barberá, Messegú y Jabardo hasta la decisión del TS adoptada en Pleno no jurisdiccional, Sala segunda, de fecha 21 de octubre de 2014, y sus posteriores autos en aplicación de la misma.

Así Planteada y hecha efectiva la reforma, que abarca también a las sentencias firmes dictadas en el proceso militar tal y como recoge la DF segunda de la LO 7/2015 de 21 de julio de modificación de la LOPJ, y establecida la legitimación y el plazo en la propia modificación, parece que se ha solucionado el problema, sin embargo el propio legislador crea confusión y desconcierto al eludir expresamente en la reforma la regulación concreta del nuevo motivo del recurso de revisión.

## **1. Cuestiones afectantes a la legitimación**

En primer lugar atribuye la legitimación a quien hubiera sido demandante ante el TEDH, cuestión aparentemente lógica si nos guiamos por las reformas practicadas en el resto de ámbitos, quedando clara la exclusión del Ministerio Fiscal en la fase de interposición del recurso, a pesar de ello en el art. 956 se hace referencia a la posibilidad de que el Fiscal del TS interponga el recurso por orden del Ministerio de Gracia y Justicia cuando “a su juicio hubiese fundamento bastante para ello”, artículo que no ha sido modificado y que, al ser genérico, entendemos que será de aplicación igualmente al supuesto en el que la revisión sea causada por una sentencia del TEDH que declare vulnerados los derechos fundamentales alegados por el demandante ante el Tribunal de Estrasburgo, al igual que lo dispuesto en el art. 961 que atribuye esa facultad de interposición al Fiscal General del Estado siempre que tenga conocimiento de algún asunto en que se deba proceder así y que, a su juicio, haya fundamento bastante para ello.

Parece que el legislador pretendiera dar una de cal y otra de arena al recurrente, por una parte le deja en soledad frente al cumplimiento por parte del Estado de su reclamación admitida por el TEDH (recordemos que uno de los requisitos que se establece en la reforma es el de que el TEDH hubiese declarado la violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo, por lo que la sentencia tiene que ser condenatoria para España y beneficiosa para el recurrente) cuando es el propio Estado el que debería poner todos los medios para reparar la situación por él mismo creada, y por otra parte permite la presencia del Fiscal General del Estado y, lo que es más interesante, la del TS cuando haya fundamento para ello. No se entiende que siendo el TS el órgano competente para la revisión y siendo obligación del Estado restituir los derechos vulnerados, se limite la legitimación al recurrente sin la participación del Fiscal del alto tribunal quedando ésta limitada a la necesidad de que exista fundamento para ello, expresión que está sujeta a la interpretación y que puede dar lugar a muchas desigualdades.

## **2. Sobre la descoordinación del articulado**

En segundo lugar, el resto de artículos de la LECrim referentes al recurso de revisión, han permanecido invariables, lo que hace que se cree un gran vacío y una grave descoordinación. Vacío porque hay artículos que no son de aplicación a la vista de la nueva redacción operada por la Ley 41/2015 de 5 de octubre. Así el art. 958 en el que no se hace mención alguna a las funciones que debe desempeñar la Sala de lo Penal del TS cuando el recurso de revisión se fundamente en los dos nuevos motivos incluidos, a saber, el supuesto de revisión de sentencias firmes de decomiso autónomo y el supuesto de que haya una sentencia del TEDH que declare vulneración de derechos del CEDH.

A mayor abundamiento, la invariabilidad de dicho artículo supone una incongruencia entre la nueva redacción y el propio art. 958<sup>37</sup> en el que se hace referencia a los

---

<sup>37</sup> El art. 958 señala que. “En el caso del número 1º del artículo 954, la Sala declarará la contradicción entre las sentencias, si en efecto existiere, anulando una y otra, y mandará instruir de nuevo la causa al Tribunal a quien corresponda el conocimiento del delito. En el caso del número 2º del mismo artículo, la Sala, comprobada la identidad de la persona cuya muerte hubiese sido penada, anulará la sentencia firme. En el caso del número 3º del referido artículo, dictará la Sala la misma resolución con vista de la ejecutoria que declare la falsedad del documento, y mandará al Tribunal a quien corresponda el conocimiento del delito instruir de nuevo la causa. En el caso del número 4º del citado artículo, la Sala instruirá una información supletoria, de la que dará vista al Fiscal, y si ella resultara evidenciada la inocencia del condenado, se anulará la sentencia y mandará, en su caso, a quien corresponda el conocimiento del delito instruir de nuevo la causa”.

motivos del antiguo art. 954<sup>38</sup> y que nada tienen que ver con los actuales<sup>39</sup>, ni en la literalidad ni en la concordancia numérica señalada en aquel.

Es decir, nos encontramos ante una falta de regulación con respecto a los efectos de la sentencia rescindente, cuya redacción le corresponde a la Sala Segunda del TS, y que variarán en función del motivo alegado en la revisión. La laguna legal creada por la falta de coherencia y coordinación del legislador y que abarca no solo al motivo de revisión que estamos analizando si no que también al resto de motivos (aunque se pueda interpretar, por analogía, que algunos de los motivos recogidos en la reforma se correspondan con los anteriores, como es el caso de la aparición de hechos nuevos o cuando la valoración de la prueba se haya basado en documentos, testimonios falsos

---

<sup>38</sup> En el anterior art. 954 se establecían como motivos del recurso de revisión de sentencias firmes:

1. Cuando estén sufriendo condena dos o más personas en virtud de sentencias contradictorias por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola.
2. Cuando esté sufriendo condena alguno como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena.
3. Cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia, cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o exacción, o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que los tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en causa seguida al efecto. A estos fines podrán practicarse todas cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en la causa, anticipándose aquellas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme, base de la revisión.
4. Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado.

<sup>39</sup> En la nueva redacción dada por la Ley 41/2015 de 5 de octubre, se contemplan los siguientes motivos de revisión:

- a) Cuando haya sido condenada una persona en sentencia penal firme que haya valorado como prueba un documento o testimonio declarados después falsos, la confesión del encausado arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten declarados por sentencia firme en procedimiento penal seguido al efecto. No será exigible la sentencia condenatoria cuando el proceso penal iniciado a tal fin sea archivado por prescripción, rebeldía, fallecimiento del encausado u otra causa que no suponga una valoración de fondo.
- b) Cuando haya recaído sentencia penal firme condenando por el delito de prevaricación a alguno de los magistrados o jueces intervinientes en virtud de alguna resolución recaída en el proceso en el que recayera la sentencia cuya revisión se pretende, sin la que el fallo hubiera sido distinto.
- c) Cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes.
- d) Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados hubieran determinado la absolución o una condena menos grave.
- e) Cuando, resuelta una cuestión prejudicial por un tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal.

Se añaden a continuación dos nuevos motivos: el primero referente a sentencias firmes de decomiso autónomo, por contradicción entre los hechos declarados probados en esa sentencia y los de la sentencia firme penal y el segundo el referente a la ejecución de sentencias del TEDH.

o en cualquier otro hecho que hubiera sido declarado delictivo en sentencia firme), hace suponer que los efectos de la sentencia rescindente serán los que jurisprudencialmente se marquen a la espera de una nueva reforma legislativa que cubra el vacío.

### **3. Efectos de la revisión**

En cuanto a los efectos de la sentencia rescisoria, en la que se dicta por el órgano *a quo* sentencia ajustada a derecho una vez que el órgano *ad quem* (el TS) autoriza la revisión, siguen permaneciendo los establecidos en el art. 960 LECrim, a saber: Si ha dado lugar a un nuevo juicio, se distingue si la sentencia es absolutoria o condenatoria. En éste último supuesto la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad obliga a abonar el tiempo de prisión que se ha cumplido ya. Si por el contrario es absolutoria concede derecho de indemnización al legitimado o a sus herederos, sin perjuicio de la responsabilidad en la que haya podido incurrir el órgano jurisdiccional u otra persona, exigible frente al Estado.

Por lo que respecta a los efectos de la revisión en cumplimiento de los mandatos de las sentencias del TEDH, parece que la cuestión puede ser más fácil de resolver puesto que en el ámbito penal ya se ha llevado a cabo, con anterioridad a la reforma de la LECrim, la revisión de sentencias cuando el TEDH haya declarado la vulneración de algún derecho del CEDH

El auto del TS de fecha 10 de marzo de 2015 por el que se autorizó la interposición del recurso de revisión contra la STS de 19 de octubre de 2006 por la que se casaba la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Castellón y condenaba al recurrente a la pena de un año y seis meses de prisión más ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público por un delito de prevaricación<sup>40</sup>, dio lugar a la reciente STS de 23 de octubre de 2015<sup>41</sup> en la que el TS realiza una interpretación de

---

<sup>40</sup> El condenado por el TS acudió en amparo ante el TC desestimándose su recurso y posteriormente acudió ante el TEDH que declaró en sentencia de 27 de noviembre de 2012 (Caso Vilanova Goterris y Llop García vs. Reino de España) violación del derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6.1 del CEDH.

<sup>41</sup> Así en su FJ tercero dice: “No se ha de interpretar esta posibilidad en el sentido de que en todo caso, si el TEDH ha apreciado la vulneración de un derecho reconocido en el CEDH, haya de estimarse directamente la demanda y deba acordarse mecánica e ineludiblemente la nulidad de la sentencia cuya revisión se pretende. Pues la sentencia estimatoria del TEDH no acuerda la nulidad o la revocación de la sentencia interna, sino que se limita a declarar la vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, aunque pueda contener, como ocurre cada vez con más frecuencia, una modalidad concreta de reparación o una satisfacción equitativa, como prevé el artículo 41 del Convenio. No se trata, por lo tanto, de proceder a ejecutar la resolución del TEDH. Por el contrario, lo que permite el llamado recurso de revisión, más bien proceso de revisión, es precisamente el examen o reapertura del caso, que ya había sido cerrado por la sentencia firme, en orden a la precisión de los efectos que necesariamente haya de producir la declaración del TEDH en el supuesto concreto que se examina. Pues es claro que la declaración de la existencia de vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, bien en el desarrollo del proceso, bien en la

la revisión de las sentencias firmes para hacer efectiva la resolución del TEDH, fallando haber lugar al recurso de revisión y declarando la nulidad de la sentencia dictada en casación por la que se condenaba al recurrente y ordena la plena eficacia de la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Castellón.

Por lo que, suponemos, que una vez entrada en vigor la reforma de la LECrim, el TS continuará en la misma línea argumentativa, máxime cuando el criterio establecido por el mismo tribunal para autorizar la revisión respecto a que la lesión sea actual, también ha sido acogido por el legislador.

El TS examinará cada supuesto para determinar el alcance de la revisión, ya que no tiene la misma incidencia que el TEDH simplemente declare que se ha producido la violación de un derecho (STEDH caso de Román Zurdo y otros vs Reino de España de 8 de octubre de 2013), a que establezca una obligación concreta para el Estado infractor (STEDH caso Del Rio Prada vs Reino de España de 22 de octubre de 2013).

#### IV. PROPUESTAS DE INTERPRETACIÓN LEGAL

Desde la entrada en vigor de la reforma el TEDH ha dictado varias sentencias condenatorias contra el Reino de España<sup>42</sup>, la mayoría de ellas en el ámbito penal, resultando todas las condenas de carácter pecuniario por lo que no ha habido lugar a solicitar la ejecución de las mismas al ser cumplidas sin ninguna cortapisa por parte del Estado Español, como ha venido haciendo hasta el momento, motivo por el cual y, de momento, el TS aún no se ha pronunciado sobre una posible revisión derivada de una STEDH.

Sí hay que hacer una especial referencia, por lo novedoso y curioso, a un reciente Auto de la Sala segunda del TS, de fecha 25 de abril de 2016<sup>43</sup>, en el que se solicitaba la autorización para la interposición de un Recurso de Revisión sobre la base de la aplicación analógica del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 21 de octubre de 2014 a un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de fecha 20 de julio de 2000, que apreció vulneración del derecho a la doble

---

obtención o práctica de una determinada prueba de cargo, no siempre determinará la nulidad de la sentencia condenatoria dictada contra quien acudió al Tribunal de Estrasburgo, pues puede que no haya sido afectado todo el proceso o que la declaración no se refiera a todas las pruebas, y que subsista material suficiente, independiente de la vulneración declarada, que autorice el mantenimiento de la condena, total o parcialmente. *Será preciso, pues, en cada caso determinar el alcance de la declaración efectuada por ese Tribunal, en atención al contenido de su sentencia y de la sentencia que se pretende revisar.* Y actualmente, al procederse a tal determinación a través de la revisión, la competencia corresponde a este Tribunal Supremo”.

<sup>42</sup> SSTEDH: Rodríguez Ravelo vs. Reino de España de 12 de enero de 2016, Vlieeland Boddy y Marcelo Lammi vs. Reino de España de 16 de febrero de 2016, Gómez Olmeda vs. Reino de España de 29 de marzo de 2016, Porel Terribas y otros vs. Reino de España de 9 de marzo de 2016 y, por último, Menéndez García y Álvarez González v. Reino de España de 15 de marzo de 2016.

<sup>43</sup> ATS 3620/2016 de 25 de abril.

instancia en la revisión de la condena del recurrente<sup>44</sup>. Se trata de un problema que, en palabras del propio TS, resulta “novedoso y complejo” que manifiesta una doble vertiente: por un lado el del sistema de los recursos devolutivos en el proceso penal español cuando se trata de sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y por otro la aplicación de la nueva legislación al supuesto de que el Reino de España sea condenado por vulneración de derechos fundamentales por parte de organismos internacionales diferentes al TEDH.

En cuanto al primer aspecto, hay que señalar que la segunda instancia, según está contemplada en nuestro derecho procesal penal, para aquellas sentencias emanadas de algunos órganos colegiados queda limitada a un Recurso de Casación que no puede ser considerado como una nueva instancia y en el que el TS no puede volver a revisar con plenitud la sentencia de la que trae causa. Y ello porque el sistema de recursos en el ámbito penal es peculiar debido a que coexisten varios modelos de impugnación heterogéneos entre sí y porque en el orden jurisdiccional penal existen múltiples órganos jurisdiccionales sin vinculación funcional alguna entre ellos<sup>45</sup>, de tal manera que los diferentes procedimientos regulados en las leyes procesales penales españolas (LEcrim., Ley de la Responsabilidad Penal del Menor, Ley del Jurado...) no siguen las mismas reglas formales.

En cuanto al segundo punto, en este caso se vuelve a plantear la misma problemática descrita a lo largo de todo este trabajo: no existe, hasta la fecha, ningún mecanismo de ejecución de las Decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Al igual que sucedía con las STEDH, en el actual marco legislativo es difícil dar cumplimiento a los mandatos del Comité, con la diferencia de que dicho Organismo Internacional emite “observaciones” mediante sus Dictámenes que no son equiparables a una resolución judicial (como sí ocurre con el TEDH).

En esta materia la Doctrina del TC es firme al declarar que las Decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, pese a las obligaciones internacionales asumidas por España a través de la ratificación del Pacto, no tienen los mismos efectos que una resolución judicial al decir que “los Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo

---

<sup>44</sup> El asunto trae causa de una condena penal impuesta por la Audiencia Provincial de Toledo en el año 1992 por un delito de asesinato frustrado a la pena de 12 años y un día de Reclusión, confirmada por el TS en el año 1993 y denunciado ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU que apreció vulneración del derecho a la segunda instancia recogido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>45</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. en “¿Son vinculantes los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los Tribunales Españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior)” dentro del Proyecto de Investigación: *La Constitución Europea: implicación y efectos en el ordenamiento procesal de los Estados Miembros*. Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, pág. 108 y ss.

Facultativo le otorgan tal competencia” según la STC 70/2002 de 3 de abril<sup>46</sup>. Sin embargo también considera que esas decisiones del Comité tienen efecto interno al ser útiles para determinar el contenido de los Derechos Fundamentales recogidos en nuestra Constitución y por eso interpreta que el TS puede, mediante el recurso de Casación penal y siempre que se alegue como motivo la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, realizar una revisión íntegra del asunto incluyendo la prueba y la declaración de culpabilidad realizada por el juzgador de instancia<sup>47</sup>.

Es decir, que el TS tiene que ser flexible a la hora de aplicar los motivos de Casación a un procedimiento penal con origen en alguno de los órganos jurisdiccionales colegiados que resuelven en primera instancia.

De todo ello se hace eco el Auto del TS que estamos analizando, completando la argumentación con la nueva regulación contenida en la Ley 41/2015, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que en su exposición de motivos recoge la generalización de la segunda instancia penal “estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas”.

Por ello el TS deniega la autorización para la interposición del recurso de Revisión, es decir, no equipara el Dictamen del Comité de Derechos Humanos a una resolución del TEDH y considera cumplida su pretensión de cumplimiento del Dictamen mediante la revisión realizada por el TS en el recurso de Casación que, según la Doctrina expuesta, cumple con las exigencias del art. 14.5º del Pacto.

En definitiva, si bien ese tipo de decisiones dictadas por organismos internacionales no pueden ser ejecutadas de forma directa por los tribunales españoles al carecer del instrumento procesal conveniente para ello, sí tienen efectos internos a través de la vía legislativa. Sirven de llamada de atención para que el legislador modifique y regule expresamente los mecanismos necesarios para cubrir las deficiencias del sistema en una materia tan importante en un Estado de Derecho como son los Derechos Fundamentales.

## V. CONCLUSIONES

La reforma operada por la LO 7/2015, de 21 de julio, que introduce un nuevo art. 5 bis en la LOPJ recoge (en lo referente a la actualidad de la violación del derecho fundamental, STC 245/1991 caso Barberá Messegué y Jabardo) y amplía (no lo reduce exclusivamente al ámbito penal si no que lo extiende al resto de órdenes jurisdiccionales a través de sus Disposiciones Finales) una doctrina jurisprudencial que ha ido evolucionando en cuanto a la posibilidad de dar cumplimiento a las

---

<sup>46</sup> FJ 7. En el mismo sentido la STC 116/2006 de 24 de abril, referida al mismo caso que estamos tratando en el análisis del Auto del TS, FJ 4.

<sup>47</sup> STC 2/2002 de 14 de enero, FJ 2 además de las mencionada STC 70/2002 de 3 de abril, FJ 7 y 117/2006 de 24 de abril, FJ 5.

sentencias emanadas por el TEDH, culminando con el acuerdo del Pleno no jurisdiccional, Sala segunda, de fecha 21 de octubre de 2014, en el que se optaba por la vía del recurso de revisión como el cauce más adecuado para llevar a cabo los mandatos del tribunal de Estrasburgo.

Al mismo tiempo, la introducción del nuevo motivo de revisión responde a una necesidad reclamada desde las instituciones europeas y nacionales y se hace eco de las legislaciones de otros Estados miembros del CEDH en las que ya se preveían cauces procesales adecuados para posibilitar la ejecución de las sentencias del TEDH.

La inclusión de este nuevo motivo en el ámbito contencioso-administrativo, civil, el militar en lo referente tanto a sentencias firmes como a las dictadas en resolución del recurso contencioso-disciplinario dictados por la Sala de lo militar del TS y en lo referente a las sentencias firmes dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central o por los Tribunales Militares Territoriales, y, suponemos, en el social, supone un fortalecimiento de las garantías de los derechos humanos frente a una violación que puede darse en cualquier orden jurisdiccional.

En lo referente a plazos, legitimación, procedimiento y efectos de la revisión en estos órdenes es el establecido en la LEC, atribuyéndose su competencia al TS.

En el orden jurisdiccional penal la modificación, y por ende la inclusión del nuevo motivo de revisión, vino dada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la Justicia Penal y el fortalecimiento de las Garantías Procesales, en la que se dio una redacción nueva a la totalidad del art. 954 de la LECrim permaneciendo, sin embargo, invariables el resto de preceptos que regulan el recurso de revisión, existiendo un vacío legal en lo referente a los efectos de la sentencia rescindente recogidos en el art. 958 de la ley procesal penal que no se adapta a la nueva redacción del art.954.

En cuanto al motivo añadido que posibilita la ejecución de las sentencias del TEDH, a pesar de que la reforma de la LECrim no establece nada al respecto, el TS ha ido pautando los efectos de la revisión con anterioridad a la mencionada modificación mediante la sentencia de 23 de octubre de 2015 en la que ya apunta la necesidad de analizar caso por caso para determinar el alcance y los efectos de la revisión.

Las críticas a esta reforma afectan a lo establecido en cuanto a legitimación y en cuanto al requisito de exigido de que “la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

En primer lugar la legitimación se reduce a quien haya sido demandante ante el TEDH, lo que supone que ni se revisa de oficio ni el Ministerio Fiscal está obligado a promover la revisión, salvo en los supuestos excepcionales recogidos en los arts. 956 y 961 de la LECrim, déficit éste contrario a las normas internacionales de derechos humanos que obligan al Estado causante de la violación de derechos a enmendarla rectificando todas las situaciones que la causen y que al mismo tiempo el efecto *erga omnes* de las sentencias dictadas por el TEDH quedaría relegado a la invocación de

su jurisprudencia, sin efectos directos en casos similares. Por último, el procedimiento se hace gravoso para quien ha visto vulnerados sus derechos fundamentales al tener que ser el propio perjudicado el que promueva la revisión.

En segundo lugar, el requisito de que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, implica que sea objeto de interpretación por parte del TS que establecerá los criterios para determinar en cada caso cuando se cumple y, por tanto, cuando una sentencia que haya sido recurrida ante el TEDH y éste haya declarado que ha violado derechos del Convenio va a ser objeto de revisión o no, sobre todo en lo que respecta a las dictadas en los órdenes distintos al penal ya que en el penal es más fácil determinar la gravedad y los efectos de la violación por los derechos implicados, lo que supone una peligrosa clasificación de derechos de primera y segunda categoría<sup>48</sup>.

Por otra parte existían en nuestra legislación otros problemas de vacío relacionados con el cumplimiento, por parte del Estado español, de otro tipo de decisiones emitidas por Organismos Internacionales encargados de velar por la satisfacción de los derechos humanos, como es el caso del Comité de Derechos Humanos de la ONU, y a los que el legislador ha intentado corregir mediante otras reformas como la contenida en la LEcrim articulada para el recurso de Casación.

En definitiva se trata de una reforma que era necesaria y, aparentemente, bien articulada pero que manifiesta unos problemas de fondo que tendrán que ser resueltos a golpe de sentencia y doctrina.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando: “Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI-1998)” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, num. 56, 1999.

CACHO SÁNCHEZ, Yaelle: “Fundamento de las críticas al TEDH en el asunto Del Rio Prada c. España” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 48, año 18, Mayo/agosto de 2014. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CONSEJO DE ESTADO “Algunas reflexiones sobre el papel del Consejo de Europa en la construcción europea” en el informe *sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español*, 14 de febrero de 2008.

---

<sup>48</sup> RUÍZ MIGUEL C. “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: su ejecución desde la perspectiva del Derecho Constitucional Comparado y Español” pág.841 CGPJ [http://www.academia.edu/9840360/\\_Las\\_sentencias\\_del\\_Tribunal\\_Europeo\\_de\\_Derechos\\_Humanos\\_su\\_ejecuci%C3%B3n\\_desde\\_la\\_perspectiva\\_del\\_derecho\\_constitucional\\_comparado\\_y\\_espa%C3%B1ol\\_](http://www.academia.edu/9840360/_Las_sentencias_del_Tribunal_Europeo_de_Derechos_Humanos_su_ejecuci%C3%B3n_desde_la_perspectiva_del_derecho_constitucional_comparado_y_espa%C3%B1ol_)

- CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: “El proceso de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Diario Jurídico La Ley* 4459/2014.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José: “La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Diario Jurídico La Ley*, 8308/2013.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, ANA. (coordinación ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SUSANA. Colaborador FEIJÓO MIRANDA, JOSE): “La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del Tribunal” en *el tiempo de los derechos n°12. Consolider-ingenio* (noviembre 2010).
- GIMENO SENDRA, Vicente: “La doctrina Parot y el principio de legalidad”, *Diario Jurídico La Ley*, 2498/2014.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María en “¿Son vinculantes los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los Tribunales Españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior)” dentro del Proyecto de Investigación: *La Constitución Europea: implicación y efectos en el ordenamiento procesal de los Estados Miembros*. Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- JIMENA QUESADA, Luis: “El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el ejemplo para conocer Europa y el tiempo para hacer justicia conforme a los parámetros europeos” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n° 50/51.
- LÓPEZ GUERRA, Luis: “El sistema de protección de Derechos Humanos”. [http://www.upf.edu/dhes\\_alfa/materiales/res/pmdh\\_pdf/PMDH\\_Manual.165-186.pdf](http://www.upf.edu/dhes_alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.165-186.pdf) *Protección Multinivel de Derechos Humanos*.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: “La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¿Una reforma legal necesaria?”, *Diario Jurídico La Ley* 6312/2015.
- RIOS MARTÍN, Julián Carlos/ SÁEZ RODRÍGUEZ, María Concepción: “Del origen al fin de la doctrina Parot”. *INDRET*, 3. 2014.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel: “Un nuevo paso en la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Diario Jurídico La Ley*, 8905/2014.
- RÚIZ MIGUEL, Carlos: “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: su ejecución desde la perspectiva del Derecho Constitucional Comparado y Español” CGPJ [http://www.academia.edu/9840360/\\_Las\\_sentencias\\_del\\_Tribunal\\_Europeo\\_de\\_Derechos\\_Humanos\\_su\\_ejecuci%C3%B3n\\_desde\\_la\\_perspectiva\\_del\\_derecho\\_constitucional\\_comparado\\_y\\_espa%C3%B1ol\\_](http://www.academia.edu/9840360/_Las_sentencias_del_Tribunal_Europeo_de_Derechos_Humanos_su_ejecuci%C3%B3n_desde_la_perspectiva_del_derecho_constitucional_comparado_y_espa%C3%B1ol_)

SANZ GANDASEGUI, Francisco: "Protección de los derechos y libertades en el ámbito europeo. Especial referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su valor jurídico en el Tratado de Lisboa". Boletín nº 2080.

SORIA JIMÉNEZ, Alberto: "La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Análisis de la STC 245/1991 (Asunto Barberá, Messeguer y Jabardo)" en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12, núm. 36. 1992.

## ¿SALUD O DINERO? LA TENSIÓN DIALÉCTICA ENTRE LOS DERECHOS SOBRE EL MEDICAMENTO

Marina Morla González

Colaboradora Honorífica. Departamento de Derecho Público  
Universidad de León

### Resumen

Este estudio se centra en el análisis de la tensión que se produce en el comercio del medicamento entre los derechos de propiedad intelectual de los que son titulares las empresas farmacéuticas y el derecho a la salud del que es titular toda persona. Se reflexionará acerca del tratamiento del medicamento como bien de mercado, y no como bien social, en relación con los precios fijados por los titulares de las patentes farmacéuticas. Las diferentes realidades geográficas que dificultan una correcta aplicación de la normativa, el papel del Estado en la prestación farmacéutica y las importaciones paralelas también ocuparán parte de estas reflexiones; para concluir con la necesidad de incluir unos principios éticos de real y efectivo cumplimiento que inspiren la regulación legal de la materia.

■ **Palabras clave:**  
Patentes farmacéuticas;  
Propiedad intelectual;  
Derecho a la salud; Ética en las patentes; Salud pública; Medicamento; Medicamentos genéricos; Responsabilidad social corporativa; Importaciones paralelas

### Abstract

■ **Keywords:**

Pharmaceutical patents;  
Intellectual property;  
Health right; Ethics in patents; Public health;  
Drugs; Generic drugs;  
Corporate social responsibility; Parallel imports

This paper is mainly focused on the description of the tensions produced over medicine trade, between intellectual property rights of which pharmaceutical companies are holders, and the health right, which every person is holding. It will reflect up on the treatment made over the medicine as a market good instead a social good, regarding to prices established by pharmaceutical patent holders. The different geographical realities which make difficult a correct rule implementation, the role that the State plays in to pharmaceutical provisions, and parallel import sales o will focus a part of this analysis; in order to conclude with the necessity of including ethical principles really operative which inspire a legal regulation in this field.

I. Introducción – II. El medicamento en el comercio internacional. Normativa aplicable y diferentes realidades regionales – III. Los medicamentos genéricos. El papel del Estado – IV. Responsabilidad social corporativa de las empresas farmacéuticas. Las *importaciones paralelas* – V. Conclusiones – Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

«Nos da asco la química pero, de todas maneras, a esa química, más despreciada que cualquier cosa de este mundo, le debemos nuestra vida, nuestra existencia»<sup>1</sup>, escribía en su novela *Hormigón*, Thomas Bernhard, uno de los escritores contemporáneos alemanes más destacados, haciendo referencia a la dependencia que hoy en día el común de los mortales tenemos de los medicamentos.

No puede negarse que es la industria farmacéutica la que mueve los hilos en el teatro de la salud y bienestar de la población. Pero para entender la extensión de esta afirmación deberíamos hablar en cifras.

La trascendencia económica del comercio del medicamento hace comprensible ese manejo de hilos del que hablo. Según los datos de la OMC (Organización Mundial del Comercio), las exportaciones de medicamentos alcanzaron en 2005 un valor de 10.159 millardos de dólares; cifra que aumenta progresivamente cada año. Dentro del sector químico, la sección de productos farmacéuticos implica un valor de 272 millardos de dólares, de los que el 97,8% del total se refiere al valor de las importaciones realizadas solamente en 15 países del mundo, y sobre las que –en el año 2004– tenían control únicamente 20 industrias farmacéuticas. Cifras astronómicas concentradas en un puñado de empresas y países, cifras que además se elevan de forma constante, muy superior a la media de cualquier otro producto dentro del comercio internacional<sup>2</sup>.

Debemos tener en cuenta estas cifras cuando nos dispongamos a reflexionar sobre el tratamiento que se hace del medicamento en el ámbito del comercio internacional, ya que por extensión, afectan directamente a distintas cuestiones humanas y no sólo jurídicas o económicas.

En este escenario tienen protagonismo dos sujetos: la industria farmacéutica, titular de los derechos de propiedad intelectual; y la sociedad, titular del derecho a la salud.

---

<sup>1</sup> BERNHARD, Thomas. *Hormigón*. Alfaguara, Madrid, 2002 (trad. Miguel Sáenz). ISBN: 9788420425436. Esta conexión de ideas es puesta de relieve por BELLVER CAPELLA, Vicente, “Comercio internacional de medicamentos: Algunas cuestiones relevantes”, en: *Retos de la investigación y comercialización de nuevos fármacos*. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Comares. Bilbao – Granada, 2009, págs. 1-30. ISBN: 9788498366105.

<sup>2</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos. “Comercio internacional de medicamentos: Algunas cuestiones relevantes”, en: *Retos de la investigación y comercialización de nuevos fármacos*. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Comares. Bilbao – Granada, 2009, págs. 77 – 103. ISBN: 9788498366105.

La tensión constante entre ambos es el eje central de la polémica que gira en torno al comercio internacional del medicamento. De ello se derivan una serie de aspectos controvertidos, destacando la política de precios de las empresas farmacéuticas o el fenómeno de las importaciones paralelas entre otros<sup>3</sup>.

Quiero volver a referirme al enunciado con el que inicio este texto para reafirmar, que aunque no nos gusten, aunque algunas de sus políticas nos parezcan poco éticas (o incluso abusivas), es gracias a la industria farmacéutica que podemos gozar de buena salud, y superar unas y otras enfermedades que nos afectan a todos. En algunas ocasiones, tan fácil es, que basta con una visita al médico para que nos recete un medicamento y curar la enfermedad.

¿Qué engranaje hay detrás de la fabricación de ese medicamento? Quizás sea una de las preguntas cuya respuesta otorga bastante sentido al debate. El desarrollo de un medicamento implica inversiones económicas astronómicas. Si esas inversiones no pudieran ser recuperadas por el laboratorio farmacéutico que las ha realizado, ninguna investigación para el desarrollo de un fármaco sería rentable. Precisamente para eso se diseñaron las patentes, que permiten explotar en exclusiva esa invención durante un período de tiempo y así obtener una recompensa adecuada al esfuerzo económico y temporal realizado. Respuesta que se traduce en unas ganancias económicas que permiten, no sólo cubrir los gastos de inversión, sino previsiblemente ser destinadas a continuar la investigación y desarrollo de la farmacia, beneficiándose de este modo la sociedad<sup>4</sup>.

Sin embargo, podemos leer: «*El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social*» en el “Preámbulo” de la *Constitución de la Organización Mundial de la Salud* (1946)<sup>5</sup>; o, del mismo modo –entre otros muchos instrumentos jurídicos internacionales que se refieren a la protección de la salud– el *PIDESC* (1966), en su art.12.2.d), cuando proclama el aseguramiento de asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, como una de las medidas a adoptar por los Estados parte, para asegurar la plena efectividad de este derecho<sup>6</sup>. De esto puede deducirse, por tanto, que un elemento esencial del derecho a la salud viene constituido por el acceso a medicamentos<sup>7</sup>, como bien indica la *Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos*, en su art. 14.2.a), que a pesar de su carácter no vinculante, por su apelación directa a los Derechos Humanos,

---

<sup>3</sup> *Ibíd.*

<sup>4</sup> MARTÍN URANGA, Amelia. Voz “Patentes Biotecnológicas”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Carlos María ROMEO CASABONA (Ed.). Granada. Comares. 2011. Tomo II, págs. 1225-1233. ISBN: 9788498367881.

<sup>5</sup> *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Preámbulo. Fecha de consulta: 09/02/2017. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/04-wto\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm)

<sup>6</sup> PEMÁN GAVÍN, Juan. “Derecho a la protección de la salud”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Carlos María ROMEO CASABONA (Ed.). Granada. Comares. 2011. Tomo I, págs. 577–583. ISBN: 9788498367881.

<sup>7</sup> ESPLUNGES MOTA, Carlos. “Comercio internacional de medicamentos: Algunas cuestiones relevantes”, en: *Retos de la investigación... cit.*, págs. 77–103.

habrá de ser tenida en cuenta<sup>8</sup>. Aquí es, por tanto, donde se dibuja claramente el enfrentamiento de la salud pública con esa libertad de las empresas farmacéuticas para producir y comercializar medicamentos<sup>9</sup>.

El gobierno tiene en sus manos la difícil tarea de encontrar un criterio que conduzca al equilibrio entre ambos derechos, una combinación adecuada de libertad, autorregulación y control externo<sup>10</sup>.

Sin embargo, a través de las políticas adoptadas en gran parte de los Estados, el medicamento se observa encuadrado en la situación de competencia típica de un bien de mercado, ignorando esa nota de *esencialidad* que lo caracteriza y diferencia, y que rompe la clásica relación oferta demanda del común de los bienes de mercado, donde: a mayor oferta, menor precio<sup>11</sup>. En el caso de los medicamentos, un mayor precio no implica necesariamente una disminución de la demanda del medicamento, ya que en este particular caso, la demanda está subordinada a la necesidad que el paciente tiene de ese concreto medicamento en función de la enfermedad que padece, en cuyo padecimiento no interviene su voluntad.

## II. EL MEDICAMENTO EN EL COMERCIO INTERNACIONAL. NORMATIVA APLICABLE Y DIFERENTES REALIDADES REGIONALES

No es de extrañar, considerando lo anterior, que la industria farmacéutica se ampare en los altos costes de investigación y desarrollo a los que tiene que hacer frente para fijar unos precios significativamente elevados sobre los medicamentos<sup>12</sup>. La patente otorga legitimidad al laboratorio farmacéutico para explotar en exclusiva el producto desarrollado por él, lo que implica, entre otras cosas, fijar el precio que estime conveniente para el mismo<sup>13</sup>. Ese monopolio, de 20 años, concedido al laboratorio farmacéutico<sup>14</sup>, tiende a que se fijen precios elevados sobre los productos patentados,

---

<sup>8</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo. “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos: ¿una oportunidad de recuperar el espíritu de la Declaración de Doha?”, en *Revista de Bioética y Derecho*. 2007, núm. 10, págs. 13–19. ISSN: 1886-5887.

<sup>9</sup> BELLVER CAPELLA, Vicente. “Comercio internacional de medicamentos: Algunas cuestiones relevantes”, en: *Retos de la investigación y comercialización de nuevos fármacos*. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Comares. Bilbao – Granada, 2009, págs. 1–30. ISBN: 9788498366105.

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> LEMA SPINELLI, Sebastián. “Acceso a los medicamentos: las patentes y los medicamentos genéricos. Las consecuencias de considerar al medicamento como un bien de mercado y no social”, en *Revista de Bioética y Derecho*. 2015, núm. 34, págs. 81–89. ISSN: 1886–5887.

<sup>12</sup> *Ibíd.*

<sup>13</sup> MARTÍN URANGA, Amelia. Voz “Patentes Biotecnológicas”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, cit.

<sup>14</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo. “La Declaración Universal sobre Bioética...”, cit.

y con ello se hace un tratamiento del medicamento como bien de mercado, y no como bien social<sup>15</sup>.

Así se ha generado lo que podría denominarse “*a life versus profit debate*”, que va más allá de las tradicionales diferencias entre los países desarrollados y subdesarrollados en cuanto al acceso a medicinas. Con la creación de la OMC y la firma de los ADPIC (*Acuerdos sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*, 1994) se ha puesto de relieve la existencia de problemas legales y políticos en este ámbito, y se han enfrentado los beneficios corporativos frente al derecho humano a la vida, máxime cuando hablamos de enfermedades tan graves como el Sida, y el comercio que a lo largo de la historia se ha hecho de sus tratamientos<sup>16</sup>.

La posibilidad de un pleno goce del derecho a la salud viene ligada a la condición económica y social del individuo<sup>17</sup>, y por tanto, el estatus económico y social del Estado donde viva. Así, el fuerte contraste que se dibuja en las realidades de los distintos Estados permite distinguir países desarrollados que dan cabida a un eficaz sistema sanitario en sus distintas exigencias, a través de medios técnicos, científicos y jurídicos completos, sin que se presenten problemas de gran índole, que permiten al ciudadano un pleno goce de su derecho a la salud<sup>18</sup>; y otros países subdesarrollados o en situaciones de pobreza extrema donde el disfrute derecho a la salud de una forma efectiva se hace prácticamente imposible<sup>19</sup>. En un ámbito intermedio existe un sector de Estados, que a pesar de presentar notorias insuficiencias y dificultades en la prestación de servicios a los ciudadanos, disfrutan de medios y servicios públicos que gozan de cierto desarrollo y que están blindados por un sistema jurídico e internacional que vela por su reforzamiento<sup>20</sup>. Podríamos encontrarnos ante casos en los que países con una poderosa industria farmacéutica como India o Brasil abastezcan con su producción la demanda de los países desarrollados, y que sus propios ciudadanos no puedan acceder a los precios fijados por el titular de la patente en ese medicamento<sup>21</sup>.

Realizar un análisis exhaustivo de los instrumentos legales reguladores de los derechos de propiedad intelectual e industrial requeriría una extensión de la que aquí no disponemos. Aunque haciendo un rápido repaso tendríamos que remontarnos a

---

<sup>15</sup> LEMA SPINELLI, Sebastián. “Acceso a los medicamentos...”, cit.

<sup>16</sup> AGINAM, Obijiofor. “Between Life and Profit: Global Governance and the Trilogy of Human Rights, Public Health and Pharmaceutical Patents”. *North Carolina Journal of International Law*. 2006, vol. 31, núm. 4, págs. 901–921.

<sup>17</sup> SALOÑA BORDAS, Marta I. “Efectos colaterales de un reparto insostenible de recursos”, en *Revista de Bioética y Derecho*. Junio 2006, núm. 7, págs. 1–10. ISSN: 1886–5887.

<sup>18</sup> PEMÁN GAVÍN, Juan. “Derecho a la protección...”, cit.

<sup>19</sup> *Ibíd.*

<sup>20</sup> *Ibíd.*

<sup>21</sup> ORTÚN RUBIO, Vicente. “Patentes, regulación de precios e innovación en la industria farmacéutica”, en *Cuadernos económicos de ICE*. 2004, núm. 67, págs. 191–208. ISSN: 0210- 2633.

1883, y citar el *Convenio de París*, o a 1886, y referirnos al *Convenio de Berna*<sup>22</sup>; sin embargo, no es hasta la firma de los ADPIC, en 1994, cuando se constata realmente la trascendencia económica del comercio internacional de este tipo de bienes, y se establecen unos mínimos de protección para todos los países de la OMC, como el periodo de explotación exclusiva durante 20 años (extensión del concepto estadounidense de la patente). Esto implicaba que durante ese tiempo, no podrían fabricarse medicamentos genéricos (salvo licencia), ni por tanto, ofrecer medicamentos a precios inferiores<sup>23</sup>.

Aunque ya el propio *Acuerdo sobre los ADPIC* contemplaba una serie de *flexibilidades*, en las que los países menos desarrollados podrían ampararse, cuando no pudieran hacer frente a los altos precios de los medicamentos; en la práctica, las mismas se tornaban inefectivas, debido a las presiones a las que constantemente se veían sometidos para seguir pagando el precio fijado por la patente<sup>24</sup>. En los años posteriores trató de encontrarse una solución, un punto de equilibrio entre los derechos protagonistas en esta controversia. Así, en 2001 con la *Declaración de Doha*<sup>25</sup>, se determinó reconocer a los países menos adelantados la capacidad de tomar cualquier medida ante una situación de emergencia, y a los países desarrollados, abstenerse de imponer obstáculos ante una actuación tomada en tal situación, como puede ser la firma de acuerdos comerciales bilaterales que impidan hacer efectivas las *flexibilidades* que recoge el *Acuerdo sobre los ADPIC*<sup>26</sup>. A pesar de ello, y aunque en el año 2003 con la *Decisión del Consejo General de la OMC sobre los ADPIC*<sup>27</sup> se pretendió facilitar la importación de medicamentos genéricos en países subdesarrollados<sup>28</sup>; o en el año 2005, con la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, se intentó reforzar ese equilibrio tan anhelado; los problemas subsistían. La inefectividad práctica de estos acuerdos era paralela a la muerte de miles de personas en todo el mundo a causa de enfermedades para las que existía cura pero cuya adquisición estaba solo al alcance de unos pocos<sup>29</sup>. Esta crisis de acceso a medicamentos constituía la base de los problemas sanitarios que reinaban

---

<sup>22</sup> ESPLUNGES MOTA, Carlos. “Comercio internacional de medicamentos: Algunas cuestiones relevantes”, en: *Retos de la investigación... cit.*, págs. 77–103.

<sup>23</sup> GOMES SOARES, Fernanda S. “Salud pública y derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio”, en Revista: *Saber, ciencia y libertad*. 2008. vol. 3, núm. 2, págs. 67–82. ISSN: 1794–7154.

<sup>24</sup> SOUTH CENTRE. *El estado de la aplicación de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública diez años después de su adopción*. 1 de noviembre de 2011. Fecha de consulta: 21/3/2016. Disponible en: <http://es.southcentre.int/informe-sobre-politicas-7-nov-2011/>

<sup>25</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública. 14 noviembre de 2001*. Fecha de consulta: 21/3/2016. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/min01\\_s/mindecl\\_trips\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm)

<sup>26</sup> SOUTH CENTRE. “*El estado de la aplicación de la Declaración de Doha...*” cit.

<sup>27</sup> CONSEJO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Decisión del Consejo General de 30 de Agosto de 2003*. Fecha de consulta: 22/3/2016. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/implem\\_para6\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/implem_para6_s.htm)

<sup>28</sup> GOMES SOARES, Fernanda S. “Salud pública y derechos...”, cit.

<sup>29</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo. “La Declaración Universal sobre Bioética”,... cit.

en la década de los 90 y principios del presente siglo entre EEUU, Sudáfrica y Brasil, respecto al acceso a medicamentos contra el SIDA fundamentalmente<sup>30</sup>.

Cabe destacar que en el propio *Acuerdo sobre los ADPIC*, se determinó que hasta 1996 ningún Estado miembro estaría obligado a aplicar las disposiciones en él establecidas. Conscientes del inminente obstáculo para el ejercicio del derecho a la salud que los países menos adelantados encontrarían en la aplicación de estas medidas, se matizó en el propio Acuerdo que en caso de tratarse de un país miembro menos adelantado, este dispondría de 10 años más para ello, esto es, hasta 2006, para aplicar dichas normas, con la esperanza de que en ese período hubiera obtenido una base tecnológica sólida y viable<sup>31</sup>. Sin embargo, habida cuenta de los insuficientes avances y escasas transacciones tecnológicas de los países más desarrollados a los menos, en la *Declaración de Doha* se acordó prolongar ese plazo para los países menos desarrollados, aplazándolo hasta 2016<sup>32</sup>. Esa misma razón, años después (12 de noviembre de 2015), sería argumentada por el *Consejo de la OMC* para ampliarlo nuevamente 17 años más, hasta 2033. Esto significa que los países menos desarrollados están exentos de ejecutar, aplicar, o hacer cumplir las patentes hasta entonces<sup>33</sup>.

Algo característico de estos cuerpos normativos a los que me he referido es que en ellos se observa una clara finalidad incentivadora de la investigación e innovación; sin tener en cuenta que su aplicación en países en los que tal innovación es imposible por falta de recursos, hace muy difícil, cuando no inefectiva, su aplicación<sup>34</sup>. Si esto lo combinamos con la determinación de algunos países desarrollados de firmar acuerdos bilaterales de libre comercio donde se limita aún más la posibilidad de hacer uso de esas flexibilidades, la situación se ve empeorada. Hablamos de los denominados *ADPIC plus*, donde en muchas ocasiones encontramos una protección del derecho de propiedad intelectual superior a la prevista en los propios ADPIC, por ejemplo a través de la extensión de la materia patentable<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> ESPLUNGES MOTA, Carlos. “Comercio internacional de medicamentos: Algunas cuestiones relevantes”, en: *Retos de la investigación... cit.* Págs. 77–103.

<sup>31</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*. 1994. Anexo IC, Acuerdo de Marrakech. Fecha de consulta: 21/3/2016. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/27-trips.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf)

<sup>32</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “*Declaración relativa...*”, cit.

<sup>33</sup> ONUSIDA. Ampliación del período de transición de los ADPIC para los productos farmacéuticos. 12 de noviembre de 2015. Fecha de consulta: 22/3/2016. Disponible en: [http://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2015/november/20151112\\_TRIPS](http://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2015/november/20151112_TRIPS)

<sup>34</sup> ESPLUNGES MOTA, Carlos. “Comercio internacional de medicamentos: Algunas cuestiones relevantes”, en: *Retos de la investigación... cit.*, págs. 77–103.

<sup>35</sup> *Ibid.*

### III. LOS MEDICAMENTOS GENÉRICOS. EL PAPEL DEL ESTADO

Otro factor al que hay que prestar atención debido a la distorsión que produce en el mercado, es la entrada de genéricos en el mismo, uno de los métodos principales para incrementar la competitividad<sup>36</sup>. Cuando la patente expira, otros laboratorios pueden copiar el principio activo y venderlo con su propia marca en un medicamento equivalente. Esas copias del medicamento original son los denominados “medicamentos genéricos”. El uso de medicamentos genéricos se incrementa cada año a medida que las patentes de medicamentos de marca expiran. Debido a que los fabricantes de genéricos no emplean dinero en investigar, desarrollar y registrar el medicamento, elaboran medicamentos genéricos a coste más reducido en comparación con el medicamento de marca original<sup>37</sup>. Sin embargo, son diversos los métodos que emplean los laboratorios farmacéuticos que han diseñado el medicamento original para ampliar ese plazo de protección del cual gozan, como el registro de la patente de nuevas “versiones” de ese fármaco, patentado en un principio con una determinada utilidad<sup>38</sup>.

Téngase en cuenta que en numerosos países desarrollados nos encontramos con un sistema de copago o similar, donde el Estado asume parte del precio del medicamento y descarga parte de esa carga al ciudadano. Esto dificulta el desarrollo de una política de precios bajos más tolerante y flexible por parte de las farmacéuticas<sup>39</sup>. En este contexto, ha fracasado la garantía a los ciudadanos de acceso a medicamentos tales como *Sovaldi* para el tratamiento de la *Hepatitis C* en muchos países de Europa<sup>40</sup>. Por poner un ejemplo, en el caso de España, el gobierno destinó para la adquisición de *ese* medicamento una partida presupuestaria insuficiente para tratar siquiera a la mitad de los afectados, cubriendo solo al 1,63%. Miles de muertes, y consecuentemente, numerosas movilizaciones, se produjeron a raíz de esta polémica donde los intereses económicos ganaban la batalla<sup>41</sup>.

No solo es una función de control la que asume el Estado (en el sentido de cooperación pública), sino también de fomento (una cooperación destinada a hacer realmente efectiva la participación), cuando acepta el ejercicio privado de la prestación sanitaria, que no deja de ser un servicio público<sup>42</sup>. Sin embargo, no puede

---

<sup>36</sup> CABEZÓN RUIZ, Soledad. “Draft Report in EU options for improving access to medicines” (2016/2057(INI)), Committee on the Environment, Public Health and Food Safety. Fecha de consulta: 31/10/2016. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-587.690+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>

<sup>37</sup> JANSEN, Marlize. “Protecting the big names in medicine”, en *The Quarterly Law Review for People in Business*, 2003, vol. 11, núm. 4, págs. 212-215. ISSN: 1021-7061.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> ESPLUNGES MOTA, Carlos. *Comercio internacional de medicamentos: Algunas cuestiones relevantes*. En: *Retos de la investigación... cit.* págs. 77-103.

<sup>40</sup> CABEZÓN RUIZ, Soledad. “Draft Report in EU options...”, *cit.*

<sup>41</sup> PLATAFORMA DE AFECTADOS POR LA HEPATITIS C, España. Fecha de consulta: 10/6/2016. Disponible en: <http://www.plataformadeafectadosporhepatitisc.org/quienessomos>

<sup>42</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. “El principio de «subsidiariedad horizontal» en el ordenamiento español”, en: *Federalismo, Regionalismo e Principio di Sussidiarietà*

negarse que es posible una concurrencia de la actividad desarrollada por el Estado con particulares, grupos sociales, u otros profesionales<sup>43</sup>. Aunque exista esa iniciativa privada, que se sostiene sobre la libertad de empresa, esto es, el valor de libertad; el Estado no puede abdicar de sus obligaciones de fomento y control de estos servicios públicos (máxime al entender la prestación sanitaria como uno de estos), en coherencia con los valores bajo los que se construye el Estado social y de derecho, modelo imperante hoy en Europa y en gran parte de países desarrollados<sup>44</sup>.

#### IV. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA DE LAS EMPRESAS FARMACÉUTICAS. LAS IMPORTACIONES PARALELAS

A la hora de buscar soluciones hay que comprender la fuerza que posee la industria farmacéutica. De su actividad se derivan indiscutibles resultados positivos, por poner un ejemplo, en la garantía de calidad de medicamentos<sup>45</sup>. Pero si observamos que las cifras a las que hacíamos alusión al principio de este estudio son consecuencia de la consideración del medicamento como bien de mercado y no como bien social, cabe cuestionarse el papel que juega la ética en la actividad corporativa de las empresas farmacéuticas.

¿Cabe atribuir a estas empresas algún tipo de responsabilidad social al permitir que un reparto insostenible de recursos impida el acceso de los usuarios a los precios de los medicamentos? No cabe duda de que es necesaria una mayor transparencia y democratización, no sólo en sus actividades, sino también en las políticas empleadas cuando operan en el mercado internacional<sup>46</sup>.

---

*orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali.* a cura di G. CIMBALO y J. I. Alonso PÉREZ. Giappichelli editore, Torino, págs. 73–96, en concreto, pág. 77. ISBN: 88-348-5394-6.

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ PASTRANA, José María. *El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional*. Madrid. Civitas, 1984. ISBN: 84-7398-313-0.

<sup>44</sup> TARODO SORIA, Salvador. “Libertad de conciencia y servicios sanitarios prestados por entes confesionales concertados con el Estado”, en: Antonello DE OTO e Federica BOTTI. *Federalismo fiscale, principio di sussidiarietà e neutralità dei servizi social erogati. Esperienze a confronto*. Bononia University Press. 2007, págs. 227–277. ISBN: 978-88-7395-230-5. Sobre la tipología jurídica, formas de gestión, modalidades de intervención, instrumentos jurídicos y requisitos de control público de la intervención privada en la prestación de servicios sociales, *vid.*, también del mismo autor: “Perspectiva intercultural y participación en el sistema de servicios sociales del Ayuntamiento de Barcelona”, en *Asistencia social, participación y reconocimiento de la diversidad: un estudio comparado entre comunidades autónomas*, Adoración Castro Jover (Ed.), Aranzadi, Pamplona, 2016. ISBN: 978-84-9099-550-1.

<sup>45</sup> CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS EN ESPAÑA. *Informe sobre el sector farmacéutico*. Octubre 2014. Madrid.

<sup>46</sup> INESTA, Antonio y OTEO, Luis Ángel. “La industria farmacéutica y la sostenibilidad de los sistemas de salud en países desarrollados y América Latina”. *Artigo Article*. 2010, Madrid, págs. 2713–1724. ISSN: 1413-8123.

Aunque los códigos de conducta ya ocupan un espacio dentro de las bases de actuación de las empresas farmacéuticas<sup>47</sup>, la situación no ha experimentado mejoras a largo plazo, y por tanto, cabe plantearse dónde quedan esos valores corporativos. La experiencia ha puesto de manifiesto que en gran parte está en mano de las empresas farmacéuticas tomar la determinación de distribuir medicinas a precios asequibles, a personas que por su condición económica no tengan acceso a ellas<sup>48</sup>.

Una actividad que se hace presente en el mercado internacional del medicamento es el denominado fenómeno de las *importaciones paralelas*. El grado de beneficio de toda empresa dependerá lógicamente del cliente y sus características, teniendo en cuenta que la empresa busca obtener siempre el máximo beneficio posible. Numerosos autores consideran favorable una adaptación de los precios de las empresas farmacéuticas a las características económicas de los concretos mercados, de tal forma que un mayor beneficio obtenido en los Estados más ricos compensaría los menores ingresos derivados de la actividad mercantil con Estados de menor capacidad adquisitiva<sup>49</sup>. Sin embargo, esta medida termina beneficiando principalmente a productores y distribuidores, y no tanto a los consumidores o a la eficiencia del mercado en su conjunto<sup>50</sup>.

## V. CONCLUSIONES

A la hora de buscar soluciones, no cabe duda de la necesidad de una revisión de los sistemas de fijación de precios de los medicamentos, de enmarcar la actuación de las empresas farmacéuticas dentro de unos márgenes éticos y analizar los beneficios y perjuicios de la fragmentación del mercado.

Promover un fomento adecuado de la investigación en el sector farmacéutico a través de incentivos, es algo que los gobiernos no deben descuidar, evitando que se prioricen las áreas de investigación en función de los potenciales beneficios derivados del comercio de sus investigaciones en base al poder del comprador.

Encontrar un punto de equilibrio entre el derecho del individuo a un libre acceso a medicamentos y el derecho de las empresas farmacéuticas de ser retribuidas

---

<sup>47</sup> MELÉ, Domènec. “Las cinco mayores compañías farmacéuticas: imagen corporativa y críticas en responsabilidad social”. Marzo 2006. Núm. 6, págs. 1–14. Occasional Paper. IESE Business School. Universidad de Navarra.

<sup>48</sup> HARO-DE-ROSARIO, Arturo; SARAITE, Laura; GÁLVEZ-RODRIGUEZ, María Mar; CABA-PÉREZ, María del Carmen. “La industria farmacéutica ante la demanda de responsabilidad social corporativa”, en *Perspectiva Empresarial*, marzo 2016, vol.3, núm.1, págs. 55-75. ISSN: 2389–8186.

<sup>49</sup> JOHNSON, Hilde. “Strategies to Balance Patent Law and Los Cost Access to Medicines”, en *The Brown Journal of World Affairs*, 2005, vol. 12, núm. 1, págs. 169–175. ISSN: 10800786.

<sup>50</sup> HE Bale, Jr; “The conflicts between parallel trade and product access and innovation: the case of pharmaceuticals”, en *J. Int. Economic Law* 1998; 1 (4): 637-653, citado por ESPLUNGES MOTA, Carlos. “Comercio internacional de medicamentos: Algunas cuestiones relevantes”, en: *Retos de la investigación... cit.* pág. 95.

adecuadamente por su actividad, constituye uno de los principales objetivos a solucionar en las constantes reuniones de la OMC. Ignorar la necesidad de priorizar el derecho a la salud por encima de los intereses comerciales no es la solución, y tampoco lo es ignorar una necesaria reformulación del sistema de patentes, que se inspire en unos principios éticos que inviten a un punto de equilibrio óptimo para todos los actores involucrados en esta situación.

## Bibliografía

- AGINAM, Obijiofor. "Between Life and Profit: Global Governance and the Trilogy of Human Rights, Public Health and Pharmaceutical Patents", en *North Carolina Journal of International Law*. 2006, vol. 31, núm. 4, págs. 901-921.
- BELLVER CAPELLA, Vicente. "Comercio internacional de medicamentos: Algunas cuestiones relevantes", en: *Retos de la investigación y comercialización de nuevos fármacos*. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Comares. Bilbao - Granada, 2009, págs. 1-30. ISBN: 9788498366105.
- BERNHARD, Thomas. *Hormigón*. Alfaguara, Madrid, 2002 (trad. Miguel Sáenz). ISBN: 9788420425436.
- CABEZÓN RUIZ, Soledad. "Draft Report in EU options for improving access to medicines" (2016/2057(INI)). Committee on the Environment, Public Health and Food Safety. Fecha de consulta: 31/10/2016. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+COMPARG+PE-587.690+01+DOC+PDF+VO//EN&language=EN>
- CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS EN ESPAÑA. *Informe sobre el sector farmacéutico*. Octubre 2014. Madrid.
- CONSEJO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Decisión del Consejo General de 30 de Agosto de 2003*. Fecha de consulta: 22/3/2016. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/implem\\_para6\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/implem_para6_s.htm)
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Preámbulo. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/04-wto\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm)
- DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo. "La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos: ¿una oportunidad de recuperar el espíritu de la Declaración de Doha?", en *Revista de Bioética y Derecho*. 2007, núm. 10, págs. 13-19. ISSN: 1886-5887.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos. "Comercio internacional de medicamentos: Algunas cuestiones relevantes", en: *Retos de la investigación y comercialización de nuevos fármacos*. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Comares. Bilbao - Granada, 2009, págs. 77-103. ISBN: 9788498366105.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, Jose María. *El servicio público de la Sanidad: El marco constitucional*. Madrid. Civitas, 1984. ISBN: 84-7398-313-0.
- GOMES SOARES, Fernanda S. "Salud pública y derechos de propiedad intelectual

- relacionados con el comercio”, en *Revista: Saber, ciencia y libertad*. 2008, vol. 3, núm. 2, págs. 67–82. ISSN: 1794–7154.
- HARO-DE-ROSARIO, Arturo; SARAITE, Laura; GÁLVEZ-RODRIGUEZ, María Mar; CABA-PÉREZ, María del Carmen. “La industria farmacéutica ante la demanda de responsabilidad social corporativa”, en *Perspectiva Empresarial*. Marzo 2016, vol. 3, núm. 1, págs. 55-75. ISSN: 2389–8186.
- HE Bale, Jr; “The conflicts between parallel trade and product access and innovation: the case of pharmaceuticals”, en *J. Int. Economic Law* 1998; 1 (4): 637-653, citado por ESPLUNGES MOTA, Carlos. “Comercio internacional de medicamentos: Algunas cuestiones relevantes”, en: *Retos de la investigación... cit.*
- IÑESTA, Antonio y OTEO, Luis Ángel. “La industria farmacéutica y la sostenibilidad de los sistemas de salud en países desarrollados y América Latina”, en *Artigo Article*. 2010, Madrid, págs. 2713–1724. ISSN: 1413-8123.
- JANSEN, Marlize. “Protecting the big names in medicine”, en *The Quarterly Law Review For People In Business*. 2003, vol. 11, núm. 4, págs. 212-215. ISSN: 1021-7061.
- JOHNSON, Hilde. “Strategies to Balance Patent Law and Los Cost Access to Medicines”, en *The Brown Journal of World Affairs*. 2005, vol. 12, núm. 1, págs. 169–175. ISSN: 10800786.
- LEMA SPINELLI, Sebastián. “Acceso a los medicamentos: las patentes y los medicamentos genéricos. Las consecuencias de considerar al medicamento como un bien de mercado y no social”, en *Revista de Bioética y Derecho*. 2015, núm. 34, págs. 81–89. ISSN: 1886–5887.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. “El principio de «subsidiariedad horizontal» en el ordenamiento español”, en: *Federalismo, Regionalismo e Principio di Sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*. A cura di G. CIMBALO y J. I. Alonso PÉREZ. Giappichelli editore, Torino, págs. 73–96. ISBN: 88-348-5394-6.
- MARTÍN URANGA, Amelia. Voz “Patentes Biotecnológicas”, en: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Carlos María ROMEO CASABONA (Ed.). Granada. Comares. 2011. Tomo II, págs. 1225-1233. ISBN: 9788498367881.
- MELÉ, Domènec. “Las cinco mayores compañías farmacéuticas: imagen corporativa y críticas en responsabilidad social”. *Occasional paper. IESE Business School*. Universidad de Navarra, marzo 2006, núm. 6, págs. 1–14.
- ONUSIDA. Ampliación del período de transición de los ADPIC para los productos farmacéuticos. 12 de noviembre de 2015. Fecha de consulta: 22/3/2016. Disponible en: [http://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2015/november/20151112\\_TRIPS](http://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2015/november/20151112_TRIPS)
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública. 14 noviembre de 2001*. Fecha de consulta: 21/3/2016. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/min01\\_s/mindecl\\_trips\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm)
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Acuerdo sobre los aspectos de los*

derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. 1994. Anexo 1C, Acuerdo de Marrakech. Fecha de consulta: 21/3/2016. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/27-trips.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf)

ORTÚN RUBIO, Vicente. “Patentes, regulación de precios e innovación en la industria farmacéutica”, en *Cuadernos económicos de ICE*. 2004, núm. 67, págs. 191-208. ISSN: 0210-2633.

PEMÁN GAVÍN, Juan. “Derecho a la protección de la salud”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Carlos María ROMEO CASABONA (ed.). Granada, Comares, 2011. Tomo 1, págs. 577-583. ISBN: 9788498367881.

PLATAFORMA DE AFECTADOS POR LA HEPATITIS C, España. Fecha de consulta: 10/6/2016. Disponible en: <http://www.plataformadeafectadosporhepatitisc.org/quienessomos>

SALOÑA BORDAS, Marta I. “Efectos colaterales de un reparto insostenible de recursos”, en *Revista de Bioética y Derecho*, junio 2006, núm. 7, págs. 1-10. ISSN: 1886-5887.

SOUTH CENTRE. *El estado de la aplicación de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública diez años después de su adopción*. 1 de noviembre de 2011. Fecha de consulta: 21/3/2016. Disponible en: <http://es.southcentre.int/informe-sobre-politicas-7-nov-2011/>

TARODO SORIA, Salvador. “Libertad de conciencia y servicios sanitarios prestados por entes confesionales concertados con el Estado”, en: *Federalismo fiscale, principio di sussidiarietà e neutralità dei servizi social erogati. Esperienze a confronto*. Antonello DE OTO e Federica BOTTI (Eds.), Bononia University Press. 2007, págs. 227-277. ISBN: 978-88-7395-230-5.

TARODO SORIA, Salvador. “Perspectiva intercultural y participación en el sistema de servicios sociales del Ayuntamiento de Barcelona”, en *Asistencia social, participación y reconocimiento de la diversidad: un estudio comparado entre comunidades autónomas*, Adoración Castro Jover (Ed.), Aranzadi, Pamplona, 2016. ISBN: 978-84-9099-550-1.



## B) COMENTARIOS DE SENTENCIAS



## EL AVAL CONSTITUCIONAL DE LA EXPULSIÓN DE LOS “SIN PAPELES” DE LA SANIDAD PÚBLICA (O DE LA STC 139/2016, DE 21 DE JULIO)

Carmen Montesinos Padilla

Profesora Visitante de Derecho Constitucional  
Universidad de Vigo

**Resumen:** La legislación de urgencia ha proliferado en el contexto de la crisis económica. En muchas ocasiones, este poder excepcional ha sido ejercido por el Ejecutivo español en materia de derechos sociales. Y en la mayoría de las veces, lo ha sido con efectos regresivos. Un claro ejemplo lo encontramos en la reforma del Sistema Nacional de Salud, avalada recientemente en su práctica totalidad por el Tribunal Constitucional. En este comentario se abordará, con perspectiva crítica, una sentencia que ha obviado la doctrina de la indivisibilidad e interconexión de los derechos. Una resolución que declara la constitucionalidad de la expulsión de la asistencia sanitaria pública de la población inmigrante en situación de irregularidad administrativa. Damos así un paso atrás, y no pequeño, desoyendo por completo las múltiples recomendaciones que nos han dirigido los órganos encargados de la fiscalización de la correcta aplicación interna del Derecho internacional de los derechos humanos.

---

**Palabras clave:** *Crisis económica; Inmigración; Indivisibilidad de los derechos humanos; Irregularidad administrativa; Irreversibilidad de los derechos humanos; Real Decreto-ley; Sistema Nacional de Salud; Urgente y extraordinaria necesidad.*

---

**Abstract:** The legislative activity of national governments has proliferated in the context of economic crisis. In many cases, this exceptional power has been exercised by the Spanish Government in matters of social rights and usually it has had regressive effects. We can find a clear example in the reform of the National Health System, recently endorsed in almost all its content by the Spanish Constitutional Court. In these pages we will approach, with a critical perspective, a resolution that has obviated the doctrine of the indivisibility and interconnection between Human Rights. We will analyze a judgment that declares constitutional the expulsion of the public healthcare of the irregular immigrant population. We thus take a step back, not small. We have completely ignored the manifold recommendations made to

us by the bodies responsible for overseeing the correct application of the International Human Rights Law.

---

**Keywords:** *Administrative irregularity; Economic crisis; Immigration; Indivisibility of human rights; Irreversibility of human rights; National health system; Royal decree act; Urgent and extraordinary need.*

---

*I. Crisis, legislación de urgencia y Estado social - II. El final de la asistencia sanitaria universal - III. Sobre los principios rectores y la libertad para revertir los logros sociales - IV. Bibliografía citada*

## **I. Crisis, legislación de urgencia y Estado social**

Siendo objeto de estas páginas el análisis de la Sentencia que ha avalado la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril (RDL)<sup>1</sup> y, con ello, la restricción del acceso al Sistema Nacional de Salud (SNS) de los inmigrantes irregulares, resulta ineludible una referencia, siquiera sucinta, a la relación triangular crisis-legislación de urgencia-Estado social. En este contexto resulta además inevitable que vuelva a surgir la polémica cuestión de la irreversibilidad de los derechos sociales. A más crisis, más decretos y menos irreversibilidad, podríamos acabar concluyendo. Pero empecemos por el principio.

La configuración del Estado social y la consecuente lógica intervencionista, han supuesto un evidente impulso de la actividad normativa del Gobierno. Además, a nadie escapan ya los efectos que en este sentido ha tenido la crisis económica que todavía hoy padecemos<sup>2</sup>. Su omnipresencia se ha convertido en el argumento por antonomasia para justificar la concurrencia del hecho habilitante del decreto-ley<sup>3</sup>. Pero ello no debería sorprendernos. Los vocablos decreto y crisis se encuentran inexorablemente vinculados, tanto desde un punto de vista semántico, como desde una perspectiva histórica<sup>4</sup>. El problema no es el uso, sino el abuso de la legislación de urgencia<sup>5</sup>. Su utilización arbitraria consiste en la contravención de las exigencias, formales y materiales, impuestas por nuestra Norma Fundamental y desarrolladas por

---

<sup>1</sup> Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones.

<sup>2</sup> Vid. ARAGÓN REYES, M., "Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, pp. 12-17.

<sup>3</sup> Sobre la figura del decreto-ley, CARMONA CONTRERAS, A.M., *La configuración constitucional del decreto-ley*, CEPC, Madrid, 1997.

<sup>4</sup> DE LA IGLESIA CHAMORRO, A., "Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. en particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos", *Estudios de Deusto*, vol. 61/2, 2013, pp. 69-72.

<sup>5</sup> GÓMEZ LUGO, Y., "Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. Foro y Ágora*, núm. 4, 2013, pp. 102-117.

reiterada jurisprudencia de su supremo intérprete<sup>6</sup>. En cualquier caso, al Tribunal Constitucional (TC) corresponde un control meramente externo, en tanto que la apreciación de la urgente y extraordinaria necesidad es un juicio político que compete en exclusiva al Gobierno<sup>7</sup>. Es el Ejecutivo quien debe determinar si existen motivos suficientes para activar su potestad legislativa. Pero la remisión automática a la crisis no debiera considerarse argumento suficiente para justificar el ejercicio de un poder que es excepcional, sobre todo cuando las razones esgrimidas para fundamentar la relación de sentido entre el presupuesto habilitante y las medidas adoptadas son débiles, o sencillamente inexistentes<sup>8</sup>. Además, es fundamental que las acciones acometidas sean proporcionadas a la situación descrita así como que, en todo caso, se respeten los límites materiales impuestos *ex art. 86 CE*. Y es precisamente la delimitación del ámbito material del decreto-ley la que nos permite conectar con la doctrina de la indivisibilidad e interconectividad de los derechos, ampliamente reconocida en el Derecho internacional de los derechos humanos y recurrente en las más recientes propuestas de reforma de nuestro texto constitucional<sup>9</sup>.

El art. 86 CE excepciona de la potestad normadora del Ejecutivo los derechos, deberes y libertades regulados en el Título I<sup>10</sup>. Sin embargo, el tenor literal de este precepto, como ocurre con buena parte de nuestra Constitución debido a la textura abierta que le es propia, es susceptible de lecturas e interpretaciones muy diversas. Y la proyección en este ámbito de la jerarquización de los derechos *ex art. 53 CE*, excluyendo a los principios rectores del límite material impuesto al legislador de urgencia, comporta un riesgo incuestionable para las conquistas sociales. Aprisionado por la coyuntura del momento y deudor de las preferencias propias de su ideología, el Gobierno puede adoptar decisiones regresivas que, gracias al buen funcionamiento de las disciplinas de grupo que lo sostienen, queden exentas de un control crítico de las minorías<sup>11</sup>. Piénsese, sin ir más lejos, que el RDL al que nos referimos fue convalidado el 17 de mayo de 2012 con los únicos votos a favor del partido en el Gobierno. Las minorías parlamentarias manifestaron con su voto un frontal rechazo compartido, dicho sea de paso, por buena parte de la sociedad civil<sup>12</sup>. Pero en la convalidación del decreto-ley el Congreso se limita a rechazar o aceptar la totalidad del texto presentado por el Gobierno, sin posibilidad de presentar enmiendas.

---

<sup>6</sup> Para la confirmación de la concurrencia del presupuesto habilitante, el TC habrá de acudir a la exposición de motivos de la norma, del debate parlamentario de convalidación, y el propio expediente de elaboración del decreto-ley (SSTC 68/2007, 93/2015).

<sup>7</sup> En este sentido pueden verse, entre otras, las SSTC 29/1982, 137/2011.

<sup>8</sup> Sobre la necesidad de esta “conexión de sentido”, STC 237/2012.

<sup>9</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, GREENPEACE, OXFAM INTERNÓN, *Una reforma constitucional para blindar los derechos humanos*, 2015, disponible en <http://www.greenpeace.org/espana/Global/espana/2015/Report/general/Una%20reforma%20para%20blindar%20los%20derechos%20humanos%203.7.2015.pdf>

<sup>10</sup> El Ejecutivo no podrá regular el régimen general de los derechos del Título I, ni afectar su contenido o elementos esenciales (SSTC 111/1983, 93/2015).

<sup>11</sup> En este sentido, CARMONA CONTRERAS, A.M., “El decreto-ley en tiempos de crisis”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 47, 2013, pp. 1-20.

<sup>12</sup> *El derecho a la asistencia sanitaria es un derecho humano básico*, disponible en [http://www.idhc.org/arxiu/manifestos/1418900409-20120516\\_AsiistenciaSanitaria.pdf](http://www.idhc.org/arxiu/manifestos/1418900409-20120516_AsiistenciaSanitaria.pdf)

La categorización de los derechos, distinguiendo entre los fundamentales y los que no interesa que lo sean, se nos antoja desfasada, pues todos ellos, independientemente de su catalogación como derechos de libertad o de prestación, encuentran su esencia en la dignidad humana<sup>13</sup>. Pero aún admitiendo la existencia de ciertas diferencias en la configuración jurídica de los derechos sociales, todavía quedaría un recodo para su efectiva salvaguarda. Un camino para ayudar a nuestra “Norma de normas” a desplegar su potencial como “instrumento propiciatorio de la transformación y el progreso social”<sup>14</sup>. La distinción entre derechos y principios rectores no debiera conducir a la conclusión de que estos últimos carecen de un contenido mínimo o esencial, de un núcleo indisponible, si se prefiere<sup>15</sup>. El desarrollo de los derechos sociales puede brindar un mayor margen de actuación al legislador, sea este de urgencia u ordinario, en atención a la necesaria racionalización del gasto público. Sin embargo, la eficacia normativa de la Constitución y la conexión de todos los derechos con la dignidad humana, hacen difícil sostener que no existan líneas rojas, aunque sean muy delgadas<sup>16</sup>. Aquel núcleo indisponible debería así entenderse delimitado por el propio texto constitucional que, de conformidad con su art. 10.2, ha de ser interpretado a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos. Siendo rigurosos, esta obligación exegética impone la consideración de la interconectividad entre derechos y nos proporciona elementos más que suficientes para empezar a tomarnos en serio la doctrina de la irreversibilidad de los derechos sociales<sup>17</sup>.

En este sentido y por lo que aquí nos interesa, no pueden dejar de mencionarse algunas de las principales observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) dirigidas a España tras el examen del quinto informe periódico sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>18</sup>. El Comité recomendó entonces a nuestro país la adopción de todas las medidas necesarias para proteger el “contenido mínimo esencial” de todos los derechos del PIDESC en cualquier circunstancia y, especialmente respecto de las

---

<sup>13</sup> Sobre el reconocimiento de los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos, PONCE SOLÉ, J., *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, pp. 30-42.

<sup>14</sup> REVENGA SÁNCHEZ, M., “Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución española)”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 21, 2009, p. 98.

<sup>15</sup> CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 377 y SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2001, p. 119.

<sup>16</sup> A la conexión de los derechos sociales con la dignidad se refiere PECES BARBA, G., en *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 63-74.

<sup>17</sup> Marcos Vaquer se refiere al necesario reconocimiento de una dimensión subjetiva a los principios rectores *per relationem* con otros derechos constitucionales (igualdad, integridad física y moral, inviolabilidad del domicilio, etc.). *Vid.* VAQUER CABALLERÍA, M., “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2011, p. 80.

<sup>18</sup> E/C.12/ESP/CO/5.

personas y los grupos más desfavorecidos y marginados (apdo. 8), así como la revisión de las reformas implementadas en el contexto de la crisis económica con objeto de garantizar el mantenimiento del nivel de protección alcanzado (apdo. 17). Además, se advirtió sobre la necesidad de asegurar que, de conformidad con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no deberían limitar el acceso a los servicios de salud de las personas que residen en España, “cualquiera que sea su situación legal” (apdo. 19)<sup>19</sup>. Las directrices procedentes del ámbito internacional no parecen plantear demasiadas dudas<sup>20</sup>. Y oportunidades para amoldarnos a nuestras obligaciones no nos han faltado en los últimos tiempos. El control de la constitucionalidad del RDL objeto de este trabajo era una de ellas.

## **II. El final de la asistencia sanitaria universal**

El art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, establecía como único requisito para el acceso a la asistencia sanitaria la inscripción en el padrón municipal del domicilio habitual. Así, con excepción de la asistencia de urgencias y la atención a menores y a mujeres en situación de embarazo, parto y posparto, garantizadas a todas las personas por igual, solo quedaban fuera del sistema sanitario quienes no disponían de pasaporte<sup>21</sup>. Pero el sistema dio un vuelco de 180º tras la publicación del RDL que subyace a este estudio jurisprudencial. La nueva normativa introdujo importantes

---

<sup>19</sup> Ya en su Observación General núm. 14 (E/C.12/2000/4) el CESCR interpretó el art. 12 PIDESC en el sentido de afirmar la universalidad del derecho a la salud (incluyendo a la población inmigrante en situación de irregularidad) y su carácter de derecho fundamental, así como se refirió a la obligación de los Estados de justificar de forma debida la adopción de medidas regresivas (apdos. 1, 32 y 34).

<sup>20</sup> En el mismo sentido se pronunciaron Relator Especial sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y formas conexas de Intolerancia, en su informe relativo a la visita a España los días 21-28 de enero de 2013. Por su parte, la Relatora Especial sobre Extrema Pobreza y los Derechos Humanos en una carta enviada a las autoridades españolas en noviembre de 2013, advirtió a las autoridades nacionales del incumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos como consecuencia de la restricción del acceso al sistema de salud pública. Esta opinión fue suscrita por el Comité Europeo de Derechos Sociales en enero de 2014. Asimismo, la Defensora del Pueblo, en resolución de 20 de julio de 2012, recomendó al Gobierno la habilitación de una adecuada asistencia a las personas con padecimientos graves, advirtiendo que con dicha recomendación no se buscaba sino “evitar la posible responsabilidad de España por el incumplimiento de obligaciones internacionales”.

<sup>21</sup> Sobre los problemas del requisito del empadronamiento, DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 2014, pp. 189-231 y LEMA TOMÉ, M., “La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular”, *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, núm. 5, septiembre 2013-febrero 2014, p. 101.

reformas respecto de la determinación de las prestaciones sanitarias<sup>22</sup> y la contribución de los beneficiarios al pago de los medicamentos<sup>23</sup>. Modificaciones todas ellas de especial relevancia para la configuración de nuestro SNS, pero cuyos efectos quedan sin duda condicionados a la determinación de la titularidad del derecho a la protección de la salud. En este sentido puede ya adelantarse que el RDL de marras supuso una incuestionable regresión respecto del régimen precedente, en tanto que ha significado una ruptura de la tendencia universalizadora de la asistencia sanitaria al supeditar la titularidad a la condición de asegurado o beneficiario (art. 3 LCCSNS).

En su versión originaria, la nueva normativa excluía a ciertos colectivos, como los nacionales mayores de 26 años que no hubieran accedido a su primer trabajo. Esta situación fue corregida por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto<sup>24</sup>, que además previó la posibilidad de suscripción de un convenio especial, sujeto al pago de la correspondiente contraprestación, para quienes no teniendo la condición de asegurados ni beneficiarios, tampoco tengan acceso a un sistema de protección sanitaria por cualquier otro título<sup>25</sup>. Pero esta ampliación del ámbito subjetivo del RDL en nada cambió la situación de la población inmigrante en situación de irregularidad. A la luz de la nueva normativa en materia de asistencia pública, los “sin papeles” solo tendrán derecho a la atención de urgencia por enfermedad grave o accidente (hasta la situación de alta) y a la asistencia al embarazo, parto y posparto, pudiendo únicamente los menores de dieciocho años recibir todo tipo de prestaciones con independencia de su situación administrativa (art. 3 ter LCCSNS). Y ante este panorama no es de extrañar que fueran muchas las Comunidades Autónomas las que impulsaron el control de constitucionalidad de la nueva normativa, entre ellas, la

---

<sup>22</sup> El catálogo de prestaciones se sustituye por la “cartera común de servicios” (art. 8 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud –LCCSNS–), en la que se diferencia entre varias categorías (cartera común básica, cartera común suplementaria y cartera común de servicios accesorios) en función de su financiación con cargo a los fondos públicos.

<sup>23</sup> El RDL actualizó el listado de medicamentos excluidos de la financiación pública y modificó el sistema de aportación de los usuarios en el pago, estableciendo que la misma será proporcional al nivel de renta, con arreglo a una serie de porcentajes generales y quedando exentos una serie de colectivos.

<sup>24</sup> Incluye a quienes no tengan ingresos superiores, en cómputo anual, a los 100.000 euros, ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, siempre que tengan nacionalidad española y residan en territorio español, sean nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea o de Suiza y estén inscritos en el Registro Central de Extranjeros o sean nacionales de un Estado distinto a los anteriormente mencionados o apátridas, cuando dispongan de autorización para residir en territorio español (art. 2).

<sup>25</sup> Según el art. 3 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, podrán suscribir el convenio aquellas personas que acrediten la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año o estén empadronadas en el momento de presentar la solicitud. Y según su art. 7, la suscripción determinará la obligación de abonar una cuota mensual de 60 euros si la persona tiene menos de 65 años, y de 157 euros si tiene 65 años o más.

Comunidad Foral de Navarra, cuyo recurso es el que ha dado lugar a la STC 139/2016, objeto del presente análisis<sup>26</sup>.

Pero antes de adentrarnos en la Sentencia que ha avalado la exclusión del SNS de los inmigrantes irregulares, conviene una breve referencia al Auto del TC núm. 239/2012. Esta resolución levantó la suspensión del Decreto vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del SNS en el ámbito de Euskadi, impugnado por el Gobierno del Estado (vía conflicto de competencias)<sup>27</sup>. En su ponderación entre el interés asociado a la redefinición de los beneficiarios del SNS y el de preservar el derecho a la salud, el TC acude tanto al art. 43 CE como a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la vinculación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Y ello para concluir que el mantenimiento de la suspensión supondría la limitación del acceso a la salud de “determinados colectivos vulnerables”, especialmente inmigrantes sin permiso de residencia, que verían así notablemente afectada su salud, repercutiendo con ello “en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto-contagiosas”. Se advierte además que la Abogacía del Estado no concretó los perjuicios económicos que podrían asociarse al levantamiento de la suspensión. Teniendo todo ello en cuenta, el Alto Tribunal considera que el derecho a la salud y a la vida e integridad física y moral revisten una especial importancia en el marco constitucional que “no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”, procediendo así al levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita (FFJJ 5 y 6). Esta fundamentación jurídica, reiterada en los Autos núm. 114/2014 y 54/2016, nos hizo a algunos pensar que todavía había esperanza<sup>28</sup>.

### **III. Sobre los principios rectores y la libertad para revertir los logros sociales**

La STC 139/2016 resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de Navarra, desestimando la totalidad de las impugnaciones a excepción de la alegada inconstitucionalidad del precepto que restringía el acceso a la condición de asegurado a las personas que, sin tener un vínculo con el sistema de la Seguridad

---

<sup>26</sup> Interpusieron recurso Navarra (rec. 4123/2012), Asturias (rec. 4530-2012), Andalucía (rec. 4585/2012), Canarias (rec. 433/2013), Cataluña (rec. 414/2013), País Vasco (rec. 419/2013).

<sup>27</sup> Según su art. 1, el objeto del Decreto vasco es regular el acceso a las prestaciones sanitarias del sistema autonómico “de aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud a”. El art. 2 se refiere expresamente a las condiciones para el acceso a la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud.

<sup>28</sup> El ATC 114/2014 resolvió el incidente de suspensión que tenía por objeto la Ley Foral Navarra 8/2013, impugnada por el Presidente del Gobierno (rec. 7089-2013). Por su parte, el ATC 54/2016 tuvo por objeto la suspensión en el rec. 6022-2015, interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con el Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio.

Social, superasen un límite de ingresos determinado reglamentariamente, en tanto que dicha remisión en blanco a una norma reglamentaria supone una vulneración de la reserva de ley prevista por la Constitución para el derecho a la salud (FJ 9).

Tras recordar su doctrina sobre el concepto de extraordinaria y urgente necesidad y advertir que desde hace tiempo viene admitiendo el uso del decreto-ley en caso de “coyunturas económicas problemáticas”, el Alto Tribunal sostiene que el Ejecutivo ha cumplido con la obligación de razonar suficientemente la extraordinaria y urgente necesidad al ofrecer “una justificación general basada en la existencia de una situación de grave dificultad económica sin precedentes”, de lo que se desprende que con las reformas adoptadas se trata de impedir que la situación del SNS se vuelva irreversible. Se entiende así justificado el carácter relevante o grave de la situación, acreditando la condición de asegurado “las debidas condiciones de coherencia y congruencia en relación con los problemas que se persigue solucionar”. Se confirma, por tanto, la existencia de “conexión de sentido entre la situación de urgencia, derivada de las dificultades por las que atraviesa el sistema sanitario público, y la medida adoptada, en cuanto que persigue la reducción de los gastos” (FFJJ 4-5). Se descarta también que, atendiendo a su ubicación sistemática, el art. 43 CE pueda entenderse comprendido entre los límites materiales impuestos al legislador de urgencia *ex art. 86 CE*<sup>29</sup>. Sin embargo, ni la apreciación de la concurrencia del hecho habilitante ni la exclusión de los principios rectores del ámbito material del decreto-ley 1, nos parece que puedan quedar exentos de crítica.

Como se advierte en el voto particular formulado por el magistrado Valdés Dal-Ré, y al que se adhiere la magistrada Asua Batarrita, la Sentencia no analiza en profundidad las razones determinantes de la regulación de las distintas materias tratadas, en tanto que se limita a remitirse a los objetivos genéricos a los que tiende la reforma, reconducibles a la necesidad de hacer frente a una situación de grave dificultad económica y a los retos actuales de la asistencia sanitaria. Y esta alusión genérica a la situación de crisis es además, en opinión de los magistrados discrepantes, igualmente insuficiente para fundamentar la necesaria conexión de sentido entre la situación descrita y las medidas adoptadas. Muy especialmente respecto de la restricción del ámbito subjetivo del SNS en relación con los españoles mayores de 26 años que dispongan de un nivel de renta que habrá de determinarse reglamentariamente y respecto de los extranjeros sin permiso de residencia. Se advierte en este sentido que “las fuentes de conocimiento no ofrecen ni estimación ni explicación siquiera (...) del impacto y de la cuantía de la reducción del gasto que pueden generar esas concretas medidas así como del modo en que podría garantizarse a su través la solvencia del sistema público sanitario”. A ello se añade la imposibilidad de justificar estas restricciones subjetivas como respuesta a la alegada necesidad de coordinar nuestro sistema con el Derecho de la Unión Europea. Este último argumento es además ampliamente desarrollado en su voto particular por el magistrado Xiol Ríos para

---

<sup>29</sup> A ello añade la inexistencia de obstáculo constitucional para que el decreto-ley pueda regular materias para las que las Comunidades Autónomas tengan competencias, pero en las que incida una competencia legislativa del Estado, “siempre que esa regulación no tenga como fin atribuir competencias o delimitar positivamente la esfera de competencias de las Comunidades Autónomas” (FJ 6).

quien, en atención tanto al Preámbulo del RDL como al debate de convalidación, los motivos por los que el Gobierno consideró imprescindible regular la condición de asegurado no serían reconducibles a la imposibilidad de asumir el coste de la asistencia que se presta a estos colectivos. A la luz de las referidas fuentes de conocimiento, tales razones estarían referidas a la erosión de la capacidad financiera del SNS como consecuencia de la asunción de la asistencia sanitaria de personas que ya la tienen cubiertas, la diversa extensión que del derecho a la cobertura sanitaria han hecho las distintas Comunidades Autónomas y a los problemas que suscita el régimen europeo de compensación sanitaria. Poco que ver, por tanto, con la población inmigrante en situación de irregularidad administrativa<sup>30</sup>.

Por su parte, la exclusión del derecho a la protección de la salud de los límites materiales impuestos al legislador de urgencia no deja de ser una clara manifestación de rechazo a la doctrina de la indivisibilidad de los derechos. Además, se desconoce la instrumentalidad del derecho a la salud respecto del derecho a la vida, expresamente reconocida por el TEDH y ya esbozada por los mencionados Autos núm. 239/2012, 114/2013 y 54/2016<sup>31</sup>. Y ello con una añadidura de no poca relevancia, pues como advierte el magistrado Valdés Dal-Ré, es la primera vez que el TC excluye los principios rectores del ámbito de aplicación de la cláusula de “no afectación” del art. 86 CE. Para el magistrado discrepante, la interdicción del art. 86.1 CE “se proyecta indefectiblemente al derecho a la salud”. Su conceptualización poco debe importar desde el momento en que, por encima de cualquier consideración de tipo terminológico, “se halla la conexión instrumental e innegable que se deriva del recurso interpretativo al art. 10.2 CE”. Admitido que este derecho forma parte de los límites materiales que nuestra Norma Fundamental impone al legislador de urgencia habría que concluir, como lo hace el voto particular, que el Ejecutivo los ha traspasado, pues el RDL aborda “una reforma esencial, sustantiva, básica, fundamental o principal del derecho a la salud”, contraviniendo de este modo la proscripción “de entrar a regular elementos esenciales del derecho protegido por la (...) cláusula de ‘no afectación’”.

Especialmente preocupantes resultan las palabras del TC al advertir que la supeditación del acceso a las prestaciones sanitarias a la condición de asegurado y beneficiario, si bien supone un claro cambio de criterio frente a la hasta ahora progresiva expansión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, no por ello podrá

---

<sup>30</sup> Según el Preámbulo del RDL “el Real Decreto 240/2007 (...) no ha transpuesto el artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, en sus términos literales. Esta circunstancia ha supuesto, y seguirá suponiendo si no se modifica, un grave perjuicio económico para España, especialmente en cuanto a la imposibilidad de garantizar los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos”. A ello se añade que, en opinión del Tribunal de Cuentas, el SNS “está asumiendo, (...) la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta, bien por sus instituciones de seguridad social en origen, bien por esquemas de seguros privados, lo cual está erosionando enormemente su capacidad financiera e impidiendo que sus gestores puedan seguir realizando mejoras en los servicios”.

<sup>31</sup> Vid. SSTEDH en los asuntos *Asiye Genc c. Turquía*, de 27 de enero de 2015; *Valentin Câmpeanu c. Rumanía*, de 17 de julio de 2014; *Brincat y otros c. Malta*, de 24 de julio de 2014; *Oyal c. Turquía*, de 23 de marzo de 2010; *Nitecki c. Polonia*, de 21 de marzo de 2002; *D. c Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997, entre otras.

ser tachada de inconstitucional, pues “la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE (...) se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador *redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo*”. Para el Alto Tribunal, ello no implica que el art. 43 sea una norma meramente programática, pues su desarrollo y articulación “requieren que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el mandato constitucional”. Sin embargo, la matización es importante, pues se advierte que “el que los poderes públicos deban organizar las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la protección de la salud, no significa que esas prestaciones hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus potenciales destinatarios” (FJ 8). Efectivamente, como advierte el magistrado Valdés Dal-Ré al discrepar de la sentencia mayoritaria, el legislador puede imponer el pago de los servicios sanitarios. Lo que es más cuestionable es que, una vez establecido un determinado modelo de sistema sanitario, la situación administrativa pueda operar como factor de exclusión. Esta posibilidad nos plantea muchas dudas, sobre todo si tenemos en cuenta que nos referimos a la exclusión de un sector de población caracterizado por encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad, entre otras cosas, con motivo de la escasa disponibilidad de recursos económicos, nos plantea serias dudas. Y del mismo modo nos suscita también importantes la doctrina constitucional relativa a la distinción tripartita en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos de los extranjeros en España (STC 236/2007), pues el reconocimiento de derechos en las mismas condiciones que a los españoles se hace depender del grado de vinculación con la dignidad humana. ¿Acaso es posible afirmar con tal rotundidad que no quepa lugar a dudas, que un derecho se encuentra más vinculado que otro a la dignidad de la persona? O, lo que es peor, ¿podemos decir que los que en nuestra Constitución se denominan principios rectores, se encuentran menos vinculados a la dignidad que los que han venido a catalogarse como derechos fundamentales en sentido estricto?

Razonamientos de este tipo revelan una oposición frontal a la doctrina de la indivisibilidad de los derechos difícil de mantener, e integran importantes riesgos para los logros alcanzados en el terreno de lo social. Sin embargo, esta es la senda que parece haber elegido nuestro Alto Tribunal, para quien el derecho a la salud se articularía como un derecho de tercera categoría, débilmente vinculado a la dignidad humana, pues en el reconocimiento de su titularidad a los extranjeros se habilita al legislador para “tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa”. Sinceramente, no creemos que ésta pueda ser considerada como una opción legítima del legislador que guarde la debida proporcionalidad y cumpla con nuestras obligaciones internacionales (FJ 10). Siguiendo de nuevo a Valdés Dal-Ré, esta medida supone dejar fuera del sistema a personas en riesgo de exclusión social que carecen de medios económicos para subvenir sus necesidades sanitarias. Y España, como Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no solo tiene la obligación de abstenerse de provocar la muerte de forma intencional, sino que además está obligada a “tomar las medidas apropiadas para salvaguardar el derecho a la vida de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción”. Poner en duda el cumplimiento de dichas obligaciones no es demasiado difícil. Baste aquí con recordar la muerte de Alpha Pam, el pasado 21 de abril de 2013.

#### **IV. Bibliografía citada**

- ARAGÓN REYES, M., “Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, pp. 12-17.
- CARMONA CONTRERAS, A.M., “El decreto-ley en tiempos de crisis”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 47, 2013, pp. 1-20.
- *La configuración constitucional del decreto-ley*, CEPC, Madrid, 1997.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, MARTÍN REBOLLO, L. (dir), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.
- DE LA IGLESIA CHAMORRO, A., “Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos”, *Estudios de Deusto*, vol. 61/2, 2013, pp. 69-80.
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 2014, pp. 189-231.
- GÓMEZ LUGO, Y., “Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. Foro y Ágora*, núm. 4, 2013, pp. 102-117.
- LEMA TOMÉ, M., “La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular”, *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, núm. 5, septiembre 2013-febrero 2014, pp. 95-115.
- PECES BARBA, G., en *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.
- PONCE SOLÉ, J., *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución española)”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 21, 2009, pp. 97-105.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2001, pp. 105-121.
- VAQUER CABALLERÍA, M., “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2011, pp. 75-97.



## **LA OBLIGACIÓN DE REPARAR COMO PRINCIPIO DEL DERECHO INTERNACIONAL**

Sentencia sobre el fondo del TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL en el asunto La Fábrica de Chorzow (Reclamación por Indemnización de Alemania c. Polonia, del 13 de septiembre 1928)

**Zoraida Lucia Becerra Becerra**

Investigadora en formación. Abogada. Facultad de Derecho  
Universidad de Santiago de Compostela

**Resumen:** La sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto Alemania c. Polonia, del 13 de septiembre de 1928, establece la obligación de reparar como un principio del derecho internacional. A lo largo de la sentencia el Tribunal explica el papel de la reparación, su alcance y sus modalidades, así como la cuantificación del daño. Por primera vez se establece que una vez declarada la responsabilidad internacional de un Estado, la obligación del infractor es restaurar el daño ocasionado a través de la reparación de acuerdo con el “Estándar Chorzow”, que propone por primera vez la restitución de la situación a las circunstancias que deberían existir si no hubiesen ocurrido los hechos contrarios al derecho internacional.

---

**Palabras clave:** *Obligaciones Internacionales; Reparación; Tribunal Permanente de Justicia Internacional; Estándar Chorzow*

---

**Abstract:** The Permanent Court of International Justice judgment in Germany vs. Poland, September 13<sup>th</sup>, 1928, established the obligation of reparation as an international law principle. The Court explained the role of reparation, its extent and sort of reparations, as well as, the quantification of damage caused. This is the first time on which the Court establishes that once the international responsibility is declared, the offender state must repair the damage caused according with “Chorzow Standard”. It proposes that the restitution to the circumstances may exist, if the fact against of international law had never occurred.

---

**Keywords:** *International obligations; Reparations; The Permanent Court of International Justice; Chorzow standard*

---

*I. Hechos - II. La obligación de reparar: 1. Problema jurídico; 2. Status questionatis - III. Conclusiones - IV. Bibliografía*

## **I. Hechos**

Se firmó un contrato de El Imperio Alemán y la compañía Bayerische Stickstoffwerke A.-G. En él se establecía para el Reich la construcción de fábricas, entre las cuales estaba la de nitrato en Chorzow.

Los acuerdos establecían que las tierras debían ser adquiridas e inscritas en el catastro a nombre del Reich y, las maquinarias y patentes a nombre de la compañía, así como ésta gestionaría la fábrica Chorzow hasta el mes de marzo de 1941.

Durante el año 1919, se constituyó una nueva empresa Oberschlesische Stickstoffwerke y se estableció que el Reich vendería la Fábrica de Chorzow. Esta venta incluía la totalidad de los terrenos, edificios e instalaciones de los mismos, con todos sus accesorios, reservas, materias primas, equipos y existencias. Dicha venta fue registrada en enero de 1920 en el catastro de Chorzow, siendo Oberschlesische Stickstoffwerke la propietaria de la fábrica de nitratos de Chorzow.

Sin embargo, en julio de 1922 una corte local determinó que dicho registro era nulo y que debía ser cancelado, que se restableciera la posición preexistente y que se registraran los derechos de propiedad de las tierras en cuestión a nombre del tesoro polaco, dicha decisión se tomó basados en el artículo 256 del Tratado de Versalles y la ley y decreto polaco de 14 de julio de 1920 y 16 de junio de 1922, se puso en vigor el mismo día.

En noviembre del mismo año, la compañía Oberschlesische Stickstoffwerke interpuso un recurso ante el Tribunal Arbitral Mixto germano-polaco en París; pidiendo al tribunal que restituyera la fábrica de Chorzow y que hiciera cualquier otra reparación que el tribunal considerara conveniente, así como pagar las costas.

El Gobierno polaco contestó en dicha demanda que el Tribunal de Arbitraje se declarara incompetente por no cumplir con los requisitos del principio de subsidiariedad.

A pesar de la contestación de la demanda del Gobierno polaco, la demanda fue admitida, pero aun al momento de la emisión de la sentencia objeto de este comentario jurisprudencial, estaba pendiente de ser escuchada.

Además, la Compañía Oberschlesische Stickstoffwerke interpuso un recurso ante el tribunal Civil de Kattowitz, proceso en el que el Gobierno Alemán se pronunció afirmando que dicho procedimiento era con el objeto de cumplir con la base para reclamar ante el tribunal Arbitral de Alta Silesia en virtud del artículo 588 de la Convención de Ginebra.

Sin embargo, estando estas demandas aun pendientes, Alemania presentó la demanda ante la Corte Permanente de Justicia Internacional para que esta corte declarara<sup>1</sup>: la ley polaca de 14 de julio de 1920 constituía una medida de Liquidación de la propiedad, derechos e intereses involucrados, además, que lo anterior no estaba conforme al Tratado de Versalles y que indicara cual era el accionar con que debía proceder Polonia. También expone, que dentro del Tratado de Versalles se refiere a la liquidación por parte de las potencias aliadas y asociadas a bienes, derechos e intereses pertenecientes a la fecha de entrada en vigor del Tratado a los nacionales alemanes o sociedades controladas por ellos en los territorios, Posesiones y protectorados de dichas potencias, incluidos los territorios que le sean cedidos por el Tratado, y, al momento de estipular la liquidación, en donde se establecerá las reparaciones al sujeto que corresponda.

Por su parte, Polonia el 14 de abril de 1927, *al recibir el caso del Gobierno alemán en la demanda, planteó una excepción preliminar negando la competencia de la Corte para conocer de la demanda presentada ante ella y presentando a la Corte Debe, "sin entrar en el fondo, declarar que no tenía jurisdicción"*<sup>2</sup>.

Sin embargo, la corte se refirió a dicho pronunciamiento el 26 de julio de 1927, mediante la cual revocó la excepción preliminar planteada por el Gobierno polaco y se reservó para el juicio sobre el fondo la demanda interpuesta el 8 de febrero de 1927, *Por el Gobierno alemán.*

## II. La obligación de reparar

La Corte Permanente Internacional de Justicia centra su pronunciamiento en la responsabilidad internacional por daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento del orden jurídico internacional instaurado previamente, y como consecuencia las reparaciones a las que tienen derecho quienes sufren los daños por el incumplimiento de los acuerdos internacionales.

Este pronunciamiento del tribunal, es particularmente importante en el estudio del derecho internacional, en la medida que es el primer pronunciamiento en el que un órgano jurisdiccional internacional constituye la obligación de reparar como un principio del derecho internacional.

La reparación es la consecuencia del incumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, siendo este un principio del derecho internacional y la

---

<sup>1</sup> El Gobierno del Reich Alemán presentó ante el Tribunal Permanente una demanda contra el Gobierno Polaco para la reparación por los daños sufridos por la Oberschlesische Stickstoffwerke A.-G. y Bayerische Stickstoffwerke A.-G. como consecuencia de la actitud adoptada por ese Gobierno respecto de dichas empresas en la toma de posesión de la fábrica de nitratos situada en Chorzów.

<sup>2</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, Fondo (Serie A), N. 13, septiembre de 1928, Caso Fábrica Chorzow (Alemania c. Polonia). Págs. 27–28.

Corte agrega: “*Es un principio del derecho internacional reparar a quien ha sufrido un daño como consecuencia de un acto contrario al derecho internacional*”.

Sin embargo, la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante CPJI) no solo se queda en la definición de la reparación como un principio del derecho internacional, sino que parte desde ese punto para establecer a lo largo de esta jurisprudencia los supuestos sobre los que deben ser utilizadas las reparaciones, y las formas en que debe ser reparado quien sufra un daño, estableciendo una diferenciación entre el daño a un particular y a un Estado, así como la tutela que ejerce el Estado en la defensa de los intereses de sus nacionales cuando han sido vulnerado sus derechos por otro Estado como consecuencia de un incumplimiento del cuerpo jurídico internacional. Finalmente, la medición del daño ocasionado a través de variables y escalas de reparación diferentes.

Los aportes hechos en la sentencia de la CPJI son un referente en la construcción de líneas jurisprudenciales básicas para determinar la responsabilidad internacional de Estados infractores de sus compromisos internacionales y ordenar reparaciones como consecuencia del daño ocasionado; Este pronunciamiento hecho en el nascente derecho internacional para la época no solo ha sido utilizado para fines del funcionamiento normal de las cortes internacionales que han sido constituidas posteriormente en materia de responsabilidad internacional de los sujetos del derecho internacional, sino también respecto de las reparaciones.

Las reparaciones son el aporte que más ha sido utilizado en jurisprudencia en tribunales internacionales, por ejemplo, la Corte Interamericana de derechos humanos<sup>3</sup>, que ha decidido asuntos con base en las afirmaciones de la Corte

---

<sup>3</sup> Dentro de la cual, se instaura una construcción de un sistema de reparaciones que ha partido del planteamiento establecido en el Estándar Chorzow para responsabilizar a los Estados por las violaciones de derechos humanos y ordenar la posterior reparación de los daños ocasionados. Para profundizar más en la jurisprudencia sobre el desarrollo de las reparaciones en dicho sistema ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2. De 1982. Serie A No. 2; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Sentencia de reparaciones y Costas de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala sentencia de reparaciones y Costas de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de reparaciones y Costas de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de fondo, Reparaciones y Costas de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Sentencia de reparaciones y Costas 21 de julio de 1989. Serie C No. 8; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Sentencia de reparaciones y Costas de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso

Permanente de Justicia Internacional. Por lo tanto, el asunto de la Fábrica de Chorzow es el inicio de una construcción continua y permanente del derecho internacional en materia de responsabilidad internacional de los Estados por infracciones al Derecho Internacional Público.

### 1. Problema jurídico

La Corte resuelve a lo largo de la sentencia si existe la obligación de reparar y su alcance, la determinación de la existencia del daño como la base para calcular el monto de la indemnización. Sin embargo, antes de abordar la obligación de reparar, es necesario abordar la responsabilidad internacional de los Estados, pues es la declaración por medio de la cual se determina que se ha vulnerado el orden jurídico internacional, es entonces en donde se hace necesaria la reparación.

La responsabilidad internacional de los Estados por hechos contrarios al derecho internacional se produce cuando un Estado actúa en contra de sus obligaciones internacionales, no solo obligaciones asumidas por medio de instrumentos convencionales internacionales sino también deben ser tenidos en cuenta el *Ius Cogens* y la costumbre internacional; por ello, en el momento en que es declara la responsabilidad internacional de un Estado automáticamente surge la obligación de reparar.

En consecuencia, la Corte Permanente de Justicia Internacional interpretó la obligación de reparar como un complemento indispensable por ser un elemento del derecho internacional positivo. Con el reconocimiento de la obligación de reparar, se decide en el asunto de la Fabrica en Chorzow que todas las consecuencias del daño ocasionado como consecuencia de la expropiación por parte del Estado Polaco deben ser indemnizadas, lo anterior sin perjuicio de la restitución de las fábricas en litigio en las condiciones en que deberían estar de no haber ocurrido dicha expropiación.

Además, la Corte continúa el razonamiento con el reconocimiento principal de la sentencia para la interpretación del derecho internacional, afirmando que es una consecuencia inmediata y un principio esencial del derecho internacional que se ha conocido como el “Estándar Chorzow”; que no es otra cosa que cuando ocurre el incumplimiento de una obligación internacional debe ser resarcido el daño ocasionado de dicho cumplimiento hasta limpiar todas las consecuencias del hecho ilícito, y devolver las cosas a las circunstancias en las que estaría de no ocurrir dicha vulneración al derecho internacional.

Es entonces cuando la Corte Afirma, que Polonia ha incumplido lo estipulado en el Tratado de Versalles, y que por lo tanto, con indiferencia de si está o no incluidas la obligación de reparar, debe resarcir el daño ocasionado con su accionar y restituir las

---

Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de reparaciones y costas del 21 de julio de 1989. Serie C No. 7; entre otras.

Fábricas objeto del litigio con independencia de la indemnización a las compañías por los daños ocasionados<sup>4</sup>.

En la misma línea de desarrollo, declara la ilegalidad del desposeimiento de la Fábrica de Chorzow por ser contrario a los Convenios de Ginebra, sin perjuicio de las reparaciones que deben pagarse por los daños ocasionados como consecuencia de dicha inobservancia de las obligaciones internacionales.

La Corte Permanente de Justicia Internacional ha planteado también, que debe cuantificarse los daños ocasionados a través de la determinación de cuáles son los bienes muebles, inmuebles, negocios, producción y una evaluación de las ganancias y pérdidas que se han producido desde el momento de la expropiación y una proyección del probable estado de la compañía de no haber sido expropiada por Polonia. Con el fin de saber cuáles son los daños ocasionados y determinar si la reparación estimada por el Estado Alemán es acorde con la realidad de los daños que pueden haber sido ocasionados.

Finalmente, la Corte Permanente de Justicia Internacional también se ha pronunciado respecto de la diferencia de las modalidades de reparación utilizadas y la cuantificación de los daños ocasionados cuando la parte afectada es un particular y cuando quien sufre el daño es otro Estado. Proponiendo a continuación, que si bien los particulares no tienen acceso a reclamar los daños ocasionados ante Corte Permanente de Justicia Internacional, Si pueden hacerlo el Estado del que son nacionales, en calidad de representantes de los intereses de sus “súbditos” como es el caso de Alemania en el asunto analizado<sup>5</sup>.

Para lo cual alega que el Imperio Alemán está representando los intereses de ciudadanos de ese país en el territorio polaco, y que posteriormente, el demandante se encargará de proporcionar las reparaciones a los afectados a quienes representa sus intereses en una Corte internacional de la naturaleza de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

## 2. Status questionatis

El desarrollo posterior de la tesis sostenida por la Corte Permanente de Justicia Internacional ha permitido que en diferentes escenarios de la práctica jurídica internacional se cite este aporte para desarrollar la fuerza vinculante de los compromisos internacionales de orden convencional que han sido asumidos y posteriormente incumplidos o cumplidos solo parcialmente y por los que cortes de protección de derechos humanos, en su gran mayoría, han citado para incluir la

---

<sup>4</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, Sentencia, (Serie A) N. 17; 13 de septiembre, 1928, Caso Fábrica en Chorzow (Alemania c. Polonia) Pág. 35.

<sup>5</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, Sentencia, (Serie A) N. 17; 13 de septiembre, 1928, Caso Fábrica en Chorzow (Alemania c. Polonia), págs.27– 0.

obligación de reparar los daños ocasionados como consecuencia de la violación de derechos humanos<sup>6</sup>.

Existe una práctica uniforme por este pronunciamiento en la jurisprudencia internacional, en contrario a hacer una crítica, lo que ha permitido es una construcción cada vez más amplia del derecho internacional y de las consecuencias en caso de ser incumplidas las obligaciones internacionales.

Este punto de partida también ha permitido que se desarrollen Relatorías Especializadas en las Naciones Unidas<sup>7</sup> para desarrollar las reparaciones como principio del derecho internacional, para estructurar su contenido, características, mejores prácticas para su aplicación entre otros.

### **III. Conclusiones**

El Estándar Chorzow establecido por la CPJI permitió el desarrollo de las reparaciones que podemos observar en la práctica jurídica internacional, en donde las reparaciones son consideradas una consecuencia inmediata, y se han desarrollado cada uno de los puntos propuestos y declarados por la corte desde las organizaciones internacionales, la academia e interpretados por los diferentes tribunales internacionales como un argumento que permite ordenar reparaciones que busquen resarcir el daño ocasionado, teniendo como objetivo siempre la restitución de los daños ocasionados y en muchos ocasiones medidas subsidiarias de no ser posible dicha restitución.

La globalización también ha sido un factor para que este estándar que acertadamente ha declarado la Corte Permanente de Justicia Internacional sea entendido como un punto de partida no discutido y haya sido incluido en múltiples ordenamientos jurídicos para sustentar las reparaciones administrativas en el ordenamiento jurídico interno de los Estados.

---

<sup>6</sup> Ver: Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU). Resolución sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (Res 56/83), del 12 de diciembre de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de reparaciones y costas del 21 de julio de 1989. Serie C No. 7; Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU). Resolución sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (Res 56/83), del 12 de diciembre de 2001, entre otros.

<sup>7</sup> Ver también: Van Boven, Theo. Relator Especial. "Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales", (E/CN.4/Sub.2/1991/7, 25 de julio de 1991, y E/CN.4/Sub.2/1992/8, 29 de julio de 1992).

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **OBRAS**

- C. Nash Rojas. Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988– 2007. II edición Junio 2009.
- Cherif Bassiouni, M.; Experto independiente sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado de conformidad con la resolución 1998/43 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1999/65, 8 de febrero de 1999).
- Hudson, Manley O.; *“The American Journal of International Law”*, Vol. 23, No. 1, Journal, enero 1929, pp. 1-29.
- S. Rosenne & Shabtai Rosenne, *“The Law and Practice of the International Court”*, 1920-2005, 4th Edition, 2006. pp. 1439–1607.
- Van Boven, Theo. Relator Especial. “Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, (E/CN.4/Sub.2/1991/7, 25 de julio de 1991, y E/CN.4/Sub.2/1992/8, 29 de julio de 1992).

### **RESOLUCIONES DE LAS NACIONES UNIDAS**

- Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU). Resolución sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (Res 56/83), del 12 de diciembre de 2001.

### **JURISPRUDENCIA**

#### **CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL**

- Corte Permanente de Justicia Internacional, Fondo (Serie A), N. 13, septiembre de 1928, Caso Fábrica Chorzow (Alemania c. Polonia).
- Corte Permanente de Justicia Internacional, Sentencia, (Serie A) N. 17; 13 de septiembre, 1928, Caso Fábrica en Chorzow (Alemania c. Polonia).

#### **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2. De 1982. Serie A No. 2.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Sentencia de reparaciones y Costas de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala sentencia de reparaciones y Costas de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de reparaciones y Costas de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de fondo, Reparaciones y Costas de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Sentencia de reparaciones y Costas 21 de julio de 1989. Serie C No. 8.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Sentencia de reparaciones y Costas de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de reparaciones y costas del 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.



## CLÁUSULAS SUELO ¿Y AHORA QUÉ?

Análisis de las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 y del Real Decreto Ley 1/2017 sobre las reclamaciones judicializadas

**Rubén Pérez Cordón**

Licenciado en Derecho. Asesor jurídico

**Resumen:** Las cláusulas suelo han motivado en los últimos años un gran número de reclamaciones que, en su mayor parte, han acabado materializándose en demandas civiles. Nuestro Alto Tribunal se pronunció limitando la retroactividad de la nulidad a las liquidaciones posteriores al 9 de mayo de 2013. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha rectificado esta doctrina por considerarla contraria a la normativa comunitaria, lo cual ha generado una serie de dudas procesales y sustantivas en los procesos en curso, abordadas en este estudio. Fruto de esta nueva situación, el Gobierno ha tratado de habilitar un cauce sencillo y voluntario para que los consumidores afectados puedan reclamar ante la banca.

---

**Palabras clave:** *Cláusulas suelo; Consumidor; Banco; Sentencia; Abusivas; Nulidad; Retroactividad*

---

**Abstract:** In the last few years, floor clauses have triggered several claims, many of which have turned into civil lawsuits. The Supreme Court of Spain ruled limiting the retroactivity of the nullity to settlements after May 9th 2013. However, this doctrine has been amended by the European Court of Justice because it considers it goes against European regulations. This has generated a series of procedural and substantive concerns in the ongoing processes, which are addressed in this paper. As a result of this new situation, the Government has tried to enable a simple and voluntary channel so that affected consumers can file their claims to the banks.

---

**Keywords:** *Floor clauses; Consumer; Bank; Judgment; Abusive; Nullity; Retroactivity*

---

*I. Consideraciones previas - II. Consecuencias para los procesos iniciados: 1. Procedimientos en curso; 2. Procedimientos con sentencia - III. Otras situaciones planteadas de carácter sustantivo*

## I. Consideraciones previas

El origen de las cláusulas suelo viene de la mano de la necesidad de las entidades financieras de garantizarse una rentabilidad mínima en un hipotético entorno de bajada de tipos de interés. Este aspecto no le es desconocido al TS cuando dice que “la finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE, a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones” (STS 241/2013 de 9 de mayo, punto 293 h), aspecto y resolución a los que alude la STJUE de 21 de diciembre de 2016<sup>1</sup> en su fundamento 24.

Dicha sentencia viene a resolver una serie de cuestiones prejudiciales planteadas desde distintas sedes judiciales acumuladas para su resolución de forma conjunta en esta sentencia. Se hace necesario por tanto un somero análisis previo de las SSTS 241/2013, de 9 de mayo, y 705/2015, de 23 de diciembre<sup>2</sup>, cuya doctrina sobre la retroactividad ha sido enmendada ahora por el TJUE. De la STS de 2013 se desprende que las cláusulas suelo no son *per se* abusivas si se cumplen los principios expuestos en los arts. 3 y 5 de la Directiva 93/13 (transparencia, negociación individual y equilibrio). Aclarado esto, en lo que al objeto de recurso de esta sentencia se refiere, el Tribunal Supremo resuelve que dichas cláusulas han de entenderse abusivas y por tanto nulas en base, no a su falta de transparencia formal, sino material [...] “a la luz de los criterios generales de buena fe, equilibrio y transparencia enunciados en el artículo 3, apartado 1, en el artículo 4, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13” [...]<sup>3</sup>. Pese a esta declaración de nulidad, el Tribunal Supremo resuelve que la misma “no afectará [...] a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia”<sup>4</sup>. Con ello sentó la doctrina por la cual la retroactividad de la nulidad solo abarcaba a las liquidaciones posteriores al 9 de mayo de 2013. Esta limitación la basaba fundamentalmente en el principio de seguridad jurídica (ff. 287, 289, 292) y en los graves trastornos de orden público económico (f. 293 k). Por su parte, la STS de 2015 vino a ratificar la limitación de los efectos económicos de la nulidad a las situaciones posteriores al 9 de mayo de 2013<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Francisco Gutiérrez Naranjo vs. Cajasur Banco, S.A.U.; Ana María Palacios Martínez vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.; Banco Popular Español, S.A. vs. Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, de 21 de diciembre de 2016, (ECLI:EU:C:2016:980).

<sup>2</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), Sentencias núm. 241/2013, de 9 de mayo (Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios – AUSBANC vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra, hoy NCG banco S.A.U., ECLI:ES:TS:2013:1916); y núm. 705/2015, de 23 de diciembre (Organización de Consumidores y Usuarios, O.C.U. vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y Banco Popular Español, S.A., ECLI:ES:TS:2015:5618).

<sup>3</sup> Fundamento 21 de la STJUE 21 de diciembre de 2016.

<sup>4</sup> STS 241/2013, de 9 de mayo, fundamento 294, apartado 2.5, punto 17º.

<sup>5</sup> Para un estudio más profundo de estos precedentes jurisprudenciales del Alto Tribunal, v. TÀSIES, Ricard: *Retroactividad de las cláusulas suelo. Doctrina del Supremo y Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016*, Diario La Ley, Nº 8887, Sección Tribuna, 22 de diciembre de 2016.

El pronunciamiento del TJUE en su sentencia de 2016 tumba de forma explícita<sup>6</sup> la limitación a la retroactividad establecida por las dos mencionadas sentencias del Tribunal Supremo por estimarla contraria al art. 6.1 de la Dir. 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993<sup>7</sup>, lo que a partir de ese momento implica, desde el punto de vista tanto procesal como sustantivo, una serie de dudas no menores a la hora de resolver las distintas situaciones en que puede encontrarse un consumidor ante dicha cláusula: ¿Resulta claro que las situaciones objeto de resoluciones con fuerza de cosa juzgada no se verán afectadas por esta sentencia? ¿Qué ocurre con los procesos abiertos en los que el *petitum* esté limitado a la devolución de las cantidades liquidadas indebidamente desde el 9 de mayo de 2013? ¿Tiene capacidad el juzgador para alterar dicho *petitum* de oficio en su resolución y equiparar así los efectos a los de otros *petita* en que se haya solicitado la nulidad *ab initio*? ¿Cabe solicitar la nulidad y las devoluciones sobre contratos ya extinguidos por haberse amortizado en su totalidad el préstamo? En esta aportación trataré de dar respuesta a estas y otras cuestiones que pueden plantearse de manera inmediata.

## II. Consecuencias para los procesos iniciados

### 1. Procedimientos en curso

Se aborda, en primer lugar, la situación de las demandas planteadas antes del 21 de diciembre de 2016 y pendientes de sentencia. Por una parte tenemos aquellos

---

<sup>6</sup> V. fundamentos 72: “[...] la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria [...]”; 74: “[...]dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión”; y 75 “De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

<sup>7</sup> Unión Europea. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 21 de abril de 1993, n° L 095, pp. 29-34, artículo 6.1, que reza en su apartado primero: “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

procedimientos que fueron suspendidos –a instancia de parte– por prejudicialidad europea<sup>8</sup>, en los cuales se solicitaba la devolución de la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dicha cláusula, es decir, el suplico excedía la limitación sentada por la STS de 9 de mayo de 2013. Resuelta por la STJUE la cuestión que motivó la suspensión, la sentencia de los tribunales españoles debe resolver conforme al nuevo criterio otorgando la devolución íntegra de cantidades.

En respuesta a este grupo de demandas que solicitan la devolución completa desde el inicio de la aplicación de la cláusula suelo en el préstamo hipotecario, algunas entidades financieras han optado por allanarse en cuanto a la nulidad de la cláusula, pero parcialmente en cuanto a la devolución de las cantidades, limitando su allanamiento a las cantidades indebidamente cobradas desde el 9 de mayo de 2013. Hasta este momento, de solicitarlo la parte demandante, era práctica habitual el dictado de auto de allanamiento parcial, continuándose el procedimiento respecto del alcance de la nulidad admitida<sup>9</sup>, pudiendo las partes esgrimir sus argumentos en uno u otro sentido, pudiendo variar la resolución en función del tribunal que la dictara<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Aunque algunos tribunales de primera instancia han acordado la suspensión, la mayoría de las Audiencias Provinciales han optado por no admitir la suspensión por prejudicialidad. Así, Audiencia Provincial de Asturias en su auto 39/2.016 de 14 de marzo de 2.016, la SAP Badajoz 33/2016, de 10 de noviembre, la SAP Teruel 68/2016, de 3 de noviembre, la SAP Barcelona 203/2016, de 21 de septiembre, las SSAP Cáceres 358/2016 y 360/2016, de 22 de septiembre. Todos los anteriores se oponen a la doctrina sentada por el ATS 2927/2016, de 12 de abril: “Por tanto, en una interpretación conjunta del artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que determina la suspensión del proceso en el que la cuestión prejudicial ha sido planteada, y el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, procede la suspensión del presente recurso de casación hasta la resolución que la cuestión prejudicial C- 154/15”.

<sup>9</sup> Si bien, los recursos de las entidades financieras contra las sentencias dictadas en primera instancia han ido en su mayor parte orientados a impugnar la condena en costas que han sufrido en aquellos procesos en que se estimaba parcialmente la demanda en cuanto a que se limitaba la devolución de cantidades al 9 de mayo de 2013, recursos en algunos casos ganados por las entidades financieras. A modo de ejemplo escueto: SAP Valladolid, 331/2016, de 28 de noviembre.

<sup>10</sup> Se mencionan una serie de sentencias que muestran que los tribunales no han seguido necesariamente el criterio limitador de la retroactividad hasta mayo de 2013 sentado por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2013 y 2015: resolviendo la restitución íntegra de los las cantidades, la Sentencia 80/2016, de 30 de junio, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Guadalajara, “la devolución *ab initio* se impone también por elementales razones de justicia” y condenando “a la entidad BANCO DE CASTILLA LA MANCHA S.A. a eliminar dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario, a recalcular el saldo deudor sin aplicación de dicha cláusula en el plazo de 10 días y devolver al Sr. Benjamín todas las cantidades cobradas en exceso como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula”; la SJPI nº 5 de Santa Cruz de Tenerife 151/2014, de 25 de noviembre se pronuncia en igual sentido al estimar la petición de devolución de cantidades desde la fecha en que comenzó a ser operativa la cláusula suelo y remitiendo además en sus fundamentos a un Auto de la Audiencia Provincial de Canarias de 19 de junio de 2014. Otorgando solo los intereses desde la fecha de interposición de la demanda, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 2 de mayo de 2014, complementada por auto de fecha 11 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “Procede completar el fundamento jurídico decimooctavo de la sentencia de fecha dos de mayo de dos

A la vista de la nueva situación, de conformidad con el art. 21.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya no cabría en estos casos el dictado de un auto de allanamiento parcial, por cuanto el pronunciamiento sobre la nulidad de la cláusula predeterminaría la completa devolución de las cantidades *ab initio*, por lo que resultaría innecesaria la continuación del proceso. Por supuesto, la entidad financiera tiene aún la posibilidad de presentar escrito de allanamiento total a las pretensiones del demandante poniendo así fin al procedimiento y, eventualmente, de darse los requisitos del art. 395.1 LEC, salvar la imposición de costas.

También con el fin de asegurarse la integridad de las costas<sup>11</sup>, muchos consumidores se han limitado a solicitar judicialmente la devolución de las cantidades desde el 9 de mayo de 2013. Tal limitación de efectos, admitida por la parte en su escrito de demanda, juega un papel restrictivo en su contra por cuanto debe entenderse como

---

mil trece en el siguiente sentido: “Ahora bien, de conformidad con el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los efectos procesales de la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda, por lo que la declaración de la nulidad de la cláusula suelo comportará la devolución de las cantidades indebidamente abonadas desde la referida fecha”. Y el fallo de la mencionada resolución en el siguiente sentido: “Introducir el siguiente párrafo: "con devolución de las cantidades indebidamente abonadas por la aplicación de la cláusula suelo desde la fecha de la interposición de la presente demanda, más los intereses legales”, ratificada por SAP Cádiz 387/2016, de 6 septiembre. En el mismo sentido, la Sentencia del 20 de febrero de 2015, del Juzgado de lo Mercantil N°1 de Córdoba, que, en este caso, fue revocada parcialmente por la SAP Córdoba 360/2015, de 11 de septiembre, concediendo las cantidades desde el 9 de mayo de 2013.

<sup>11</sup> Si bien, hay también a este respecto criterios discordantes en las Audiencias Provinciales. Así, la SAP Badajoz 255/2016, de 22 de noviembre, concede las costas a la parte demandante que, habiendo solicitado la restitución íntegra, no logra más que la restitución desde el 9 de mayo de 2013, bajo el siguiente argumento: “En esta Audiencia Provincial, tanto esta sección 3ª como la sección 2ª, tenemos ya dicho de forma reiterada que, en los supuestos de nulidad de cláusula suelo, aun cuando en la demanda se pida la retroactividad total y solo se conceda el reintegro de cantidades con efectos de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, han de imponerse las costas. Básicamente por dos argumentos. Por un lado, porque en esos casos puede hablarse en general de vencimiento sustancial. Y por otro, porque no hay buena fe de la entidad financiera desde el momento en que la demanda ha sido presentada después de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.” La postura contraria la mantiene la SAP Palencia 238/2016, de 25 de noviembre: “Entiende esta Sala que tal pronunciamiento no es correcto pues la estimación debe considerarse parcial al haberse limitado los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo a la fecha de 9 de mayo de 2013 [...], cuando, dada la redacción del *petitum* contenido en la demanda, la petición que, a tal respecto se hacía, lo era desde el inicio de la relación contractual existente entre las partes”; si bien, en la SAP Palencia 396/2016, 18 de noviembre, mantiene la postura contraria: “Lo que hace la parte actora al pedir la devolución de las cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo solo desde el 9 de mayo de 2013 no es sino rectificar un aspecto accesorio de su pretensión de nulidad de la cláusula. [...] quien pide lo más (la devolución desde la fecha del contrato) también puede pedir lo menos. No se resuelve en estos casos de forma incongruente con lo solicitado por el actor en su escrito de demanda, como tampoco se incurre en la prohibición de la *mutatio libelli* cuando se restringe el objeto del proceso a algo que ya estaba implícito en el suplico, como era esta devolución de lo indebidamente cobrado desde el 9 de mayo de 2013”.

una renuncia implícita a la totalidad de efectos devolutivos de la declaración de nulidad. El art. 400 en relación con el art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un plazo preclusivo para la fijación del objeto del proceso en el momento de la presentación de la demanda, momento en que queda trabada la litis. Esta prohibición de la *mutatio libeli* impide ampliar o modificar el *petitum* de la demanda una vez presentada<sup>12</sup>.

En el caso de que la parte considere introducir la petición de la totalidad de las cantidades a través de la vía de las alegaciones complementarias en el acto de la audiencia previa<sup>13</sup> con fundamento en el art. 426.4 de la norma rituarial, debe considerarse por el juzgador si la publicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe observarse como un “hecho nuevo” en el sentido que la ley indica. En mi opinión, difícilmente se puede alegar la publicación de dicha sentencia como “hecho”, por cuanto no es sino una decisión jurisprudencial que pone fin a una discrepancia de criterios interpretativos. Por otra parte, estando viva la deuda de la hipoteca, la nulidad que se solicita en la demanda no caduca, y se conocía la fecha límite en la cual el Tribunal de Justicia Europeo debía pronunciarse, por lo que nada habría impedido que la demanda se hubiera planteado con posterioridad a dicha decisión.

La parte demandante podría acudir sin consecuencias al desistimiento si el demandado no ha sido citado o no ha comparecido (art. 20.2 LEC). Sin embargo, en caso de desistimiento de la demanda que solicita la devolución desde mayo de 2013, si la entidad financiera se ha personado, difícilmente esta accederá al desistimiento, por lo que el juez debe dictar “lo que estime oportuno” (art. 20.3), que se estima que sería acordar la continuación para no acarrear al demandante la pérdida de la acción, o bien, admitir el desistimiento pese a la oposición de la parte demandada, acordar por auto el sobreseimiento y prever expresamente la posibilidad de que el demandante pueda “promover nuevo juicio sobre el mismo objeto”.

---

<sup>12</sup> V. art. 401.2 Ley de Enjuiciamiento Civil, que adicionalmente establece la imposibilidad de acumular nuevas acciones, entendiendo que la ampliación de los efectos retroactivos solicitados en el *petitum* de la demanda no puede considerarse una acción en sí acumulable a las ya establecidas. Ejemplificativamente, en materia de cláusulas suelo, la SAP Ourense 218/2016, de 10 de junio, la SAP Valladolid 207/2016, de 5 de julio, no otorgan las costas a la parte demandante que modificó en el acto de la audiencia previa su *petitum* en el sentido de limitarlo al 9 de mayo de 2013 en adelante, por entender que quedó fijado en la presentación de la demanda. La SAP Pontevedra 151/2016, de 30 de marzo, no admite la renuncia a la petición de recálculo y no otorga las costas al demandante.

<sup>13</sup> Me refiero a la audiencia previa porque debe plantearse demanda de juicio ordinario en virtud del art. 250.1.5º LEC. También es verdad que se están planteando demandas de cuantía indeterminada que pretenden justificar la tramitación como procedimiento ordinario en virtud del art. 249.2 de la citada norma. Tal fijación resulta errónea a mi parecer, ya que, además de que la norma en virtud de la materia es preponderante, como indica el art. 248.2 LEC, la cuantía de la demanda podría determinarse cuantificando, como establece el art. 251.8º LEC, las cantidades que han sido indebidamente pagadas en virtud de la aplicación de dicha cláusula suelo.

## 2. Procedimientos con sentencia

En el caso de que ya haya pronunciamiento, nada se podrá hacer si el mismo es firme<sup>14</sup>. No obstante, cabría plantearse si es factible la vía del contencioso frente a la Administración Pública, posibilidad ya planteada por algunos autores<sup>15</sup>. Si esta aún se encuentra en plazo para ser recurrida y resuelve concediendo la nulidad pero no los efectos totales de retroactividad –siempre y cuando estos efectos hubieran sido solicitados- cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Más aún, de haberse dictado la sentencia el 21 de diciembre o fecha posterior, cabría, cuando menos, solicitar la aclaración de la misma en virtud del art. 214 LEC alegando la necesidad de completar el motivo por el que se aparta de la nueva postura jurisprudencial.

Algunas demandas se presentaron con reserva de acciones para reclamar las cantidades desde el inicio del contrato hasta el 9 de mayo de 2013. Sin embargo, y aunque la sentencia no hubiera resuelto nada sobre dicha reserva de acciones, el art. 400.1 LEC vedaría tal posibilidad<sup>16</sup>.

## III. Otras situaciones planteadas de carácter sustantivo

Otra de las cuestiones que emerge a raíz de esta retroactividad plena es si se puede reclamar judicialmente la devolución de cantidades en hipotecas ya amortizadas antes

---

<sup>14</sup> Pese a esta declaración de nulidad, el TS resolvía que la misma “no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia” (f. 294, apartado 2.5, punto 17º de STS 2013). Y la STSJE de 21 de diciembre de 2016 no desdice al TS en lo relativo a cosa juzgada sino solo en lo referido a la limitación de la retroactividad. No hace mucho se ha pronunciado el TJUE sobre la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho de la Unión provocada por una resolución de un órgano jurisdiccional nacional cuando esta resolución proceda de un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que resuelva en última instancia –que podría ser aplicable a la presente situación- en la STJUE de 28 de julio de 2015 (Milena Tomášová vs. Slovenská republika, Asunto C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602). V., ANTA GONZÁLEZ, Jaime Francisco: “Controversia entre los expertos en las primeras reacciones a la sentencia del TJUE sobre las cláusulas suelo”, Diario La Ley, 21 de diciembre de 2016: “Ante la pregunta de qué va a suceder con todas esas reclamaciones que, por aspirar a la devolución antes del 9/5/2013, han sido rechazadas por los juzgados españoles el escenario parece adverso. [...] y aunque hay plazo y oportunidad para reclamar ante el TJUE demandando al Estado, al ser precisa una violación suficientemente caracterizada, que no se compecede con una interpretación del TJUE aún no consolidada”.

<sup>15</sup> V. PAZOS CASTRO, Ricardo: *Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016* (Gutiérrez Naranjo), Diario la Ley, Nº8888, Sección Tribuna, 22 de diciembre de 2016.

<sup>16</sup> En sentido semejante, ANTA GONZÁLEZ, *op. cit.*, que se cuestiona si el art. 400 LEC “impone una carga alegatoria o de ejercicio de todas las acciones de que se disponga; esto es, si el actor tiene la carga de agotar todas sus acciones o sólo los argumentos de las acciones que quiera ejercitar y en relación con los tiempos escogidos. De cómo se resuelva esta duda dependerá que se recuperen o no esas cantidades”.

de mayo de 2013. El artículo 1301 del Código Civil establece que la acción de nulidad caduca a los cuatro años desde la consumación del contrato en los supuestos error, lo que nos lleva a la necesidad de tener que determinar el momento del *dies a quo* en cada hipoteca, lo cual no debe confundirse con la fecha de elevación a escritura pública de la hipoteca, que equivaldría a la fecha de perfección del contrato, ni con la fecha de eliminación de la inscripción de hipoteca sobre la finca en el Registro de la Propiedad. Considero que, de la jurisprudencia existente al respecto, debe extraerse que el *dies a quo* se establece con el último pago de la deuda hipotecaria, que es la fecha de consumación del contrato, aplicando aquí la doctrina sentada por el Tribunal Supremo<sup>17</sup> respecto a los contratos de tracto sucesivo<sup>18</sup>. Establecida la fecha del último pago, no hay vías para la interrupción de la caducidad de la acción, por lo que solo restaría ejercer la acción en los cuatro años siguientes. Así, por ejemplo, si el deudor hipotecario concluyó los pagos de las cuotas hipotecarias el 1 de abril de 2013, dispondría de la posibilidad de ejercer la acción de nulidad hasta el 1 de abril de 2017.

Con las finalidades de evitar un previsible aumento de los litigios tras la sentencia del TJUE y, con ello, del coste para la Administración de Justicia, así como de facilitar a los consumidores una vía adicional que les permita una rápida respuesta a sus reclamaciones, el Gobierno ha aprobado el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de los consumidores en materia de cláusulas suelo. Los procedimientos ya concluidos no se ven afectados en modo alguno por esta norma. En los ya iniciados –que son de los que estamos tratando en este artículo–, según la Disposición transitoria única, las partes podrán solicitar la suspensión del litigio con la finalidad de lograr un acuerdo extrajudicial en los términos del artículo 3 del presente RDL. Es poco probable que el consumidor acuda a esta vía una vez presentada la demanda teniendo en cuenta que la mayoría de estos casos vienen precedidos de una reclamación previa a la entidad dirigida a tratar de asegurar la condena en costas de esta.

Esta reclamación previa, eventualmente, ha dado lugar a que las entidades bancarias hayan ofertado compensaciones financieras a sus clientes a cambio de dejar de aplicar la cláusula suelo. Así, frente a los casos ya expuestos de judicialización de la reclamación, en muchos otros supuestos previos al Real Decreto Ley citado, los clientes de las entidades financieras han firmado acuerdos extrajudiciales que,

---

<sup>17</sup> STS Pleno de Sala 1ª 769/2014, de 12 de enero, expresamente citada por la STS 376/2015, de 7 de julio, que señala: “No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983)”.

<sup>18</sup> Se califican sin lugar a dudas las hipotecas como contratos de tracto sucesivo por cuanto implican prestaciones periódicas, frente a los contratos de tracto único que tienen lugar con un cumplimiento instantáneo.

dependiendo de la entidad, contienen contraprestaciones de diversa naturaleza que van desde la efectiva devolución monetaria de las cantidades con sus intereses legales desde 9 de mayo de 2013 hasta la contratación de productos de ahorro remunerados por encima de las condiciones de mercado, pasando por otras compensaciones tales como retribuciones en especie, exenciones de comisiones, etc. En todos ellos, la entidad siempre ha incluido una cláusula de renuncia a cualquier reclamación judicial posterior relativa a la cláusula suelo.

Cabe en primer lugar preguntarse si el pacto de renuncia al ejercicio de acciones judiciales es legítimo. A este tipo de pactos le es aplicable tanto el art. 1255 CC, que establece la libertad de pactos, cláusulas y condiciones no contrarios a la ley, la moral ni el orden público, como el art. 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCyU), que establece la nulidad de la renuncia previa a derechos de los consumidores. El nacimiento del derecho al ejercicio de la acción de nulidad surge con el comienzo de la ejecución del contrato de préstamo en el que se contiene la cláusula que adolece de nulidad<sup>19</sup>. En virtud de esto, la renuncia a dicho ejercicio no es previa, sino posterior a la firma del contrato de préstamo con garantía hipotecaria y, por tanto, al nacimiento del derecho. Con esto, el pacto de renuncia guarda apariencia de validez en cuanto que respeta la prohibición legal de pacto de renuncia previo. En definitiva, se podría afirmar que el prestatario se encuentra vinculado por su propio pacto sin poder reclamar judicialmente el reintegro de las cantidades previas a 9 de mayo de 2013 o la nulidad de los productos que como contraprestación hubiera contratado en virtud de esa negociación.

No obstante lo anterior, cabe plantearse si estos pactos entre el cliente y a entidad financiera se pueden considerar condiciones generales de la contratación y si ha existido una verdadera negociación individual. A tenor de lo que establece la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)<sup>20</sup>, si descartamos una negociación individual en esta renuncia<sup>21</sup>, pudiéramos encontrarnos ante una condición general en cuanto que está predispuesta solo por una de las partes (la entidad financiera) y que, además, se incluye de forma sistemática en todos los acuerdos extrajudiciales firmados entre la esta y el consumidor. Observando dicho pacto de renuncia como cláusula general de la contratación, debería someterse al filtro establecido en el art. 8 LCGC el cual, a su vez, remitía al antiguo 10 bis LGCyU de 1984, contenido que hoy se ve reproducido en el art. 81 de la actual, además de desarrollarse en los artículos

---

<sup>19</sup> Para un estudio más profundo de la distinción entre préstamo, garantía hipotecaria y título ejecutivo que surge de la elevación a escritura pública, v. CALLEJO CARRIÓN, Soraya: *El título constitutivo de la deuda como título ejecutivo en el proceso de ejecución*, Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014.

<sup>20</sup> El artículo 1.1. de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación reza: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

<sup>21</sup> El artículo 82.2 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que: “El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”.

subsiguientes. Este artículo exige que, para el caso de cláusulas no negociadas individualmente con consumidores, se deben observar una serie exigencias y principios basados principalmente en la buena fe y el equilibrio entre las partes. Por su parte, el artículo 86 de dicha norma, que desarrolla el 82.4.b., regula las “Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario” y establece en su primer párrafo que: “En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas”. En el caso que nos atañe, la renuncia versa no solo sobre un derecho del consumidor sino sobre un derecho constitucional como es el de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Carta Magna y que se desarrolla para este ámbito en la LGDCyU<sup>22</sup>. Por lo expuesto, y salvo prueba en contra de la entidad financiera, se entenderá respecto a esta renuncia que estamos ante una cláusula general, no negociada individualmente y que supone una renuncia a un derecho constitucional del consumidor, por lo que, a mi juicio, sería nula de pleno derecho, quedando por tanto expedita la vía judicial para el consumidor.

Es necesario hacer una mención especial a aquellos pactos extrajudiciales que se enmarquen en una novación contractual que modifique la cláusula nula en cuestión. En estos casos, ha de entenderse aplicable el principio *quod nullum est nullum producit effectum*, en cuanto que no puede derivarse ningún acto jurídico de otro que sea nulo. Por ello, dicha novación contractual habría de considerarse radicalmente nula. En este sentido se ha pronunciado la AP de Zaragoza, que además añade la duda sobre la verdadera libertad contractual desde el punto de vista de la psicología del cliente<sup>23</sup>.

La valoración jurídica de las cláusulas suelo en el ámbito judicial ha suscitado muchas otras cuestiones que exceden de lo que aquí se ha pretendido exponer y siguen vigentes más allá de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y del RDL 1/2017, cuestiones que se abordarán en otro estudio.

---

<sup>22</sup> El artículo 8. f) LGDCyU indica que son derechos básicos de los consumidores y usuarios “la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión”. Véase que el legislador no lo limita a situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

<sup>23</sup> SAP Zaragoza 510/2016 de 14 de marzo, apartado 5º párrafo 6º: “ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo –añadimos radicalmente nulo– ningún efecto produce –*quod nullum est nullum producit effectum*–. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual. [...] Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación ex novo a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto”.

C) RECENSIONES DE  
LIBROS Y BIBLIOGRAFÍA



## **EMPLEOS VERDES: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO**

Henar Álvarez Cuesta  
Albacete, Bomarzo, 2016, 142 págs.  
ISBN: 9788416608317

**Patricia Prieto Padín**

Investigadora Contratada Predoctoral FPU (MECD)  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de León

Permítame el lector que le presente una obra monográfica que, con indudable acierto y equilibrio, aborda dos de los desafíos determinantes del siglo XXI: el trabajo decente y la defensa del medio ambiente sostenible, no en vano el cambio climático tiene (está teniendo) y tendrá un gran impacto en el desarrollo social de los distintos países. El logro y el reto para el Derecho Laboral consisten tanto en impedir que el trabajo prestado por los asalariados sea indigno por participar en la degradación medioambiental, como lograr que tenga unas condiciones de trabajo decentes, y las armas para aunar ambas metas son los empleos verdes.

Respondiendo a tan importante cometido, la investigación presentada se estructura formalmente en cuatro capítulos. En el primero de ellos y más extenso de los que integran la obra, titulado “Los empleos verdes como trabajo respetuoso con el medioambiente y decente”, la autora –Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León– propone, en primer lugar, una nueva definición de “empleo verde” que tome en consideración ambas facetas del binomio para, seguidamente, realizar una clasificación de los distintos tipos, así como, describir los nuevos nichos de empleo en este ámbito. Se ofrece al lector, además, una exhaustiva visión de la regulación que pretende impulsar el empleo verde desde instancias internacionales (en particular, la Unión Europea), deteniéndose en examinar del mismo modo cuantas medidas (todavía escasísimas) están previstas en el ordenamiento español; en este sentido, el estudio propone la formulación de nuevos mecanismos destinados al fomento de este tipo de ocupaciones emergentes, coadyuvando así a la creación y mantenimiento de empleos que, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, merezcan el calificativo de “verde”, es decir, siempre y cuando contribuyan a la lucha contra el cambio climático y cuenten con las características del trabajo decente (atributos analizadas también en esta monografía).

Dentro de los diferentes y variados sectores productivos en los que los empleos verdes han de afianzarse, constituye referente imprescindible el agropecuario; consciente la

autora de tal circunstancia, el segundo de los capítulos “El sector agrario y la apuesta por el empleo verde” está dedicado a analizar la importante y especial relación existente entre ambos. A tal efecto, y dando cuenta de algunos de los aspectos más notables esbozados al respecto por la Organización Internacional del Trabajo, ÁLVAREZ CUESTA –con el hacer riguroso que siempre la ha caracterizado– profundiza en la política agraria de la Unión Europea y en las posibilidades de desarrollo del subsector ecológico a la luz de la regulación existente en materia de desarrollo rural sostenible.

“Las conexiones entre la protección del medio ambiente y la prevención de riesgos laborales” constituye el tema y contenido del capítulo tercero en el cual, a través de un posicionamiento crítico y constructivo, se pone de manifiesto como el control de riesgos de la salud de los trabajadores y del medio ambiente se realizan de manera más eficaz a través de un enfoque común, mediante la utilización de recursos técnicos y metodologías compartidas y, en coherencia con tal extremo, apuesta por una regulación única, a modo de Ley Integral de Prevención y Calidad Ambiental, que recoja los fundamentos, principios e instituciones comunes y los mecanismos de coordinación y articulación entre los diversos conjuntos normativos funcionalmente organizados.

El cuarto y último capítulo, bajo el rótulo “La participación de los agentes sociales en la lucha por los empleos verdes”, cierra la obra reflexionando sobre las vías de acción de las organizaciones obreras en este ámbito y dentro del marco del Derecho Laboral español. En concreto, estudia las posibilidades de intervención en el diálogo social, la participación a nivel de empresa, la viabilidad de la negociación colectiva como cauce idóneo para incorporar el contenido medioambiental o el camino de la responsabilidad social y los acuerdos marco internacionales o, en fin, análisis de las consecuencias que podría acarrear (a la luz de la insuficiente información existente) la firma de los tratados de libre comercio que se están negociando la Unión Europea.

En suma, no es difícil comprender como la obra *Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo* constituye un estudio de referencia en esta actual materia habida cuenta conjuga una doble funcionalidad: de un lado, la informativa al plantear y visibilizar un importante problema que presenta (y producirá) diversas aristas en nuestra sociedad; de otro y más importante, la formativa, constructiva, crítica o innovadora, en tanto las aportaciones en él contenidas están sembradas de soluciones para prevenir y diseñar las estrategias más adecuadas para su acomodo legal por parte de los responsables o legitimados; aspectos que, unidos al hecho de haber abordado el objeto científico desde una perspectiva huérfana de tratamiento legal y/o doctrinal depurada en el ámbito laboral, así como haberlo cumplido con el éxito tanto de servir de tránsito ineludible para los todos aquellos profesionales ligados de alguna forma con el campo de las relaciones laborales, como hacerlo reconocible y aprehensible por los lectores de extracción no jurídica, solo pueden que confirmar la excelencia investigadora de la autora.

## **APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES EN MATERIA PREVENTIVA**

Javier Fernández-Costales Muñiz  
Madrid, CEOE, 2016, 236 págs.  
ISBN: 978-84-608-4441-9

**Natalia Ordóñez Pascua**  
Profesora Dra. Área del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de León

La monografía que presenta el Dr. Fernández-Costales Muñiz supone abordar de forma exhaustiva y directa los problemas que presenta la coordinación en materia de prevención cuando en un mismo espacio laboral prestan sus servicios trabajadores de distintas empresas y/o actividades.

Procede así el autor a describir, en un contexto de crisis en el que la externalización de las actividades productivas es la tendencia, las relaciones en las que intervienen varias empresas –con independencia de su tamaño– que se dan cita en una misma ubicación y que presentan un elemento común tal es la garantía de una adecuada prevención en materia de riesgos laborales.

Parte de la premisa de una necesaria coordinación de actividades empresariales como vía de solución a los problemas que surgen en tales escenarios en tanto en cuanto se dan cita en un espacio común distintas empresas con diferentes empleados e, incluso, actividades, cada una de las cuales presenta unos riesgos concretos.

A lo largo de la obra es posible apreciar aquellos rasgos comunes que presenta –en materia de prevención de riesgos– la realización de variadas actividades laborales con ubicación compartida pero sin perder cada una de las empresas su propia dinámica, identidad y organización de tal modo que cabría tener en cuenta los riesgos individualmente considerados como aquellos a los que están expuestos el resto de trabajadores.

La división en quince Capítulos de la materia tratada supone enfrentarse a un texto de fácil comprensión de la –sin embargo– complicada realidad surgida a tenor de la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo. Cabe

apreciar varias partes de entidad diferenciada en cuanto al estudio de la materia en cuestión.

La primera supone una aproximación a los conceptos y objetivos básicos en materia de coordinación de actividades, imprescindible a juicio de quien suscribe, para una correcta interpretación de los Capítulos siguientes.

Entrando más de lleno en la materia, el Prof. Dr. Fernández-Costales Muñiz desciende a aspectos concretos de la concurrencia de trabajadores en los supuestos de la existencia de varias empresas en un mismo centro de trabajo, de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo con existencia de un empresario titular y aquella producida en un mismo centro de trabajo con un empresario principal, además de una acertada exposición de los medios de coordinación de actividades así como los recursos a disposición de la empresa en materia de prevención.

Con entidad suficiente para tratamiento diferenciado aparece la coordinación de actividades empresariales y trabajadores autónomos y aquella dirigida al sector concreto de la construcción cuyas peculiaridades en materia preventiva y de coordinación, justifican su tratamiento individualizado.

La última parte está dedicada a la responsabilidad de las empresas concurrentes, tema que el autor trata de manera impecable en todos y cada uno de los ámbitos procesales con posible implicación a la hora de dirimir la responsabilidad del incumplimiento que en el ámbito de la prevención puedan incurrir los empresarios –administrativa, civil de seguridad social y penal–, así como aquellas obligaciones y responsabilidades que corresponden al trabajador como sujeto activo y pasivo en tanto en cuanto es susceptible de provocar y sufrir un riesgo laboral.

En suma, concluye este análisis demostrando la relevancia de la coordinación como elemento imprescindible en materia de prevención de riesgos laborales en los supuestos de aquellas actividades donde confluyen en un mismo espacio trabajadores de distinta índole, poniendo fin a la obra un extenso y completo conjunto de anexos en orden a dar virtualidad práctica al texto leído para una mejor comprensión didáctica del mismo, entre los que cabe destacar por su interés e importancia las resoluciones judiciales vertidas sobre la cuestión.

Así pues, sólo queda reseñar que su lectura es obligada para aquellos que de una manera rigurosa quieran acercarse a la materia tratada avalada por el reconocido prestigio de que su autor goza.

D) NOTICIAS DE INTERÉS  
JURÍDICO-ACADÉMICO



**Palabras pronunciadas por Tomás Quintana López con motivo de la Lección de despedida, por jubilación, dictada por el profesor Sosa Wagner el 7 de octubre de 2016**

(Salón de Grados de la Facultad de Derecho. Universidad de León)

Excmo. y Magfco. Sr. Rector, Querido maestro,  
Queridos compañeros y condiscípulos, Estimados alumnos,  
Señoras y señores:

El transcurso de la vida te va poniendo ante situaciones que raramente, en su totalidad, te producen satisfacción o disgusto; en la mayor parte de las ocasiones –afortunadamente, me atrevo a decir– predominan en nuestra existencia los colores mestizos. Si se piensa, seguramente podamos concluir que esto es lo que nos permite resistir.

Hoy a mí y a otros muchos, quizás a todos los presentes, estar aquí, dispuestos a escuchar la lección de despedida de D. Francisco Sosa Wagner como Catedrático de esta casa, que lo ha sido desde el año 1982, nos alegra como pocas cosas, pues supone asistir a la culminación de una vida profesional dedicada fundamentalmente a la docencia y a la investigación, que constituye, como todo el mundo sabe, la razón de ser de la Universidad, y esto es, sin duda, un motivo de alegría para los que le conocemos, máxime cuando a día de hoy seguimos reconociendo en su pensamiento la brillantez intelectual de siempre y en punto a lozanía yo aprecio casi la misma que cuando le conocí, hace ahora cerca de treinta y cinco años; y este desenlace, desde luego, ninguno de los que aún estamos en activo lo tenemos garantizado.

Pero su despedida también, estoy seguro, a todos nos produce tristeza, pues la Universidad y, en particular, la de León pierde a uno de sus más ilustres miembros y yo qué voy a sentir, si la madurez intelectual que supuestamente he ido alcanzando con el tiempo ha contado desde mis lejanos venticuatro años con la guía segura que me ha proporcionado su criterio, en todo momento generosamente ofrecido y nunca impuesto, algo que siempre he tenido por precioso tesoro, pues para un discípulo poco puede ser más valioso que contar, además de con la ayuda, con el respeto del maestro.

Esta faceta de maestro es la que quiero destacar de la vida universitaria del profesor Sosa Wagner en este momento introductorio, previo a su disertación, pues sin olvidar la docencia impartida durante decenios y su actividad como jurista y escritor, ni tampoco sus años de incursión en la gestión de los asuntos públicos al máximo nivel o en la

política más recientemente, han sido sus enseñanzas y su ejemplo lo que ha permitido que otros pudiéramos avanzar siguiendo su reconocible estela.

Ya antes de su llegada a Universidad de León, pese a su juventud, dejó bien plantada su semilla en la Universidad de Oviedo –de la que procedía– en la que sus dos primeros discípulos pronto alcanzarían la condición de Catedráticos de Universidad, y estos, en un momento de expansión de la Universidad española, particularmente de los estudios de Derecho, fueron acogiendo a algunos de sus más brillantes alumnos para guiarles por el camino que ellos mismos habían transitado algunos años atrás, ayudándoles a convertirse en profesores universitarios. Todo ello, sin reserva alguna, es tributario de Francisco Sosa.

A su llegada a León, como he dicho, en abril de 1982, Sosa Wagner se encontró con dos incipientes profesores, también recién llegados, adornados entonces con la audacia de la juventud, pero ayunos de experiencia, y con muchas ganas de aprender aunque, bien se sabía, iba a implicar muchas renunciaciones e importantes sacrificios. Uno de esos dos jóvenes, entonces aprendices de profesores, era yo mismo, que tocado por la Diosa Fortuna pronto trabé una preciosa relación personal con Paco, que es como, desde el primer momento, como muestra de cercanía con su discípulo, así me pidió que le llamara. Después fueron incorporándose a la Cátedra otros jóvenes con los mismos deseos que yo mismo había tenido años antes, y todos fuimos aprendiendo al abrigo de nuestro común maestro, alcanzando tres de nosotros –los de mayor edad– la condición de Catedráticos de Universidad respectivamente en los años 1993, 2002 y 2008, a los que se fueron uniendo otros compañeros que hoy siguen avanzando por el mismo camino que nosotros recorrimos antes.

Hasta tal punto ha sido perceptible la huella dejada por el magisterio del profesor Sosa Wagner en sus discípulos de uno y otro lado de la cordillera que desde hace años a los administrativistas de las Universidades de Oviedo y de León se nos conoce como integrantes de la “Escuela Asturleonera”.

Pues bien, expuesto lo que es la realidad, uno se puede preguntar, cómo ha podido nuestro maestro formar tantos discípulos. Ante cuyo interrogante yo no puedo sino dar mi opinión que, necesariamente, tiene que ser sintética pues aquí hemos venido a escuchar al profesor Sosa en su lección de despedida. Permítanme, no obstante, referirme a sus valores, pues es en ellos es los que encuentro la explicación de su éxito como maestro; y del acervo de los que aprecio en Francisco Sosa, voy destacar dos que sobresalen especialmente: su generosidad y su sencillez.

Porque, en efecto, como muestra de su generosidad y como verdadero maestro ha dado sin esperar recibir nada a cambio y, menos aún, sin forzar el pago de los favores realizados en el pasado mediante la presentación al cobro de facturas por supuestas deudas imprescriptibles, por ser continuamente recordadas, pues ello, impropio de un maestro, sería el resultado de un vulgar *do ut des*. La generosidad de Sosa Wagner también ha sido ajena a los celos por los éxitos, pequeños o grandes, que supuestamente podamos haber cosechado sus discípulos, porque como buen maestro estoy seguro que se enorgullece de ellos y los tiene

como propios. Todo lo contrario, pues, de lo que sucede con quien solo es un aprendiz de Cronos, devorador de sus propios hijos, que obstaculiza y denigra al discípulo desde el mismo momento en que comienza a despuntar, llevado por el miedo, seguramente infundado, a ser superado; sin recordar que el mito griego nos enseña que Zeus no solo escapó a la muerte, sino que triunfó sobre el felicida.

Pero la grandeza del maestro Sosa Wagner también se sustenta en la sencillez y la humildad, como la de aquel general griego que, según cuenta Plutarco en sus *Vidas paralelas*, y recrea Rubens en su bello *Filopómenes descubierto*, tal era su grandeza de espíritu que, vestido de forma impropia para su condición de general victorioso, se hizo pasar por leñador para ayudar a la preparación de los fastos que se organizaban en su honor. Porque la sencillez y humildad son atributos del verdadero maestro, que sin hacer vanidosa ostentación de sus méritos ni perseguir su reconocimiento, aunque aquellos sean muchos y relevantes, como lo son los de Francisco Sosa, recibe los laureles con el sonrojo que produce la íntima convicción de que sus merecimientos no son tales o son fruto del azar. El sentido común nos dicta que los reconocimientos y distinciones no se piden, simplemente se reciben con humildad y se deben agradecer.

La generosidad y sencillez, como compendio de los valores que reconozco en la personalidad y, por ende, en el magisterio del profesor Sosa Wagner, necesariamente han tenido que ser debidamente correspondidas por la gratitud de todos nosotros, sus discípulos, pues mi discurso no sería mínimamente coherente y, menos aún, ecuánime si, como he mantenido, sugiero la exigencia de altas cotas para las virtudes del maestro, sin requerir al menos las mismas dosis de lealtad de los discípulos para con él; porque es un hecho que la iniquidad también puede anidar en sus almas cuando se dejan invadir por una suerte de Complejo de Edipo y se obsesionan por superar contra natura al maestro, utilizando para ello, si fuera preciso, las peores artes.

Nadie –y menos yo–, excepto el profesor Sosa, puede juzgar el comportamiento de sus numerosos discípulos hacia él a lo largo de los años, y para este juicio, si lo llegas a realizar, querido Paco, creo firmemente que tu magnanimidad habrá de contribuir a hacer menos severo el veredicto, pese a que nuestra conducta, como la de todos los humanos, sería de todo punto presuntuoso calificarla de irrepachable.

Lo que yo mismo no me perdonaría es haber caído en la ingratitud, el defecto más grave del hombre, al decir de Ortega en su libro de ensayos *Ideas y creencias*, pues siempre procuro tener presente como máxima de mi comportamiento a D. Alonso, el de Olmedo, que en su integridad de caballero castellano, con referencia a la ingratitud, sentencia que “*no vive en buena sangre, que siempre entre villanos reside. En fin, es la quinta esencia de cuantas acciones viles tiene la bajeza humana pagar mal quien bien recibe*”.

*He concluido. Muchas gracias*



## **Coloquios Triangulares y su proyección Innovadora (Service-Learning) al ámbito Universitario y a la Sociedad** (PAGID 2015 financiado por la Universidad de León)

### **RESUMEN**

Con motivo del XX Aniversario del Código Penal de 1995, el Grupo de Innovación Docente DP-ULE ha desarrollado el Proyecto de Innovación Docente PAGID 2015 denominado Coloquios Triangulares y su proyección innovadora (*Service-learning*) al ámbito Universitario y a la Sociedad.

Como se deduce de su título, el Proyecto PAGID 2015 se ha dividido en dos partes: la primera, relativa a los Coloquios Triangulares; la segunda, la proyección al ámbito Universitario y a la Sociedad.

Comenzando con los Coloquios Triangulares, para la conmemoración del XX Aniversario del Código Penal se han organizado dos Jornadas: la primera, celebrada en noviembre, coincidiendo con la fecha de aprobación y publicación en el Boletín Oficial del Estado del Código Penal, desde el 24 de noviembre al 26 de noviembre de 2015. La segunda, celebrada en mayo, coincidiendo con la entrada en vigor del Código Penal, los días 24 y 25 de mayo de 2016.

Los Coloquios Triangulares se han organizado de la siguiente manera. Se seleccionaron diez temas relativos a instituciones o delitos que han sido reformados por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo (en vigor desde el 1 de julio de 2015). Una vez hecha la selección temática, se planificaron siete Coloquios Triangulares para los celebrados en el mes de noviembre, tres Coloquios Triangulares para los celebrados en el mes de mayo.

En cada uno de los Coloquios Triangulares se ha pretendido integrar y armonizar el triple enfoque: dos estudiantes del Grado en Derecho (3º y 4º curso) y del Máster de Abogacía de la Universidad de León/un profesional del ámbito jurídico/y un profesor, docente o investigador.

Los temas tratados en los Coloquios Triangulares celebrados en el mes de noviembre fueron, además de una valoración general de las reformas de carácter introductorio: la prisión permanente revisable; los delitos contra la libertad: matrimonios forzados, acoso, detenciones ilegales; los delitos contra el medio ambiente, recursos naturales y animales domésticos; los delitos contra la Constitución y los delitos contra el orden público; la supresión del Libro III (relativo a las faltas). Los nuevos delitos leves; los delitos de homicidio y asesinato; y los sustitutivos penales (suspensión, expulsión, libertad condicional).

En los Coloquios celebrados en el mes de noviembre intervinieron los siguientes ponentes:

- **Alumnos del Grado en Derecho:** Sandra Avellaneda Patón, Ángela Fernández Rodríguez, Angélica García Valencia, Sergio Martínez Ramos, Irene de Lamo Velado, Cristina Galindo Álvarez, Héctor del Reguero Rey, Desirée Villacorta Miguélez, Diana Santos Rodríguez, Igor Mba Mangue, Cristina Álvarez Sánchez, María del Carmen Crespo Martínez, Luis Soto Viñas, y Iulian Constantin Tudose.
- **Alumno del Máster en Abogacía:** Luis Miguel Ramos Martínez.
- **Profesionales:** Lourdes Rodríguez Rey (Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Castilla y León); Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana (Magistrado del Juzgado de lo Penal nº 1 de León. Profesor Asociado de la Universidad de León); Ignacio Javier Rafols Pérez (Magistrado. Presidente de la Audiencia Provincial de Palencia. Profesor Asociado de la Universidad de León); Arturo Pereira Cuadrado (Doctor en Derecho. Mayor de la Policía Municipal de Ponferrada. Profesor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, sede Ponferrada); Raquel López Arias (Letrada de la Administración de Justicia en UPAD del Juzgado de Instrucción nº 3 de León); Pilar Robles García (Magistrada de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León) y Rafael Martínez Fernández (Jurista-Criminólogo del Centro Penitenciario Villahierro, Mansilla de las Mulas –León–).
- **Profesores, docentes e investigadores** (todos de Derecho Penal): Miguel Díaz y García Conlledo (Catedrático de la Universidad de León); Soledad Barber Burusco (Profesora Titular de la Universidad Pública de Navarra); Marta García Mosquera (Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Vigo); Jesús Alfredo Alpaca Pérez (Investigador Contratado Predoctoral de la Universidad de León); Juan Pablo Uribe Barrera (Investigador Contratado Predoctoral de la Universidad de León); Leticia Jericó Ojer (Profesora Contratada Doctora, acr. Profesora Titular, de la Universidad Pública de Navarra); Isabel Durán Seco (Profesora Contratada Doctora, acr. Profesora Titular, de la Universidad de León) y María A. Trapero Barreales (Profesora Titular, acr. Catedrática, de la Universidad de León).

Los temas tratados en los Coloquios Triangulares celebrados en el mes de mayo fueron los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, los delitos contra la seguridad colectiva (estrágos, otros delitos de riesgo catastrófico, incendios forestales, delitos contra la salud pública), y los delitos de financiación de partidos políticos.

En los Coloquios celebrados en el mes de mayo intervinieron los siguientes ponentes:

- **Alumnos del Grado en Derecho:** Diana Bandera Marcos, Lidia García Martín, María del Carmen Crespo Martínez, Daniel González Navarro, José Vicente Díez Hernández y María del Carmen González Blanco.
- **Profesionales:** Avelino Fierro Gómez (Fiscal de Menores y de Cibercriminalidad de la Fiscalía de León); Ignacio Javier Rafols Pérez (Magistrado. Presidente de la Audiencia Provincial de Palencia. Profesor Asociado de la Universidad de León); Juan Morcillo Jiménez (Abogado. Profesor Asociado de la Universidad de León).
- **Profesores, docentes e investigadores** (la mayoría de Derecho penal): Miguel Díaz y García Conlledo (Catedrático de la Universidad de León); Marta Zubiaur González (Profesora Titular, acr. Catedrática, de Psicología de la Universidad de León); María A. Trapero Barreales (Profesora Titular, acr. Catedrática, de la

Universidad de León) e Inés Olaizola Nogales (Catedrática de la Universidad Pública de Navarra).

Los Coloquios Triangulares han tenido el siguiente formato:

Para el tratamiento de cada tema se ha asignado un tiempo máximo de dos horas. La primera parte se dedicaba a la exposición del tema durante aproximadamente una hora, en bloques de veinte minutos para cada uno de los sectores del triángulo (dos alumnos, un profesional y un profesor, docente o investigador).

A través de las ponencias se pretendían dos objetivos: uno, informativo, pensando principalmente en los asistentes a los Coloquios Triangulares (al ser abiertos, ha habido público de distinta procedencia: distintos profesionales del Derecho, académicos, estudiantes y personas con interés de diverso tipo en los temas tratados), para facilitar el seguimiento de los debates y su posterior intervención en ellos. Dos, argumentativo, pensando en los participantes en los Coloquios, para el desarrollo de los aspectos objeto de análisis dentro de cada uno de los temas seleccionados.

Finalizada la exposición, la segunda parte de cada sesión dedicada a un tema ha consistido en el debate de aproximadamente una hora entre los ponentes o integrantes de cada Coloquio Triangular y con los asistentes.

La Proyección innovadora (*Service-learning*) al ámbito Universitario y a la Sociedad, el segundo bloque del PAGID 2015, se ha desarrollado durante los meses de febrero a mayo de 2016.

De la Proyección al ámbito Universitario y a la Sociedad se han ocupado los alumnos que han participado en los Coloquios Triangulares, bajo la supervisión, tutorización y dirección de los profesores, docentes e investigadores. Han sido los propios alumnos los encargados de encontrar al grupo de interés para la proyección, lo que no ha resultado nada fácil respecto de algunos grupos sociales, hasta el punto de que alguna de las proyecciones finalmente no se ha podido llevar a cabo (concretamente, la proyección relacionada con el Coloquio de la financiación ilegal de los partidos políticos).

Los grupos de interés se han seleccionado atendiendo a la temática de los Coloquios Triangulares, tratando de abarcar tanto el ámbito Universitario (a través de estudiantes universitarios de otras titulaciones no relacionadas con el ámbito jurídico) y la Sociedad (a través de la selección de posibles grupos de personas que pueden tener un interés en la temática, o porque pueden tener una relación más o menos directa con tal temática).

Concretamente, los grupos de interés a los que se ha dirigido la Proyección innovadora han sido los siguientes:

- Internos del Centro Penitenciario Villahierro de Mansilla de las Mulas (León). Proyección de los temas tratados en los Coloquios Triangulares la prisión permanente revisable y los sustitutivos penales.

- Alumnos del Colegio de La Bañeza (León). Proyección del tema tratado en los Coloquios Triangulares los delitos contra la libertad: detenciones ilegales, matrimonios forzados, acoso.
- Alumnos del Instituto de Sahagún (León). Proyección del tema tratado en los Coloquios Triangulares los delitos contra la Constitución y los delitos contra el orden público.
- Alumnos del Instituto San Juan del Enzina (León). Proyección del tema tratado en los Coloquios Triangulares los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.
- Asociación de alumnos de Ciencias Ambientales ACALE, de León. Proyección del tema tratado en los Coloquios Triangulares los delitos contra el medio ambiente, los recursos naturales y los delitos contra los animales domésticos.
- Abogados del Ilustre Colegio de Abogados de León. Proyección de los temas tratados en los Coloquios Triangulares los delitos de homicidio y asesinato y la supresión del Libro III del CP y la introducción de los delitos leves.

La Proyección innovadora ha tenido el siguiente formato.

Los dos alumnos han presentado una ponencia durante un máximo de una hora, con apoyo de presentaciones para facilitar el seguimiento de los asistentes. Tras la exposición se ha abierto un tiempo de debate y discusión, y en ocasiones también para la aclaración de cuestiones jurídico-penales, entre los alumnos, los asistentes y el docente e investigador que ha acompañado a los alumnos a cada una de las proyecciones.

En todas las proyecciones el debate con los asistentes ha sido intenso, y muy activo, siendo muy destacable el esfuerzo realizado por los alumnos para facilitar la comprensión de los temas jurídico-penales tratados.

La experiencia ha resultado altamente satisfactoria, no solo por la sensación de los organizadores y ponentes en los Coloquios Triangulares y por los docentes e investigadores asistentes a los talleres en los que se han realizado las Proyecciones, sino también a juzgar por los resultados de las encuestas de satisfacción llevadas a cabo al finalizar los Coloquios Triangulares y en cada una de las Proyecciones al ámbito Universitario y a la Sociedad.

Sin duda, los objetivos perseguidos con la principal metodología docente innovadora desarrollada en el PAGID 2015 se han conseguido.

*Miguel Díaz y García Conlledo*  
Coordinador GID DP-ULE

## **Actas del III Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho**

Desde la Facultad de Derecho de la Universidad de León hemos llevado a cabo el “III Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho”, en colaboración con la Associação Caruaruense de Ensino Superior (ASCES) de Pernambuco, Brasil, desarrollado dentro del Proyecto “Nuevas estrategias participativas para la resolución prejudicial de conflictos en los Estados compuestos. Estudio comparado Canadá-EEUU-España” (INAP) y dirigido por Tamara Álvarez Robles y Virginia Carvalho Leal.

El evento se celebró los días 20 de octubre de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad de León, en la Facultad de Derecho de la Associação Caruaruense de Ensino Superior (ASCES) de Pernambuco los días 20 y 21.

El Coloquio tendría como principal objetivo promover un diálogo crítico en un ambiente multidisciplinar entre jóvenes investigadores, buscando poner en valor y difundir aquellos proyectos de investigación que los mismos tienen en curso, desarrollándose 44 comunicaciones en la sede de León y 49 en Pernambuco.

Resultado del III Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho son los resúmenes de las intervenciones que a continuación se exponen.

### **ESTRATEGIAS PREVENTIVAS PARA MEJORAR LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES EN CASTILLA Y LEÓN<sup>1</sup>**

**Roberto Fernández Fernández**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de León*

La incidencia de las patologías asociadas a la salud mental tienen, según datos aportados por el INSS, una prevalencia superior en la Comunidad Autónoma de Castilla y León que a nivel nacional, y aún mayor en la provincia de León si comparadas las cifras con las ofrecidas a nivel autonómico. Heterogéneos pueden ser los factores que concurren en esta realidad, pudiendo ser reconducidos a los siguientes fundamentales: una población activa envejecida sumada a un entorno social y económico en decadencia; una prestación del servicio de asistencia sanitaria menos rápido que en otras provincias, al tener unas listas de espera más dilatadas; o en fin, unos procesos de control que no alcanzan su eficiencia óptima y necesitados de mejora.

<sup>1</sup> El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto LE091U14, titulado “Salud mental de los trabajadores en el tejido empresarial de Castilla y León: estrategias preventivas y tutela reparadora”, financiado por la Junta de Castilla y León.

Ante el panorama descrito, diversas son las estrategias que se pueden seguir a fin de aumentar los niveles de atención a la salud mental de los trabajadores castellano y leoneses, partiendo del dato obvio de que el objetivo final aún se encuentra muy lejos, siendo necesario dar pasos intermedios y provisionales con el fin de acercarse a la meta final, cual es eliminar, o al menos minimizar al máximo, los riesgos vinculados a factores psicosociales. Entre otros muchos, cabe apuntar las siguientes más relevantes:

En primer lugar, conceder en la negociación colectiva castellano y leonesa la importancia que merece la prevención de los riesgos psicosociales, dejando de ser un tema secundario para pasar a convertirse en un problema de primer orden. A tal fin, podrían alcanzarse acuerdos específicos sobre la materia, siguiendo el ejemplo y la trayectoria que ha tenido el tratamiento del acoso sexual, incorporando planes y protocolos tendentes a actuar contra dichos peligros. Eso sí, se pierden por el camino los privilegios anudados a la norma paccionada, pero al menos algo se avanzaría.

En segundo término, fomentar y poner en valor la trascendencia que la participación y colaboración de los trabajadores tiene a fin de detectar y luchar contra los problemas de salud mental de los trabajadores. A tal fin, deben adquirir un protagonismo destacado las campañas de sensibilización y los estudios destinados a realizar mapas de riesgos, sobre todo en aquellas actividades donde la experiencia demuestra que los empleados pueden ser más proclives a desarrollar problemas de salud mental.

En tercer lugar, es menester luchar contra la falta de visibilidad de estas conductas, pues a pesar de la frecuencia del riesgo, las estadísticas muestran el escaso nivel de denuncias sobre acosos y otros comportamientos análogos, constituyendo una gran panoplia los supuestos que quedan ocultos o no es fácilmente demostrable que las conductas son realmente ilícitas.

En fin, es necesario establecer mecanismos que ayuden a acreditar los hechos ilícitos, pues en la práctica judicial los mayores problemas se plantean a la hora de probar la ilegalidad de los acontecimientos y que estos son realmente hostigadores, y no se trata de un simple conflicto entre las partes sin ningún ánimo *nocendi* contra la dignidad.

## **LA FORMA RELIGIOSA DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

**Gemma Minero Alejandre**

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil*  
Universidad Autónoma de Madrid

En España, el sistema matrimonial es de matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración. Además de las formas civiles extraordinarias (artículo 52 CC), el artículo 49.2º CC reconoce la posibilidad de celebrar el matrimonio con efectos civiles en “la forma religiosa legalmente prevista”. La institución del matrimonio ha

sufrido importantes modificaciones operadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Entre otros extremos, estas modificaciones se refieren a las formas religiosas de celebración y han entrado en vigor con fecha de 23 de julio de 2015. El artículo 59 CC complementa al artículo 49 CC, aclarando que las formas religiosas que podrán alcanzar eficacia civil serán las previstas por las confesiones religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas “en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste”. Hasta ahora, la vía del acuerdo estatal era la única para otorgar este reconocimiento, pero a partir de la reforma normativa ha cobrado vigencia la posibilidad de autorización del propio Estado, mediante una ley unilateral. Tal y como se expone en el artículo 60.2 CC, todas las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que pueden llegar a ver reconocidos sus ritos matrimoniales son únicamente aquellas que, estando inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, cuenten además con el reconocimiento administrativo de notorio arraigo en España. Con ello se ha tratado de dar cumplimiento a la necesidad de prestar atención al pluralismo religioso existente en la sociedad española. Hasta la reforma normativa realizada, las únicas formas religiosas de celebración del matrimonio eran las siguientes: canónica, evangélica, israelita e islámica, conforme se reconocía en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979, el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (Ley 24/1992), el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (Ley 25/1992) y el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992). Tras la entrada en vigor de la modificación normativa de 2015, las confesiones que cumplen con la doble exigencia de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas y el reconocimiento de su notorio arraigo son las siguientes: la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, la Iglesia de los Testigos de Jehová, el Budismo y la Iglesia Ortodoxa. Con todo, la lista de confesiones cuyos ritos de celebración del matrimonio pueden subsumirse en esta categoría es abierta y posiblemente cambiante, regulando el Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, tanto el procedimiento para la concesión de la declaración del notorio arraigo (artículos 3 a 6) como el procedimiento para la pérdida de la condición de notorio arraigo en España (artículos 7 a 10). Del análisis de los criterios enunciados en el artículo 60 CC y de su carácter exclusivamente religioso se desprende la exclusión de las formas de celebración del matrimonio de minorías étnicas con consabido arraigo en España, como es el matrimonio gitano.

## **ACTUALIDAD DE LA TRANSPARENCIA EN EL ÁMBITO MERCANTIL. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN BANCARIA**

**Nicolás Bárcena Suárez**

*Abogado. Doctorando en Derecho Mercantil  
Universidad de Oviedo*

El concepto de transparencia en el ámbito del Derecho Mercantil es el justo término que desarrolla y completa la información suficiente, necesaria y relevante sobre los negocios jurídicos en los que participan los diferentes operadores jurídicos. Este

concepto ha venido a integrar de una manera sustancial nuestro derecho de contratos y resulta muy pródiga la legislación que viene a incorporarlo a nuestro ordenamiento. En el momento presente, el principio de transparencia deviene imprescindible en la práctica actual y la proliferación constante de normativa atinente al mencionado principio no viene sino a refrendar la necesidad perentoria del mismo. No en vano, resulta evidente un considerable aumento de la litigación que versa sobre la falta de transparencia en la contratación, especialmente bancaria, lo cual nos indica la realidad acerca de que, a mayor transparencia, mayor es la seguridad jurídica.

De esta manera, en íntima conexión con la incidencia de este principio, el 15 de Julio del año en curso la Comisión Nacional del Mercado de Valores (En adelante CNMV) publicó la “Guía técnica de buenas prácticas para la aplicación del principio cumplir o explicar” con el objeto de proporcionar a las sociedades cotizadas una serie de criterios para desarrollar adecuadamente sus obligaciones de gobierno corporativo en sintonía con las recientes reformas de la Ley de Sociedades de Capital. Así, la CNMV, ejercía las novedosas potestades otorgadas en el apartado 3 del artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores con expresa cita al Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia.

En relación con la contratación bancaria, la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, preveía en su artículo 48.2 las facultades reglamentarias para la creación de un régimen de transparencia de las operaciones bancarias. Régimen que sería posteriormente desarrollado con largueza en una serie de órdenes ministeriales y circulares del Banco de España que vienen a conformar una galaxia normativa junto con diferentes leyes que bordean o inciden directamente en aspectos de transparencia atinentes a la contratación bancaria, especialmente sobre la información precontractual y durante la vida del contrato de que se trate.

Por todo lo expresado, podemos concluir que la transparencia ha venido para quedarse y sería deseable una sistematización más prudente y ordenada de la legislación acerca de la misma a la vista de su incuestionable importancia.

## **LA PROTECCIÓN CIVIL DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LAS PERSONAS FALLECIDAS**

**Pilar Gutiérrez Santiago**

mpguts@unileon.es

*Profesora Titular de Derecho Civil* (Acreditada como Catedrática, 2009)

Universidad de León (España)

Si bien la muerte implica el fin de la personalidad (art. 32 Código Civil), el legislador español ha previsto que, más allá del límite temporal de existencia de su titular, quepa la tutela *post mortem* de ciertos derechos extrapatrimoniales del mismo en aras al respeto debido a la persona fallecida (su fama, prestigio, buen nombre, reputación y estimación personal y social), lo que se traduce en lo que la doctrina jurídica viene denominando, en gráfica expresión, la «protección de la personalidad pretérita».

Aparte de la clásica tutela penal de la memoria de los difuntos, en el plano *civil* la protección de la personalidad ya extinguida se articula, de modo principal, por vía de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, donde se confiere legitimación a ciertos sujetos para la defensa de los referidos derechos de la personalidad lesionados tras la muerte de quien fuera su titular (arts. 4 y 5). Desde una óptica distinta, y configurados el honor, la intimidad y la propia imagen como derechos fundamentales (art. 18 Constitución Española), a la tutela civil de los mismos se suma –tras una importante evolución de la doctrina constitucional en este punto– la protección reforzada, a través del recurso de amparo, de la «dignidad» de las personas fallecidas (art. 10 Constitución Española).

En otro orden de cosas –y amén de que la Ley Orgánica 2/1984 permita a los herederos del perjudicado aludido en la información difundida ejercitar el oportuno derecho de rectificación, y de que en sede de propiedad intelectual se contemple la defensa *post mortem auctoris* de algunas de las facultades comprendidas en el derecho moral de autor (arts. 15 y 16 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual)–, la legislación española reguladora de la autonomía del paciente posibilita que, con determinados requisitos y limitaciones, terceras personas –ambiguamente concretadas por la norma– accedan a la historia clínica de un fallecido (art. 18.4 Ley 41/2002); posibilidad ésta que se revela como clara excepción legal a la exclusión general de los datos referidos a personas fallecidas del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos personales (art. 1 Ley Orgánica 15/1999 y art. 2.4 Real Decreto 1720/2007), como de forma reiteradísima tiene declarado la Agencia Española de Protección de Datos.

El análisis de las cuestiones que, de forma muy sintética, acaban de esbozarse podría ser estructurado del siguiente modo:

1. La muerte como fin de la personalidad vs. la denominada «personalidad pretérita».
  - 1.1. *Excursus* previo sobre los efectos jurídicos del fallecimiento en el orden personal y sobre las disposiciones no patrimoniales de la persona para después de su muerte.
  - 1.2. Notas introductorias sobre el respeto a la memoria de los difuntos, la protección de la «personalidad pretérita» y la proyección particular del llamado «derecho al olvido» respecto de las personas fallecidas.
2. La protección *post mortem* de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.
  - 2.1. Defensa *civil* de los referidos derechos de la personalidad lesionados tras el fallecimiento de su titular.
  - 2.2. Recurso de amparo y tutela *constitucional* de la «dignidad» de las personas fallecidas.
  - 2.3. Breve referencia al derecho de rectificación de la información difundida sobre una persona fallecida.
3. La tutela frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de personas fallecidas.
  - 3.1. La exclusión general de los datos referidos a un fallecido del ámbito de aplicación de la normativa reguladora de la protección de datos personales.
  - 3.2. La posibilidad de acceso a la historia clínica de un fallecido.
4. Derecho moral de autor y protección *post mortem auctoris*.

## **PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS BANCARIOS ANTES DE MIFID Y DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2013: LAS CLAVES PARA ENTENDER LA ACTUAL SITUACIÓN**

**Cristina Fernández San Miguel**

fernandezsanmiguel@gmail.com

*Abogada. Doctoranda en Derecho mercantil*

La protección de los usuarios bancarios está siendo atacada por la injerencia de decisiones de índole política en terrenos propiamente jurídicos. Este obstáculo se añade a la tradicional asimetría que define las relaciones entre una entidad y sus clientes. Ello impide que las instituciones jurídicas se utilicen en su recto sentido y se pierda su eficacia como mecanismo preventivo y reparador de situaciones de abuso.

En el presente escrito se exponen dos situaciones relacionadas con la contratación bancaria que tienen un común razonamiento si las observamos desde su tratamiento anterior a la normativa que ha desarrollado su regulación –en un caso– y a los criterios jurisprudenciales que se han dictado con ocasión de su enjuiciamiento –en el otro–. La existencia de mecanismos jurídicos con anterioridad a dichos hitos, significa que se mantienen y ayudan a entender el sentido de esas nuevas apariciones.

El primer caso se trata de la normativa MIFID, que ha venido a concretar o desarrollar unas obligaciones que ya existían en la LMV. Por lo que el cumplimiento de las nuevas formalidades no debe suplir al cumplimiento de fondo: una verdadera transparencia.

El otro supuesto es el de la irretroactividad de los efectos de la STS de 9 de mayo de 2013: la institución de la nulidad, como mecanismo jurídico, no puede ceder por cuestiones que serían más de política económica.

## **REIVINDICACIÓN DEL LETRADO ASESOR. EL COMPLIANCE EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN**

**Manuel Morales Zapata**

*Abogado. Profesor asociado Derecho privado y de la empresa (Área Mercantil) en el Master de Abogacía*

*Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*

El derecho anglosajón y del norte de Europa ha generado una presión de opinión (al menos jurídica) de tal magnitud, que la misma ha desembocado en la Ley Orgánica 5/2010 que ha modificado el Código Penal incorporando el artículo 31 bis, en virtud del cual se determina “la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

Asimismo, la Ley Orgánica 1/2015, a mayores, introduce la necesidad de incorporar a la operativa empresarial un modelo de prevención y/o detección de delitos que presenta, entre otros muchos aspectos, la figura del Compliance Officer, o Encargado de Cumplimiento Normativo.

Pues bien, esta “novedosa” figura garantista, ya existía y existe en nuestro derecho mercantil, denominada Letrado Asesor del Consejo de Administración, sin que la vigente normativa societaria le haya hecho justicia alguna.

La figura del Letrado Asesor, viene siendo regulada por dos normas preconstitucionales, la Ley 39/1975 de 31 de Octubre, sobre Designación de Letrados Asesores del Órgano Administrador de Determinadas Sociedades Mercantiles, y el Real Decreto 2288/1977 de 5 de Agosto que reglamenta la meritada Ley.

La Ley 39/1975 recoge en sus tres escuetos artículos que las empresas obligadas a disponer de Letrado Asesor serán (en resumen) aquellas que no pueden presentar cuentas abreviadas, compeliendo al Letrado Asesor a que no pueda desempeñar su función en más de cinco sociedades; si bien se faculta al Gobierno a que, por Decreto pueda modificar tal limitación, permitiéndose además (art. 3) que la relación Letrado-Empresa pueda ser de carácter mercantil o laboral.

Por último la Disposición Adicional determina que los Colegios de Abogados promoverán la incorporación como ejercientes de los Letrados Asesores y llevarán registros con los datos de los Letrados, fecha de nombramiento y número de registro asignado en tal condición.

Esta escueta regulación, se complementa con el meritado Real Decreto 2288/1977 y en sus cuatro artículos recoge su función de asesoramiento sobre la legalidad en las convocatorias de Juntas Generales, cómo debe aparecer su firma en los acuerdos inscribibles y el hecho de que será preceptivo su asesoramiento en los acuerdos del Órgano de Administración, debiendo constar en las certificaciones de acuerdos inscribibles el nombre del Letrado y el nº de Registro asignado por el Colegio de Abogados.

Pues bien, la figura del Letrado Asesor está plenamente en vigor, al igual que su normativa reguladora, y sin embargo, nos encontramos con que, ni la Ley 19/1989 de 25 de Julio de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil a la CEE, ni la Ley 2/1995 de 23 de Marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ni el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, hacen mención ni referencia alguna a la figura del Letrado Asesor, brillando por su ausencia algún comentario a su labor o a su regulación.

Por ello, no deja de resultar cuanto menos paradójico que mostremos una admiración extrema hacia la figura del Compliance Officer u Encargado de Cumplimiento Normativo, la hagamos propia y la incorporemos en nuestro ordenamiento sin dilación ni duda; y sin embargo denostemos la figura del Letrado Asesor, ya existente en nuestra legislación, no se haga referencia alguna al mismo en ninguna de las principales normas societarias y nos olvidemos de que ya existía un Compliance Officer al menos en el ámbito mercantil y societario.

Por todo lo expuesto, ahora más que nunca, es el momento de reivindicar la figura del Letrado Asesor.

## **EL NUEVO ART. 19 BIS DE LA LEY ORGÁNICA 1/1996 DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR Y SU REPERCUSIÓN PRÁCTICA**

**Marta Ordás Alonso**

*Prof.<sup>a</sup>. Titular Derecho Civil*  
Universidad de León (España)

Cuando la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo tiene, por ministerio de la ley, la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda.

De acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la asunción de la tutela de un niño debe considerarse una medida temporal a suspender tan pronto como la situación se preste, de manera que la directriz, la guía, de las medidas de protección del menor que hayan implicado una separación de su núcleo familiar adoptadas por la entidad pública no es otra que su reinserción en la familia biológica. Retorno que deberá producirse tanto si han cambiado las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo como si, en fase de revisión judicial de la resolución administrativa que lo declaraba, se estima que no había motivos para declarar al menor en desamparo.

Sin embargo, el hecho de que deba procederse al retorno del menor no implica sin más que dicho el retorno del menor con su familia se produzca pues tanto de la doctrina del Tribunal Supremo como de la redacción del nuevo art. 19 bis LOPJM se deriva que no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito o el deseo de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia de origen, si se han mantenido los vínculos y si el retorno al entorno familiar comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

La lectura detenida de los requisitos previamente enunciados para que pueda tener lugar el retorno del menor a su familia biológica pone claramente de manifiesto la dificultad sino imposibilidad de que concurran en la práctica. Máxime cuando, como se deriva del estudio numerosas resoluciones jurisprudenciales, se observa la excesiva ligereza con la que la entidad pública califica el retorno de imposible y obra en consecuencia, precipitando una guarda preadoptiva lo que, con la creación de vinculaciones afectivas con los guardadores y la supresión del régimen de visitas, convertirá el retorno a su familia de origen en, ahora sí, imposible.

## **MEDIACIÓN Y ARBITRAJE PARA LOS CONFLICTOS EN UN MARCO DE CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: ARBITRAJE Y MEDIACIÓN INTERNACIONAL<sup>2</sup>**

**Gema Vallejo Pérez**

*Abogada. Profesora asociada Derecho romano*  
Universidad de León

La mediación y el arbitraje tienen una amplia y dilatada historia en el ámbito internacional, especialmente en la esfera diplomática, en el que ha sido una de las formas tradicionales de resolver cierto tipo de controversias entre los distintos Estados debemos señalar como casos significativos, el Laudo del Rey de España, Alfonso XIII, de 1906 sobre el conflicto fronterizo que enfrentaba a Nicaragua y Honduras, y el último de 2016 que resolvió el Tribunal Arbitral, que enfrentaba a Filipinas y a China, merece recordar el todavía aún pendiente de resolver entre Croacia y Eslovenia de 2009, etc. Estas fórmulas del ámbito interestatal fueron pasando también a ser utilizadas como medio de solución de conflictos entre particulares, en ocasiones patrocinados por determinadas organizaciones internacionales, especialmente en el ámbito económico, comercial o laboral. El arbitraje Internacional surge en algunas ocasiones no como una vía alternativa a la jurisdiccional, sino en la única solución razonable<sup>3</sup>. En primer lugar, porque en este supuesto no hay una alternativa jurisdiccional que resulte aceptable para ambas partes: ninguna empresa suele estar dispuesta a litigar en el país de su contraria y no resulta lógico acudir a los tribunales de un tercer Estado. Y en segundo lugar, porque, paradójicamente, el laudo arbitral tiene más eficacia internacionalmente que una sentencia jurisdiccional.

En este ámbito comercial, el interés por la mediación ha aumentado considerablemente en los últimos años. Este mayor interés se atribuye en parte a la insatisfacción con el costo, los retrasos y la duración excesiva de los litigios en ciertas jurisdicciones. No obstante, el aumento de interés resulta también de las ventajas de la mediación. Estas ventajas consisten en un procedimiento que permite a las partes el control del procedimiento a que se somete su controversia o conflicto y del resultado de ese procedimiento. En las controversias que se ha utilizado el proceso de la mediación, el grado de satisfacción y aceptación del resultado, suele ser bueno y aceptado por las partes y sí el acuerdo llevado a cabo es duradero en el tiempo, sin duda la mediación ha sido un éxito.

---

<sup>2</sup> El presente trabajo que realiza bajo el Proyecto de investigación Nuevas estrategias participativas para la resolución prejudicial de conflictos en los Estados compuestos. Estudio comparado Canadá-EEUU-España” (INAP).

<sup>3</sup> Arias Lozano, D. (2013) “El Arbitraje Internacional” Revista Jurídica de Castilla y León, Número 29. Enero de 2013.

## **LA COMERCIALIZACIÓN DE LOS «SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS» A LA LUZ DE LA DIRECTIVA (UE) 2015/2302: REPERCUSIÓN EN LA FIGURA DEL TURISTA TRANSFRONTERIZO**

**David Carrizo Aguado**

*Profesor Ayudante de Derecho internacional privado  
Universidad de León*

En la última década el sector turístico ha experimentado un fuerte cambio en la forma de contratar los servicios de viaje. El desarrollo del comercio *on line* y la aparición de las compañías áreas *low cost*, ha conllevado a que los consumidores se abstengan de adquirir paquetes preestablecidos por un *tour operador* y sean ellos mismos quienes diseñen sus propias vacaciones. Las nuevas fórmulas de contratación electrónica no cabe duda que han contribuido a la expansión de las relaciones jurídicas internacionales entre los consumidores y los prestadores de productos vacacionales. La posibilidad que la Red brinda a los consumidores y usuarios de poder buscar ofertas y comparar precios con independencia del lugar en el que esté establecido el comerciante, ha comportado un incremento sin precedentes del comercio virtual transfronterizo.

En este contexto, las TIC's han eliminado las barreras geográficas, de esta forma han permitido aumentar la base de clientes potenciales que hasta ahora no podían contratar los servicios de estas empresas debido al factor distancia. De tal manera, es preciso destacar que si para el turista Internet ha supuesto una fuente inabarcable de información y un nuevo medio de contratación, para el proveedor de servicios turísticos constituye un buen instrumento para conocer las necesidades reales de cada cliente en particular, hasta el punto de poder ofrecer productos totalmente personalizados.

En este escenario, el legislador comunitario ha publicado en el DOUE (L 326/1) la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, cuya pretensión principal es reducir la fragmentación jurídica, reforzar el reconocimiento mutuo y eliminar los obstáculos al comercio transfronterizo. Esta nueva modalidad contractual debe ser incardinada en el seno de los contratos concluidos por consumidores, caracterizados éstos por la restricción de la autonomía de la voluntad en aras de protección al consumidor, pues es la parte contractual más débil. Precisamente el baremo de información que tiene el turista en calidad de consumidor es siempre menor frente al que tiene el empresario, ya que el alto nivel técnico que posee este último hace entrever las serias dificultades a las que se enfrenta el turista extranjero. Por ende, se puede afirmar que la capacidad de negociación que tiene el turista es muy escasa, y por ello está latente la clara desigualdad entre ambas partes contratantes generando una eventual inclusión de clausulado abusivo por parte de las empresas turísticas en las diferentes fórmulas contractuales.

El principal problema que se deriva de la contratación turística *on line* es el relativo a las reglas de competencia judicial internacional. Ello se debe a que al realizarse la contratación vía Internet, lo más habitual será que nos encontremos con dos partes

contratantes pertenecientes a países diferentes, con lo cual se deberá determinar qué país atrae para sí la competencia judicial. También la fijación del Derecho aplicable plantea dilemas, pues en todo caso se deberá evitar que la ley aplicable no sea impuesta por el empresario y ello conlleve la desprotección jurídica del consumidor.

## **EL ALCANCE DEL DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET: ENTELEQUIA O REALIDAD**

**María Dolores Moreno Marín**

*Doctora en Derecho*  
Universidad de Córdoba

El avance en el desarrollo tecnológico abre la posibilidad de nuevos cauces para el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y de información consagrados en nuestra Constitución Española, ya que el uso de Internet, por ejemplo, permite que tanto el alcance como la disponibilidad de contenidos e información no tenga límites ni espaciales ni temporales lo que, a su vez, presenta un grave riesgo para otros derechos y libertades de la persona, tales como es el caso del derecho al honor, intimidad, imagen o la protección de datos personales.

Atendiendo a lo anterior, surge la necesidad de preguntarnos si lo que en un determinado momento de nuestras vidas fue divulgado, debe mantenerse publicado de forma permanente o si tenemos algún derecho que nos ampare a su retirada cuando ha transcurrido el tiempo necesario como para que esa información haya dejado de tener relevancia y, sin embargo, su mantenimiento sí puede afectarnos en nuestro ámbito personal, esto es lo que se ha denominado derecho al olvido o derecho a ser olvidado.

Hay que poner de manifiesto el papel que juegan en el acceso a la información los motores de búsqueda como Google. Dichos motores permiten a los usuarios simplemente con teclear “palabras clave” (como pudiera ser el nombre y apellidos de alguien) encontrar de manera sencilla toda la información que de los sitios web indexados hagan referencia a la palabra clave sobre la que el usuario ha realizado la búsqueda, lo que ha sido visto como un ataque al derecho a la protección de datos personales consagrado en el art. 18.4 CE. Sobre esta materia, ha marcado un precedente importante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 13 de mayo de 2014, en el que se respalda el derecho al olvido en los buscadores de Internet, al considerar que la actividad que estos realizan debe calificarse de tratamiento de datos personales. No obstante, hay que señalar que este derecho al olvido no es un derecho absoluto, puesto que siempre se llevará a cabo en cada caso concreto una ponderación entre los derechos en conflicto, según criterios de exactitud, relevancia pública y obsolescencia. Asimismo, la fuente de la información quedará intacta y seguirá siendo accesible a través del buscador por cualquier otra palabra o término que no sea el nombre del afectado.

Hoy día en la jurisprudencia de nuestro país surgen divergencias en relación a quién es el verdadero responsable en el tratamiento de los datos de carácter personal en el motor de búsqueda Google, si Google Inc., que es la matriz con sede en California (EEUU), o si es posible dirigir las peticiones de cancelación de datos a Google Spain como filial de la entidad en España. La Sala 3ª del Tribunal Supremo considera que el responsable es Google Inc., mientras que la Sala 1ª opina que su filial española puede ser demandada. En el ámbito europeo, el Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril, relativo a la protección de datos personales recoge en su art. 17 expresamente el derecho al olvido, al que denomina derecho de supresión.

## **BLOGS JURÍDICOS. A PROPÓSITO DEL BLOG *DERMERULE* DE DERECHO MERCANTIL (ULE)**

**Elena F Pérez Carrillo**

*Prof. Ayudante Doctor*  
Universidad de León

*Contenidos. I.- De las fichas “Torre de Marfil” a las entradillas en blogs-Metacolaboración. II.- DerMerUle, Blog. 1.- Estructura. 2.- Buscadores. 3.- Aplicaciones*

### **I.- De las fichas “Torre de Marfil” a las entradillas en blogs-Metacolaboración**

Las antiguas fichas de bibliotecas completadas por los investigadores en su mesa de trabajo (notas adicionales, referencias externas etc.) eran accesibles a grupos reducidos o a un solo investigador (“Torre de Marfil”). Con un modelo formal similar, los Blogs facilitan, además, intercambios dentro de los equipos de docencia y con grupos externos (Meta Colaboración) constituyendo un buen instrumento de *Knowledge management*.

### **II.- DerMerUle\_Blog**

Existen excelentes ejemplos de Blogs jurídicos que facilitan la docencia y la investigación. Aprendiendo de todos, DerMerUle (<http://blogs.unileon.es/mercantil/>) sistematiza recursos docentes (y de apoyo a investigación); en el marco del Grupo de Innovación Docente (GID- DerMerUle, coordinado desde la cátedra de Derecho Mercantil de la Universidad de León).

#### **1.- Estructura**

Junto a sus secciones fijas o pestañas (Boletines oficiales, Legislación, Jurisprudencia, Revistas, etc.) y novedades automatizadas (CNMV, DGRN, FBS, etc); se actualiza con “entradillas” o fichas de novedades (comentarios de sentencias, documentos o bibliografía) enriquecidas con enlaces a otras webs y referencias temáticas.

#### **2.- Consultas y aplicaciones**

Las consultas se efectúan principalmente por un buscador bodleano; categorías (asignaturas impartidas desde el Área de Derecho Mercantil); y etiquetas (temáticas).

Se utiliza en el aula, y para elaborar trabajos académicos. También a modo de difusión de novedades del GID y de Grupos de trabajo afines por razón de materia/asignatura. Sus enlaces internos permiten visualizar en dos o tres “clicks” el repositorio existente sobre un asunto de interés para el GID.

## LA INFLUENCIA DE LAS TIC'S EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: ESPECIAL ATENCIÓN AL DELITO “Online Child Grooming”

**Iván Fernández Rebordinos**  
Estudiante de Máster en Abogacía  
Universidad de León

En las últimas décadas, la utilización de manera generalizada de las tecnologías de la información y la comunicación por los ciudadanos, más comúnmente denominadas como TIC's, y especialmente el uso de éstas por parte los jóvenes y menores de edad, ha dado lugar a una situación preocupante, especialmente en relación a los menores al tratarse de personas más vulnerables, las cuales a través de las TICs pueden convertirse en víctimas, ya que el desarrollo de Internet como medio de comunicación y el auge de las redes sociales para realizar contactos interpersonales ha sido aprovechado por delincuentes sexuales para ampliar sus actividades delictivas.

Para prevenir esto, entre otras cosas, se ha desarrollado la ciberseguridad, entendida esta como “*el uso seguro y responsable de la tecnología de la información y la comunicación (TIC), incluyendo Internet, los dispositivos móviles y de comunicación y los instrumentos tecnológicos diseñados para guardar, compartir o recibir información, por ejemplo, los teléfonos móviles, las cámaras digitales, etc.*”.

En los últimos tiempos estamos siendo abrumados con una multitud de términos novedosos cuyo denominador común es el ataque a menores de edad, refiriéndose cada uno de ellos a diferentes conductas (Ciberbullying, Cyberharassment, Sexting,...).

De entre todos, algunos son conocidos y con amplia trayectoria, y sin embargo otros son novedosos y desconocidos para la mayor parte de los ciudadanos. En concreto se analizó en mayor profundidad el delito de *online child grooming*, el cual pese a que la RAE aún no lo ha incluido como término en su diccionario, se puede **definir el “grooming”** como un “nuevo tipo de problema relativo a la **seguridad de los menores en internet**, consistente en que una persona adulta realiza de manera deliberada actos para contactar con un menor a través de las TIC, con el propósito de ganarse su confianza para establecer una relación o actividad sexual.

La incriminación de este fenómeno atiende a lo establecido en el art. 23 del *Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual y el abuso sexual de 25 de octubre del 2007*<sup>4</sup>, conocido también como Convenio de Lanzarote.

<sup>4</sup> Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, creado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, en vigor desde el 1 de julio de 2010 y que fue ratificado por España el 1 de diciembre del mismo año.

En España, el legislador, consciente de este problema, introdujo en el año 2010 el delito denominado “**online child grooming**”, que fue tipificado en el artículo 183 bis del Código Penal. Posteriormente, y tras la reforma operada a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo que elevó la edad del consentimiento de los 13 a los 16 años, el delito de “grooming” fue trasladado al artículo 183 ter del Código Penal, que es dónde se regula actualmente.

### **PROBLEMÁTICA DE PRUEBA DE LA RESIDENCIA FISCAL EN EL EXTRANJERO, CON ESPECIAL ATENCIÓN AL SUPUESTO DE LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES**

**Marta González Aparicio**

*Contratada predoctoral (FPU)*

Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de León

La determinación de la residencia fiscal de las personas físicas que obtienen rendimientos del trabajo, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, resulta esencial a fin de establecer el régimen tributario aplicable a las mismas. Esta cuestión cada vez plantea mayores retos, pues en un mundo globalizado como el actual en el que las personas y los capitales se mueven con agilidad, es común la aparición de situaciones en las que un sujeto con residencia fiscal en España modifica su domicilio, independientemente de que tal cambio se produzca por motivos laborales o por la búsqueda de un territorio con condiciones fiscales más beneficiosas –la llamada votación con los pies–, siendo éste último el supuesto más común en el caso de los deportistas profesionales.

El artículo 9 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF), establece los criterios para determinar la residencia fiscal en territorio español, empleando para ello una vinculación triple: física, económica y familiar. Los dos primeros criterios tienen la consideración de presunciones *iuris et de iure*, de modo que si queda acreditado cualquiera de ellos, la residencia fiscal se considera probada de manera automática. El criterio familiar, más que un criterio en sí se trata de una presunción *iuris tantum* –que admite prueba en contra– a través de la cual es posible inferir que se da la situación exigida bien por el criterio de la permanencia o bien por el criterio de los intereses económicos. La regulación contenida en el artículo 9 de la LIRPF se completa con la cláusula antiabuso del artículo 8.2 de la LIRPF, según la cual en los supuestos en los que se acredite conforme a alguno de los criterios enunciados el cambio de residencia habitual a un territorio que tenga la consideración de paraíso fiscal, se mantendrá la residencia fiscal en territorio español durante el año que se produzca el cambio y los cuatro años posteriores, esto es, durante cinco años desde que se efectúe el cambio. Este cambio de residencia a territorios considerados como paraísos fiscales es precisamente el supuesto más común en la práctica para los deportistas de alto nivel.

La regulación de la residencia fiscal se completa con el Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio,

elaborado por la OCDE con el objetivo ofrecer un marco común en la elaboración de Convenios de Doble Imposición, que se aplicarán en aquellos casos en los que, tras la aplicación de la normativa interna, un sujeto resulte residente fiscal en dos Estados, lo que origina un conflicto de doble residencia fiscal. Este Modelo, que es seguido por España y numerosos países el en mundo expone los criterios específicos en la resolución del conflicto de doble residencia por orden de prelación en su aplicación buscando los puntos conexión fisca o económica prioritariamente.

Por otro lado, merece referencia expresa por la importancia que despliega en la determinación de la residencia fiscal el Real Decreto 1021/2015, de 13 de noviembre. Este Real Decreto establece la obligación para las entidades financieras de identificar y comunicar a las Autoridades fiscales la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de cuentas financieras. La atribución a las instituciones financieras de las potestades para la identificación de la residencia fiscal del sujeto pasivo, si bien fundada en la necesidad de un mayor control y la prevención de la evasión y el fraude de capitales, puede resultar criticable, pues supone otorgar a una entidad de carácter privado potestades correspondientes a una Administración pública, además de plantear dudas en relación a la “prueba” de la residencia fiscal del sujeto en el procedimiento establecido para la identificación de tal residencia fiscal en el Real Decreto.

Por último, en materia probatoria el mecanismo previsto por la normativa fiscal es la emisión de certificaciones fiscales por la autoridad competente del territorio que se trate. Si bien tanto la jurisprudencia como la Dirección General de Tributos han mantenido durante largo tiempo una postura estricta, admitiendo únicamente tales certificaciones como medio de prueba de la residencia fiscal, en los últimos años esta situación ha cambiado, pues se ha aceptado que el sujeto se valga de otros medios de prueba, amparándose en el artículo 106.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria, que establece el principio de libertad de prueba en materia fiscal.

Toda esta normativa y estos pronunciamientos, contradictorios en muchos casos, han modificado la tradicional determinación de la residencia fiscal, planteando un nuevo panorama que origina, en muchas ocasiones, inseguridad jurídica para el contribuyente.

## **LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL ÁREA METROPOLITANA Y SU ACTUALIDAD EN ESPAÑA**

**Aurora Corbacho Quintela**

*Doctora en Derecho Público por la Universidad de Vigo*

Desde finales del siglo XVIII, en muchos lugares del planeta y como consecuencia de tres factores principalmente: la Revolución Industrial, la demolición de las murallas que rodeaban las ciudades y la invención de los medios mecanizados de locomoción, las hasta entonces comprimidas urbes van a experimentar una expansión que va a dar lugar a la aparición de un nuevo espacio que en el año 1850, en Norteamérica, se vino

a denominar “Área Metropolitana” y la cual la Oficina Federal del Censo en 1910 se referiría en virtud de la relación que se establece entre una ciudad importante y un territorio próximo que de alguna forma depende de ella, fundamentalmente por motivos de residencia y trabajo (lo que se conoce como variable commuting).

La manifestación de esta variable en muchos espacios territoriales de los diferentes países del globo ha llevado a diversas disciplinas a estudiar el fenómeno metropolitano desde sus diferentes perspectivas. En concreto, desde la rama jurídica existe una ingente producción doctrinal que ha estudiado la figura desde una doble acepción, la propiamente fáctica como realidad espacial que es, y como concepto normativo, regulador, como señala Barrero Rodríguez<sup>5</sup>, de las formas de organización y gobierno características de tales espacios.

Con el objetivo de prestar los servicios públicos que demanda su población de una manera más eficaz y eficiente, se ha procedido a institucionalizar dicha entidad en países como Canadá (Communauté Métropolitaine de Montréal), Colombia (Área Metropolitana de Bucaramanga, Área Metropolitana del Valle de Aburrá), India (Mumbai Metropolitan Region Development Authority), Sudáfrica (Greater Johannesburg Metropolitan Area), Alemania (Verband Region Stuttgart), Reino Unido (Greater London Authority), Francia (Métropole de Lyon), Portugal (Área Metropolitana de Lisboa, Área Metropolitana do Porto), entre otros.

En España, la Constitución de 1978 establece en el artículo 141.3º la posibilidad de crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia, y entre ellas, como opina la mayoría de la doctrina y así lo admite la Jurisprudencia, estarían las áreas metropolitanas. Dado que la competencia en materia de ordenación del territorio, en virtud del artículo 148.1.3.<sup>a</sup> podrá ser asumida en sus diferentes Estatutos por las Comunidades Autónomas, corresponderá a éstas la decisión en torno a la creación de entidades locales metropolitanas en su ámbito espacial, respetando siempre y en todo caso las disposiciones de la Ley estatal 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, relativas a las áreas metropolitanas (en especial los artículos 3, 4 y 43 de dicha Ley).

Fruto de esta potestad normativa, actualmente en España existen tres Áreas Metropolitanas: una en Cataluña, de carácter territorial, el Área Metropolitana de Barcelona; y dos en la Comunidad Valenciana, ambas de carácter sectorial, la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos, y la Entidad Metropolitana para el Tratamiento de Residuos. En próximas fechas, dada su realidad social y económica, se espera la constitución del Área Metropolitana de Vigo, creada por la Ley 4/2012, del 12 de abril, como entidad local supramunicipal de carácter territorial.

---

<sup>5</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, M. C., *Las Áreas metropolitanas*, Civitas, Madrid, 1993, p. 59. En este sentido señala la autora que se trata de dos significados profundamente interrelacionados.

## **RELACIONES JURÍDICO INTERNACIONALES DE FAMILIA: EL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA, PRESERVACIÓN-REAGRUPACIÓN FAMILIAR MÉXICO-ESPAÑA**

**Daniela Mercedes Pérez Martínez**

*Maestrante, Universidad Autónoma del Estado de México*

En el marco internacional, la problemática de los flujos migratorios se centra en la idea principal de la protección de Derechos Humanos, siendo uno de los derechos por antonomasia el –derecho a vivir en familia–. En este sentido, se puede afirmar que la familia constituye un elemento sustancial en la sociedad y que como consecuencia corresponde a los Estados como entes protectores, cumplir lo preceptuado en los diversos tratados internacionales de los que tanto México como España forman parte (Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Derivado de este derecho a vivir en familia se desprende la necesaria protección de la unidad familiar, sin importar la diversificación sobre la que se sustenta (nuclear, ensamblada, monoparental, homoparental); ahora bien, en la mayor parte de las legislaciones actuales solo se aboga por proteger el modelo de familia tradicional nuclear. El término empleado de éste derecho en México es la «preservación de la unidad familiar» y en España es «reagrupación familiar», haciendo precisión a que se emplea éste para mantener un sano y productivo tejido social de las comunidades de extranjeros en el país (Ley de Migración de México) y consiste en que el extranjero que resida legalmente en un país pueda trasladar a su familia consigo.

El marco legal en México se centra en el artículo 4 constitucional, y a partir de la reforma en el año 2011 en la Ley General de Población se crea la Ley de Migración y su Reglamento; sustentando su política migratoria en torno al principio de la unidad familiar, así como en la Ley sobre Refugiados y su Reglamento que dan vida y adecuan de cierta manera las ideas planteadas por el marco internacional.

Por otro lado en España el marco normativo se establece a españoles o nacionales de la Unión Europea dentro de la *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, y en el *Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*; en lo que atañe a la reagrupación aplicada a familiares de terceros países se encuentra estipulada en la *Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar*, *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, y su norma de desarrollo en el *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril*, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

En concordancia con las anteriores normativas, el rescate de la unidad familiar a través del derecho a vivir en familia se ha transformado en un derecho humano válido y reconocido internacionalmente, aunque al parecer la unificación de los criterios, tipologías, estructuras legales y situaciones de carácter material, social y psicológico han prolongado su tiempo, considerando que algunos de estos estándares y obligaciones no han sido aplicados o han rezagado leyes que protejan en sentido amplio la estructura familiar.

## **RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PROGENITORES EXTRANJEROS DE HIJOS ESPAÑOLES: ANÁLISIS DE LA STJUE DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2016, ASUNTO RENDÓN MARÍN**

**Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez**

*Profra. Titular (acreditada para catedrática) de Derecho internacional privado  
Universidad de León*

1. En nuestro ordenamiento, algunos hijos de progenitor extranjero por nacer en territorio español gozan de la nacionalidad española. La atribución de ésta en virtud del *ius soli* se regula en el art. 17.1.b), c) y d) Cc, interpretados por la Instrucción DGRN de 28 marzo 2007. En realidad nuestra legislación mantiene el criterio también establece el art. 7 del Convenio de Nueva York de 1989, sobre Derechos del niño.

La mayor dificultad a la hora de averiguar si se obtiene la nacionalidad española por el nacimiento en España del hijo de extranjeros deriva de la necesidad de acreditar el contenido y vigencia de la legislación en los ordenamientos de los progenitores (art. 17.1.c) Cc y art. 281 LEC). Por el momento, son españoles los hijos de los siguientes extranjeros por nacer en España: argentinos, brasileños, caboverdianos, colombianos, costarricenses, cubanos, nacionales de Guinea-Bissau, paraguayos, peruanos, portugueses no inscritos en los registros portugueses y nacionales de Santo Tomé. Desde hace unos años no son españoles por nacer en España por modificaciones en sus normativas internas bolivianos, chilenos, ecuatorianos y uruguayos.

2. Tener la nacionalidad española conlleva ser ciudadano de la UE. En virtud del art. 20 TFUE

“Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”. Y, entre los derechos se menciona expresamente, “a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”. El ejercicio de este derecho se desarrolló en virtud de la Directiva 2004/38/CE. Los destinatarios de este derecho se concretan en los arts. 1 a 3 del mencionado texto comunitarios. El derecho de esas personas no es absoluto, pues viene limitado por la exigencia del cumplimiento de unos requisitos y por otro lado también se puede limitar (arts. 27 y 28).

Con respecto al derecho a la libre circulación de ascendientes de un nacional de otro país miembro de la UE, el tribunal de Luxemburgo ha dictado varias decisiones y ha

interpretado el concepto de vivir a cargo (*STJCE de 19 de octubre de 2004*, asunto Chen; *STJCE de 9 de enero de 2007*, asunto Jia). También son varios los fallos en los que se trata de analizar los derechos generales que tiene el ascendiente de nacionales del propio Estado que vivan a sus expensas (*STJUE de 8 de marzo 2011*, asunto Ruiz Zambrano; *STJCE de 13 de septiembre 2016*, asunto CS).

3. El caso resuelto por la *STJCE de 13 de septiembre de 2016*. Alfredo Rendón Marín, asunto C-165, de nacionalidad colombiana, con antecedentes penales, ascendiente de un menor de nacionalidad española y de una hija polaca al que se le denegó la renovación de su permiso de residencia. Se elevó cuestión prejudicial mediante el *ATS de 20 de marzo de 2014* –reiterado *ATS de 9 de marzo de 2016*– argumentando la eventual aplicación de la interpretación dada en los asuntos Chen y Ruiz Zambrano. En este último supuesto el TJUE dictaminó que no aplicable la Directiva 2004/38/CE. Ahora bien, si es aplicable el art. 20 TFUE con la finalidad de no obstaculizar los derechos que otorga la ciudadanía, aunque no se haya ejercido la libre circulación.

Diferencias entre el asunto Rendón Marín y el asunto Ruiz Zambrano. Ser ascendiente de un nacional del propio país conlleva la aplicación del art. 20 TFUE; sin embargo, ser ascendiente de un nacional de otro EM de la UE conlleva la aplicación del art. 21 TFUE y de la Directiva 2004/38/CE. Por tanto, se puede gozar del derecho a obtener residencia siempre que el ascendiente cumpla los requisitos para poder gozar de la libre residencia y no se encuentre en los casos de limitación (art. 27 Directiva).

4. En definitiva, el Sr. Rendón Marín como padre de una nacional polaca será beneficiario del RD 240/2007; ello, sin olvidar que como progenitor de un español podrá obtener una autorización de residencia por razones excepcionales prevista en el régimen general de extranjería (LO 4/2000 y RD 557/2011). En todo caso, el recurrente no es un extranjero cualquiera al ser progenitor de un español (*STS de 26 de enero de 2004*). Por ello, cualquier eventual restricción de su derecho a vivir en España para que sus hijos puedan permanecer en la UE debe ser examinada a la luz de la normativa de la UE. Partir de esta sentencia no debería volver a producirse la expulsión automática de ningún extranjero, progenitor de menores de nacionalidad española (STC 186/2013, de 4 de noviembre, y la Decisión TEDH de 17 de marzo de 2015).

## LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR Y EL REFERÉNDUM EN DEMOCRACIA

**M<sup>a</sup> Nieves Alonso García**

*Doctoranda en Derecho Constitucional*

Universidad de León

La teoría política contemporánea se ha erigido sobre la tensa dialéctica entre dos formas de concebir la participación en democracia. Por una parte, «la democracia directa o de identidad» y por otra, «la democracia representativa». La contraposición entre estas dos técnicas de participación se refleja en la pugna entre Rousseau, quien sostenía que sólo hay ley vinculante si ha sido ratificada por todos y Montesquieu,

quien defendía que la gran ventaja de los representantes frente a los representados es que son capaces de discutir los asuntos.

Nuestra historia constitucional se decantó desde sus inicios por las formas propias de la democracia parlamentaria. No obstante, se implementaron instituciones políticas destinadas a implicar a los ciudadanos en el proceso de deliberación y toma de decisiones de los poderes públicos.

En el ordenamiento jurídico español, los instrumentos de participación directa de los ciudadanos en las decisiones políticas son: *la iniciativa legislativa popular*, prevista en el art. 87.3 CE, *el referéndum consultivo* en relación a decisiones políticas de especial trascendencia, regulado en el art. 92 CE y *el referéndum para la ratificación de la reforma constitucional*, recogido en los arts. 167 y 168 CE.

En cuanto a la iniciativa legislativa popular encuentra su fundamento en el art. 23.1 CE en el cual se establece el derecho fundamental de los ciudadanos a participar directamente en los asuntos públicos. El procedimiento de tramitación de la iniciativa desvirtúa su origen popular ya que, si fuera admitida a trámite, una vez en el Congreso, puede ser enmendada y aprobada a voluntad del legislador. De este modo, la ley resultante puede ser distinta de la proposición que por iniciativa popular llegó al Congreso. La Comisión Promotora no podrá retirarla si no estuviera conforme con las modificaciones efectuadas. Asimismo, la previsión de este instrumento de participación política de los ciudadanos no garantiza que esa iniciativa suponga el surgimiento de una ley. Por el contrario, la mayoría son rechazadas sin trascender a la sociedad.

En referencia al marco jurídico del referéndum, se constituye con carácter consultivo, en el art. 92 CE. Este referéndum es facultativo y su convocatoria dependerá en exclusiva de la decisión del Presidente del Gobierno. La consecuencia jurídica más importante que se deriva del referéndum es el plus de legitimidad para el sistema político que conlleva la expresión de la voluntad popular. De este modo, permite comprobar la adecuación de las decisiones a adoptar por los poderes públicos con el sentir de la ciudadanía.

En cuanto al referéndum para la ratificación de la reforma constitucional cabe destacar que los arts. 167 y 168 CE establecen un referéndum de carácter facultativo para una reforma ordinaria y un referéndum de carácter obligatorio para el procedimiento agravado de reforma. Hasta nuestros días, la Constitución ha sido reformada en dos ocasiones, la primera de ellas en 1992 en lo relativo al sufragio pasivo de los ciudadanos de la Unión Europea residentes en España y la segunda en 2011 destinada a garantizar el equilibrio presupuestario de las Administraciones Públicas. En ninguno de los procesos se convocó referéndum para ratificar dichas reformas.

A modo de reflexión final, cabría plantearse la viabilidad de la iniciativa popular en una democracia esencialmente representativa. De admitir su viabilidad, ¿redundaría positivamente en la operatividad de esta institución la modificación de su régimen jurídico a fin de facilitar su ejercicio, así como el asesoramiento público al ciudadano sobre su procedimiento a fin de reducir la inadmisión a trámite por su inadecuación material?

Bajo una perspectiva política y constitucional cabría cuestionarse también la viabilidad del referéndum en una democracia esencialmente representativa. El referéndum se concibe, por un lado, como una figura manipulable por la élite política y por otro, como una manifestación del derecho fundamental a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. ¿Supondría un estímulo para el ciudadano al ser consultado directamente sobre las decisiones políticas? ¿Sería posible la desvinculación de su utilización partidista e interesada por parte del Gobierno?

## LA DEBILIDAD DE LA DELIBERACIÓN PARLAMENTARIA

**Patricia García Majado**

*Doctoranda en Derecho Constitucional*

*Becaria del Programa de Formación del Profesorado Universitario*

Universidad de Oviedo

El Parlamento es un lugar en el que confluyen posiciones políticas encontradas, en el que se acoge el disenso y se propicia la confrontación de opiniones. De ahí deriva, precisamente, su carácter de institución representativa: de albergar en su seno toda la fragmentación que experimenta el sentir social. Así pues, su labor no es solamente decisoria, sino esencialmente deliberativa, pues lo relevante en democracia no es sólo «quién» decide, sino «cómo» se hace. La legitimidad democrática de las decisiones no proviene únicamente de su adopción de acuerdo con la voluntad mayoritaria, sino de la posibilidad de que exista un proceso previo en el que la voluntad general –y no únicamente aquélla– haya conseguido revelarse. Sin embargo, la tendencia del poder político es a sustraerse al debate parlamentario, imponiendo su decisión con el único aval de una votación favorable.

Estas carencias deliberativas se pusieron de manifiesto en uno de los momentos constitucionales más candentes de los últimos tiempos: la reforma del art.135 CE. La tramitación de la misma por los procedimientos de urgencia y lectura única, propició que al debate de la segunda modificación constitucional en España en treinta y tres años se le dedicasen 6 horas y 10 minutos. Sin embargo, no parece que una propuesta de reforma constitucional avalada por dos grupos parlamentarios y con 53 enmiendas, cuyo propósito era el establecimiento de un techo de déficit público y un límite a la capacidad de endeudamiento del Estado, Comunidades Autónomas y Municipios, sea una cuestión cuya *naturaleza o simplicidad de formulación* aconseje tan pronta tramitación y el establecimiento de un plazo de 48h para la presentación de enmiendas.

No obstante, la mala calidad del parlamentarismo se revela con peligrosa cotidianeidad a través de algo que, debiendo ser una excepción en democracia, ha devenido casi una constante: legislar a golpe de decreto-ley. Sin ir demasiado lejos, la X Legislatura, presidida por mayoría absoluta en ambas Cámaras, presenta 76 decretos-leyes, existiendo años, como el 2012, en los que la producción legislativa de urgencia supera holgadamente a la ordinaria. Indudablemente, la crisis económica ha contribuido a disparar estas cifras, pues en semejante contexto parece que todo es extraordinario y urgente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, a través de una jurisprudencia excesivamente deferente sobre el control del presupuesto habilitante,

más que muro de contención frente a estos excesos ha devenido, más bien, cómplice de los mismos.

En definitiva, las insuficiencias deliberativas apuntadas nos invitan a recordar que cuando se producen normas a base de sortear las formas, se olvida la más pura esencia de la democracia. Y es que, tal vez, uno de los retos democráticos de nuestro tiempo consista, precisamente, en conseguir que las normas dejen de ser fruto de la imposición y vuelvan a ser, como Kelsen reivindicaba, el *logro de una transacción*.

## **EL LENGUAJE JURÍDICO: FACTOR DEL DESAFECTO SOCIAL HACIA EL DERECHO**

**Pablo Sanz Bayón**

Universidad Pontificia Comillas

El problema de la interpretación de las normas y de los contratos, su posible ininteligibilidad y obscuridad, tiene que ver en buena medida con el empleo del lenguaje jurídico. No puede obviarse que abundantes litigios guardan una directa relación con los problemas interpretativos y la falta de claridad en la redacción de los textos jurídicos, pues como reza el adagio latino: “interpretatio cessat in claris”. En consecuencia, no es extraño que el lenguaje jurídico se presente como un factor de desafecto de la sociedad hacia el derecho.

Distintos estudios empíricos apuntan en esa dirección, reflejando que la ciudadanía no entiende, o entiende con dificultad, a los juristas y a los textos jurídicos. En este sentido, podemos referirnos a las quejas recibidas por el servicio de atención al ciudadano del Consejo General del Poder Judicial, o a diversas encuestas realizadas a estudiantes de facultades de Derecho, de práctica jurídica, del Centro de Estudios Jurídicos y de la Escuela Judicial. Los futuros juristas opinan que los profesionales del mundo jurídico se expresan de forma inadecuada. Los estudios constatan la existencia de un conjunto de prácticas asentadas que dificultan la comprensión, así como algunas reiteradas incorrecciones sintácticas y gramaticales en la expresión oral y escrita de los profesionales del derecho<sup>6</sup>.

Además, queda patente que este problema no se circunscribe únicamente a la Administración de Justicia sino que está presente en los propios textos legislativos que emplean los profesionales del derecho para realizar su labor. Así, según el Informe

---

<sup>6</sup> Vid. CARRETERO GONZÁLEZ, C., “Reflexiones acerca de la expresión y la comunicación del derecho por los juristas españoles en la actualidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 1, 2015, pág. 241 y nota 23. En este trabajo se da cuenta de la problematicidad que presenta el lenguaje jurídico en la comunicación procesal: “si leemos algunas demandas y otros escritos procesales, comprobaremos el complejísimo, e innecesario, amasijo de palabras que se encuentran, más o menos unidas en frases (...). Muchos abogados no revisan sus escritos; y las primeras redacciones quedan como definitivas: estas suelen presentar dificultades de comprensión y ambigüedades, lo que no resulta deseable, ya que abren la puerta a diferentes interpretaciones” (pág. 236).

de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico del Ministerio de Justicia, de 2011, los barómetros de opinión del CGPJ muestran que un 82% de los ciudadanos considera que el lenguaje jurídico es excesivamente complicado y difícil de entender.

Una de las causas de la ininteligibilidad del lenguaje jurídico se debe a la actitud y modos de la “sociedad jurídica” (los profesionales del derecho)<sup>7</sup>. A este respecto, nos hacemos eco de lo que subraya el Prof. Cazorla Prieto: “(...) el jurista, toma posesión de su singularidad expresiva y tiende a acentuarla como manifestación de su situación profesional distinta e inalcanzable para los que no son de su cuerda profesional. Creen así ciertos juristas que la manera más eficaz de mantener y acrecentar su lenguaje más especializado es diferenciarlo del de los demás, del común, a través de la oscuridad inentendible (...)”<sup>8</sup>.

En definitiva, la sociedad democrática necesita de un derecho que se entienda, accesible, claro, sencillo de interpretar y aplicar, y que no dé lugar a situaciones de inseguridad jurídica. La realización de la justicia (social, material) –objeto y fin del derecho– depende, en última instancia, de ello.

## LA DESIGUALDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

**Lorena Chano Regaña**

*Profesora de Derecho Constitucional*  
Universidad de Extremadura

Esta breve disquisición, presentada en unas pocas líneas, es sólo un resumen divulgativo de un trabajo de investigación más profundo presentado en parte en el III Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de León y del Centro Universitario Tabosa de Almedia en Brasil, el pasado 21 de octubre del 2016.

La investigación ofrece un análisis crítico del binomio igualdad-desigualdad en el constitucionalismo contemporáneo con el propósito de clarificar las carencias y problemas del modelo tradicional y de explorar nuevas vías en la consecución de los retos que debe asumir el texto constitucional.

---

<sup>7</sup> Sobre las causas del estilo barroco heredado por los juristas generacionalmente se refiere BAYO DELGADO, J., “El lenguaje forense: estructura y estilo”, *Lenguaje forense. Estudios de Derecho Judicial*, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 38, hay que encontrarlas “en la ausencia de puntos y aparte, para evitar la intercalación de palabras, y el sistema de arancel de los antiguos escribanos o secretarios, que reproducían textos dentro de otros textos para aumentar su longitud, y por ende, sus derechos arancelarios (...). La concepción de la sentencia, de ahí su nombre, como una oración única con fallo como verbo principal también ha coadyuvado a modelar ese estilo forense”.

<sup>8</sup> Vid. CAZORLA PRIETO, L., *El lenguaje jurídico actual*, Madrid, 2007, pág. 3.

El modelo de igualdad articulado en la Constitución Española de 1978 y desarrollado a través del derecho ya no es un modelo sostenible para responder a las demandas sociales. La hegemonía del mercado frente a la sociedad ha deslegitimado el pacto social-democrático y ha acrecentado la brecha entre la igualdad jurídica y la igualdad real, haciéndola cada vez más profunda. Conscientes de la necesidad de reformular el contenido jurídico y material de la igualdad, y del papel preponderante que este principio juega en el debate sobre la reforma constitucional y sobre el proceso constituyente, se ha abordado el estudio de las categorías “igualdad” y “desigualdad” con una metodología jurídico-problemática, explorando las posibilidades que se ofrecen en el actual contexto socio-político.

Esta reflexión consiste en analizar las categorías jurídicas “igualdad” y “desigualdad” desde la perspectiva de un constitucionalismo crítico sentando las bases de un debate bastante interesante sobre el camino que debe seguir el nuevo texto constitucional en torno a la igualdad (dado el carácter que tiene de principio supremo, inspirador del ordenamiento jurídico y base democrática del Estado de derecho). Con el análisis de la paradoja igualdad/desigualdad pretendo un triple objetivo:

1. Reflexionar sobre el contenido semántico de los términos igualdad y desigualdad, descubriendo que el significado de estos términos es múltiple y que ha mutado a lo largo de la historia.
2. Clarificar las carencias y los problemas del modelo tradicional y no sólo del tradicional, sino también del actual, contenido en el texto fundamental.
3. Explorar nuevas vías en la consecución de los retos que debe asumir el texto constitucional.

Con carácter conclusivo, se ha constatado que la desigualdad ya no es un presupuesto fáctico tolerable que el derecho pueda equilibrar mediante la proclamación jurídica de igualdad y los correctivos propios del Estado social; es una preocupación de primer orden en el contexto socio-político actual. En conclusión, habría que reformular el contenido del principio constitucional de la igualdad para dotarlo de contenido material. Para ello no bastaría con la determinación de unos presupuestos objetivos que permitieran la concreción de la norma aplicable al caso concreto, sino que también deberían revisarse los mecanismos destinados a la especificación del sujeto, como elemento primordial de la concreción normativa.

## **EL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE LA GLOBALIZACIÓN**

**Ángel Aday Jiménez Alemán**

*Profesor ayudante doctor  
Universidade de Vigo*

En la era de la globalización y del derecho global, cosmopolita o transnacional, (aún no hemos alcanzado un consenso sobre el contenido exacto y los límites de estos conceptos), y en necesidad de una auténtica teoría general del derecho (Twininng), al menos se han identificado algunas tendencias y consecuencias de este fenómeno. El paradigma de la unidad entre el Estado y el Derecho de Kelsen es cada día más borroso.

Lo mismo sucede con el principio del Estado como último fundamento de validez, como suprema voluntad. La validez del orden jurídico todavía descansa en el poder estatal. Sin embargo, el orden jurídico, así como el poder, reside cada vez más allá de las estrictas fronteras del Estado. Una estructura de gobierno mundial está surgiendo, una fuerza política unida por normas jurídicas, procedimientos y redes multilaterales.

En la ausencia de una auténtica organización política supraestatal como autoridad superior, se pueden identificar muestras del desarrollo de una muy originaria fase de constitución de un ordenamiento jurídico supraestatal compuesto por múltiples órdenes jurídicos. Este ordenamiento jurídico global se basa más en la cooperación que en la soberanía, más en las redes que en la jerarquía, en la pluralidad de actores descentralizados que regulan sectores, en lugar de una única autoridad central. Un derecho fracturado, que fluye, permeable y policéntrico, una suerte de sistematización de la anarquía, un regreso del pluralismo jurídico, que nunca se había terminado de ir, un espacio en el que conviven jurisdicciones territoriales y personales, en el que un cierto grado de conflictividad entre jurisdicciones es inevitable, pudiendo incluso llegar ser positivo. Este derecho global en ciernes, dista de poder ser considerado un ordenamiento jurídico de acuerdo a la conceptualización de Santi Romano. No se fundamenta en una organización política, y es entendido como un conjunto no definido de órdenes jurídicos, algunos de tendencia universal, pero en su mayoría dirigidos hacia sectores concretos, que, desde instancias distintas a las Estatales, regulan relaciones sociales que superan el ámbito propio del Estado-nación.

Son numerosas las cuestiones que nos arroja esta nueva era. ¿Hay lugar para un derecho constitucional global o un constitucionalismo global? Ha costado tres siglos aplicar los principios del constitucionalismo en las fronteras de los Estados. Obviamente podemos discutir sobre el grado del éxito, pero al menos podemos hablar de un éxito. ¿Se puede repetir la misma historia? Frente a las dificultades o incluso la imposibilidad de desarrollar un constitucionalismo político a nivel global, ¿podría ser el constitucionalismo jurídico basado en la *constitutional review* la solución factible para la constitucionalización del derecho global?

## **LA INCORPORACIÓN DE FORMAS DE REPARACIÓN CONGRUENTES CON LOS ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL CASO COLOMBIANO**

**Zoraida Lucia Becerra**

*Abogada, Máster en Estudios Internacionales y  
Candidata de Doctora de la Facultad de Derecho  
Universidad Santiago de Compostela*

Los estándares internacionales en materia de reparaciones construidos desde el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son resultado del trabajo de los órganos que fueron creados para cumplir con los mandatos encomendados a la Organización de Naciones Unidas en 1948.

De esta manera, se inician los trabajos que permiten establecer las formas de reparación que han sido reconocidas en el ámbito internacional, desde las relatorías en pro de los derechos humanos, pasando por los órganos políticos hasta los órganos de control con carácter jurídico, tanto de las Naciones Unidas como de la Organización de los Estados Americanos, estableciendo que las víctimas son seres multidimensionales que no solo deben recibir compensaciones económicas, sino también deben ser reparados en todos los niveles en los cuales se pudo causar el daño inmaterial o al proyecto de vida.

En consecuencia, las víctimas deben ser reparadas a partir de un trípode que comprende la búsqueda de la verdad, la impartición de justicia y la posterior reparación de los daños ocasionados como resultado de los hechos constitutivos de la violación a los derechos humanos. En otras palabras, los Estados deben buscar la verdad acerca de los hechos que constituyen violaciones a los derechos humanos, así como, al derecho internacional humanitario, y posteriormente, deben proveer la justicia tanto a las víctimas como a la sociedad en su conjunto, una reparación por el daño causado, y finalmente, una garantía de no repetición de los hechos constitutivos de la vulneración, que debe ser construida a partir de mecanismos de amplio impacto, como las políticas públicas, la memoria colectiva, entre otras.

Durante el año 2005 en Colombia se expidió la Ley de Justicia y Paz, que tenía como finalidad, la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC); es entonces cuando el gobierno de turno decide implementar un modelo de reparación que permitiera resarcir el daño ocasionado a las víctimas. Sin embargo, dicho sistema fue insuficiente, en materia de verdad y justicia, teniendo como resultado, reparaciones inadecuadas o insuficientes con miras a resarcir los daños ocasionados a las víctimas.

Sin embargo, la promulgación de la Ley 1448 de Víctimas y Restitución de Tierras y su implementación a través de la creación de la Unidad de Víctimas del Departamento para la Prosperidad de la Presidencia de la República, y los avances hacia la paz a partir del año 2013 con el inicio de las conversaciones entre el Gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (en adelante FARC), conllevaron a una reestructuración de los mecanismos de acceso a la reparación, así como las formas de reparación que serían proporcionadas a las víctimas previo y durante el periodo de transición a la paz, y el post-conflicto, con el fin que se produzca, en la medida de lo posible, la restitución de los bienes jurídicos vulnerados. Finalmente, el Gobierno colombiano plantea estrategias y política pública con la que pretende garantizar la no repetición de los hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos durante el post-conflicto.

Por ello el sistema reparaciones a víctimas en Colombia, puede ser considerado como un sistema amplio, pues ha incorporado todas las formas de reparación contemplados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, siendo incluyente e innovador cuando es comparado con otras experiencias de transición hacia la paz. Sin embargo, con atrasos en materia de cumplimiento de reparaciones, por la imposibilidad de dar cobertura a todos los programas y los enfoques que pretende cubrir la política pública, y la normativa colombiana frente a las víctimas y sus derechos.

## **EI DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO**

**Gregorio Barco Vega**

*gbarco@davara.com.mx*

*Abogado especialista en derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*

Universidad Nacional Autónoma de México

El derecho humano a la protección de datos personales, como su propia denominación lo indica, es un derecho inherente al ser humano directamente engarzado con la dignidad y la libertad de la persona, cuya distinción frente a otro tipo de derechos coetáneos como la intimidad y la privacidad, radica no solamente en una delimitación conceptual, sino en una demarcación ontológica de la cual se derivan el contenido y alcance de este derecho humano que concede a la persona un amplio espectro de protección sobre su información personal.

En el panorama jurídico mexicano, el derecho a la protección de datos personales es más que una simple prerrogativa de la que gozan las personas, es un derecho humano (denominación derivada del artículo 1 constitucional) reconocido de manera específica en el párrafo segundo del artículo décimo sexto constitucional otorgando a las personas la más amplia protección legal sobre sus datos personales con independencia del tipo de tratamiento al que pudieran ser sometidos sus datos personales, ya sea por un sujeto de derecho público o de derecho privado.

En México, la normatividad aplicable se divide en dos sectores específicos; aquella que regula el tratamiento de datos personales en posesión de los entes públicos, y aquella que regula el tratamiento de los datos personales en posesión de los particulares, siendo esta última la normatividad más robusta y desarrollada en México. La Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (“LFPDPPP”) es la norma específica que regula el tratamiento de datos personales entre sujetos de derecho privado, junto con su Reglamento y demás normatividad aplicable, establece una serie de principios (licitud, lealtad, consentimiento, finalidad, información, calidad, proporcionalidad y responsabilidad), deberes (confidencialidad y seguridad) y diversas obligaciones que rigen todo tratamiento de datos personales en el territorio de la República Mexicana, es decir, cualquier sujeto de derecho privado que pretenda dar tratamiento a datos personales, debe observar dichos postulados para que el tratamiento sea lícito, so pena de incurrir en diversas infracciones legales, y cuya actualización pueda dar lugar a la imposición de cuantiosas sanciones pecuniarias que pueden llegar a alcanzar hasta los 320 mil días de salario mínimo vigente.

El derecho a la protección de datos personales es ambivalente, por un lado representa un derecho humano y por el otro una obligación de los particulares y/o administraciones públicas que dan tratamiento a los datos personales.

**EL CONTROVERTIDO FUTURO DEL MARCO REGULATORIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS<sup>9</sup>****Carmen Montesinos Padilla***Profesora Visitante de Derecho Constitucional  
Universidad de Vigo*

La cuestión de la relación de las empresas y los derechos humanos ha sido una de las más polémicas en los últimos años. Los derechos se han formulado tradicionalmente como límites al poder público. Pero desde la segunda mitad del siglo XX, el incremento de la actividad económica a nivel transnacional y la correlativa expansión mundial del sector privado, han hecho de las empresas verdaderos poderes fácticos. Se han convertido en actores preeminentes de la esfera internacional, permitiendo de este modo cuestionar el monopolio del poder de los Estados soberanos. Y en este contexto han proliferado las iniciativas tendentes a garantizar un proceso de globalización socialmente sostenible. Pero el actual marco regulatorio se define por la ausencia de carácter jurídico vinculante. Nos encontramos así en un contexto de *soft law* integrado, entre otros instrumentos, por estrategias de Responsabilidad Social Corporativa y Planes Nacionales, articulados todos ellos a la luz de los comúnmente conocidos como “Principios Ruggie”. Esta situación ha impulsado una clara asimetría frente a la seguridad jurídica que caracteriza el nuevo Derecho internacional del comercio (*lex mercatoria*) y, con ello, un nuevo debate sobre la conveniencia de la elaboración de un instrumento internacional vinculante para regular la actividad de las empresas transnacionales.

En su 26ª reunión, celebrada en Ginebra el mes de junio del pasado año 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas revivió el debate al crear un grupo de trabajo intergubernamental con el mandato de elaborar un instrumento internacional legalmente vinculante para regular, de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales. Su primera sesión de trabajo (julio 2015) estuvo dedicada a discusiones en torno al contenido, el ámbito, la naturaleza y la forma de un futuro tratado. Las alternativas existentes en cuanto a cada uno de estos aspectos son tan variadas, como complejas en su implementación. Y las reticencias de los distintos actores implicados no son difíciles de adivinar. Se apela a la necesidad de respuestas rápidas y a la previsible oposición de los así denominados países del primer mundo. Pero estos recelos han sido compartidos frente a la articulación de la mayor parte de los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos. Y la ratificación finalmente se ha producido, ya fuera por mor de un verdadero compromiso con la causa, ya por el miedo a un inconveniente aislamiento en la esfera internacional. En cualquier caso, y sin obviar en modo alguno las complejidades de su articulación, existen buenas razones para apoyar la elaboración de un instrumento internacional vinculante en materia de derechos humanos y empresas. Un tratado

---

<sup>9</sup> La intervención que aquí se resume es fruto del trabajo elaborado en el marco del Proyecto “Nuevas formas de protección de los derechos humanos en entornos empresariales globalizados” (DER2015-68299-C2-1-P, MINECO/FEDER, UE).

internacional permitiría consagrar, de una vez por todas, el carácter jurídico vinculante del Derecho internacional de los derechos humanos frente a la actuación de las empresas transnacionales, conseguiría equilibrar las relaciones entre derechos y obligaciones de estas corporaciones y permitiría el acceso de las víctimas de vulneraciones a mecanismos de reparación efectivos.

## **LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA HISTORIA DE ESPAÑA**

**Laura de la Torre Silvan**

*Máster en Derechos Fundamentales de la UNED*

Durante el proceso de aprobación de una Constitución, el único axioma efectivo y verdaderamente operante del Estado constitucional, no puede ser otro que el de la supremacía constitucional pues, en una democracia representativa, la Constitución se entiende como mecanismo de control del poder en la medida en que es, a su vez, el mecanismo de organización de las competencias y atribuciones de los diferentes órganos estatales. Sin embargo, el conflicto acaece presumiblemente desde el momento en que, respondiendo a exigencias y requerimientos de la realidad, se haga necesario introducir modificaciones o reformas en el texto constitucional y así posibilitar la comprensión de los fenómenos políticos derivados del proceso de integración, modificación y reforma del tiempo en el que vivimos.

La técnica de la reforma constitucional aparece como solución a este antagonismo y, a través de ella, se pretende configurar un procedimiento legal previsto para la modificación del texto constitucional, en el cual se especifiquen los trámites y mecanismos necesarios para llevarla a cabo.

En consecuencia, desde el protagonismo del Derecho Constitucional el primer aserto es el estudio cronológico pertinente del Constitucionalismo Histórico Español hasta la actualidad, tanto de las Constituciones propiamente dichas, como de sus proyectos y reformas, tratando de abarcar gran parte de la comparativa con los proyectos constitucionales de otros Estados que hayan podido influenciar en los proyectos constitucionales españoles. De modo que, la investigación realizada permita identificar los principios y las bases teóricas del pensamiento de cada legislador que haya tenido nuestro país y como ha sido llevado el mismo a la práctica; desarrollando las reformas sucedidas en cada periodo, el motivo y características fundamentales de las mismas y la vía por la que se llevó a cabo el proceso de reforma.

Pese a que existan riesgos a la hora de hablar de la reforma constitucional, en los últimos tiempos, en gran parte los medios españoles, se ha manifestado la necesidad de una reforma de la vigente Constitución para abordar cambios de muy distinta naturaleza. Dado que la situación política que estamos atravesando no nos permite vislumbrar hacia dónde pueden dirigirse esos cambios constitucionales que casi todos los partidos están proponiendo realizar, conviene tener presente que la Constitución Española de 1975 ha tenido una ejecutoria admirable en muchos aspectos y ha

contribuido de manera decisiva a una estabilidad política de casi cuatro décadas, con un gran progreso económico para el conjunto de este período.

Sólo cuando se comprende y se admite que la Constitución es la expresión normativa de la voluntad absoluta, soberana e ilimitada del Poder Constituyente del Pueblo o de la Nación, se puede entender la necesidad de preservar ésta frente a la actuación de los operadores jurídicos y políticos del Estado. Porque las Constituciones se modifican, por supuesto, pero lo importante es que estas modificaciones sean elaboradas por la voluntad de trabajar con textos que garanticen derechos y definan competencias, no que proclamen sentimientos o programas políticos.

### **LOS DECRETA DE LEÓN DE 1188: PATRIMONIO DOCUMENTAL DE LOS ORÍGENES DEL PARLAMENTARISMO EUROPEO<sup>10</sup>**

**M<sup>a</sup> Esther Seijas Villadangos**

*Profesora Titular de Derecho Constitucional (Acreditada CU)*  
Universidad de León

“Every subject in its simple elements has its basis in principle and its record in progress. In all this diversity truth demonstrates its harmony”.

*History of Democracy. Political progress historically Illustrated from the earliest to the latest periods*, Hartford, American Publishing, 1874, p. vi.

El reconocimiento de los *Decreta de León de 1188* como la “más antigua manifestación documental del sistema parlamentario europeo”, realizada por la UNESCO, el 19 de Junio de 2013 y su inclusión en el Registro de la Memoria del Mundo es el punto de partida de esta reflexión sobre los problemas actuales del Parlamentarismo y de la representación democrática.

La presentación trata de formular una reflexión en la que se matice la asignación de ser cuna del parlamentarismo a Inglaterra como algo incuestionable.

- Pollard, A/F., *The Evolution of Parliament*, Las instituciones parlamentarias fueron de modo incomparable “the greatest gift of the English people to the civilizations of the world”.
- Hattersley: *A short history of democracy*, Inglaterra es el país “where representative government first developed”.

Sobre esa tesis se erige una antítesis en la que, de la mano de John Keane, se apuesta por el reconocimiento de los Decreta de 1188 como cuna del Parlamentarismo.

<sup>10</sup> El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto “El origen del parlamentarismo como referente del patrimonio cultural: implicaciones socioeconómicas, jurídicas y culturales” desarrollado por la Universidad de León.

John Keane, “El primer parlamento nació de la desesperación/ the first parliament has born of despair”, *The life and Death of Democracy*, London, 2009.

Las características de las Cortes de 1188, desde una perspectiva formal pueden reconducirse a las siguientes:

- El triángulo de representación estaba formado por nobles, obispos y ciudadanos, lo que por primera vez se produce y puede ser descrito como una “moderna” práctica de representación parlamentaria. Una continuidad de la Curia.
- La referencia singular a las personas descritas como “cives” o “bonni hominess”, hombres buenos, radica en su concurso ante el rey para debatir sobre los asuntos referentes a sus municipios.

Desde un punto de vista material:

- El solemne y expreso compromiso real de observar y contribuir a cumplir con las buenas costumbres que tienen establecidas “por mis antecesores” (Decreto 1). Esto implica un escrupuloso respeto por las leyes establecidas mediante criterios consuetudinarios, a su eficacia. Principio de legalidad.

En conclusión se postula una revisión histórica, con enorme trascendencia para el Derecho Constitucional en el que se predate el origen del parlamentarismo y se potencien los valores apuntados en esos embrionarios orígenes del mismo.

## **IDENTIDAD NACIONAL COMO ORIGEN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA**

**Tamara Álvarez Robles**

talvr@unileon.es

*PDI en formación, contratada predoctoral Derecho constitucional*

Universidad de León

El concepto de identidad nacional es un concepto polémico en cuanto a su utilización por los diferentes sujetos que se consideran tenedores del mismo. Es por ello que conviene diferenciar entre las dos vertientes que se derivan del mismo, la socio-política y la jurídico-política.

La noción socio-política de identidad nacional tiene su fundamento en la amenaza de desaparición que un grupo humano siente frente a la internacionalización. Hablamos pues de identidad cultural en el sentido más amplio del término, esto es, cultura entendida como la expresión o manifestación de la religión, las tradiciones, las lenguas, la costumbre, el folclore, etc. Respecto a la connotación jurídico-política, tiene un símil en el concepto de identidad constitucional, y supondrá el origen más inmediato del principio de subsidiariedad. La identidad nacional es constitucional a la par que política. De ello se deduce una doble consecuencia: el respeto a la estructura y funcionamiento interno del Estado (modelo de Estado, organización territorial,

autonomía, descentralización) y a los derechos fundamentales (constitucionalmente reconocidos), a la par que podría operar como límite al desarrollo de la propia Unión y lo hace en un doble sentido, limitando la integración en cuanto a la cesión de competencias y, subsecuentemente, en cuanto a la limitación del control de los Tribunales Europeos cuando surgen confrontaciones con los Tribunales Constitucionales, límite que no es absoluto sino que depende del reparto competencial, de la soberanía cedida a la Unión, del diálogo entre Tribunales y de la articulación de los principios de subsidiariedad, primacía y supremacía.

El principio de subsidiariedad nacería para dar respuesta a las pretensiones de los Estados miembros de mantener sus competencias y/o soberanía fuera del alcance de la Unión Europea (Comunidad en origen) y para reivindicar sus peculiaridades frente a la armonización y creación de una cultura europea. Nace, por tanto, para dar respuesta a la reivindicación de la identidad nacional, entendida en el sentido más amplio del concepto, y se convertiría en un principio básico y angular de las relaciones entre Unión y Estados. Opera como “Check and Balance”, del poder normativo de la Unión, garantizando no sólo la puesta a disposición de información y la transparencia sino también la participación y el control de los Parlamentos nacionales y del Comité de las Regiones, a la par que legitima la intervención de la Unión en las materias compartidas.

Respecto al principio de subsidiariedad en la fase de iniciativa legislativa europea, cabe plantearse una doble conclusión: la primera vendría a defender que el procedimiento aquí planteado es causa y efecto del origen mismo del principio que nos ocupa siendo necesario su mantenimiento; la segunda, en cambio, se enfrentaría a la primera dado que supondría el cuestionamiento del mantenimiento del propio principio en la actualidad dado que la configuración del procedimiento de consulta y participación por los Estados miembros, e incluso por los ámbitos regionales y locales de éstos, es garantista. De este modo quienes se postulan del lado de la segunda opción mantienen que hemos de hablar de proporcionalidad, pero no de subsidiariedad.

### **NOTAS CRÍTICAS EN RELACIÓN AL REAL DECRETO 1109/2015, DE 11 DE DICIEMBRE**

**Cristina Alonso Salgado**

*Doctora e Investigadora del Área de Derecho Procesal  
Universidad de Santiago de Compostela*

Hace apenas unos meses que ha entrado en vigor el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. Uno de los aspectos del Real Decreto que mayor juicio crítico merece es, sin lugar a dudas, la regulación de desarrollo que en relación a la Justicia restaurativa efectúa sobre la señalada Ley 4/2015.

No se pretende desdeñar aspectos positivos tales como, por ejemplo la regulación de las Oficinas de Asistencia como unidades especializadas y servicios públicos para prestar asistencia y/o atención coordinada a las víctimas de delitos en el ámbito jurídico, en el psicológico y en el social, así como para promover las medidas de Justicia restaurativa que sean oportunas. Constituye, con certeza, un elemento de interés, en la línea de tantos otros efectivamente regulados. Con todo, tal y como se anticipaba *supra*, el juicio no puede merecer idéntica valoración en materia de mediación penal y Justicia restaurativa. Las Oficinas de Asistencia deben informar a las víctimas sobre alternativas de resolución de las controversias susceptibles de ser empleadas en el supuesto en cuestión, con aplicación, en su caso, de la mediación penal, así como de otros métodos propios del nuevo paradigma del Derecho penal. Y ello, al menos, en la específica fase de información, así como en la fase de intervención. En esta última se deberá informar a la víctima acerca de la opción representada por la Justicia restaurativa y, en su caso, sobre la aplicación de las medidas de este carácter susceptibles de ser adoptadas. En la fase de información se le ilustrará acerca de los servicios de Justicia restaurativa disponibles cuando resulte legalmente viable.

Lo que ofrece la real medida del impacto de la Justicia restaurativa en el texto es que, más allá de las referidas enunciaciones y la relativa al punto séptimo de la Exposición de Motivos, el Real Decreto únicamente dedica específicamente su artículo 37 a la Justicia restaurativa y a la mediación penal. Y esa limitación en la previsión tiene su correlato lógico en el estrecho margen que para la mediación reserva el señalado artículo. De acuerdo con el mismo, las Oficinas podrán informar, en su caso, a la víctima de las diversas fórmulas de la Justicia restaurativa –cuestión que ya estaba clara a la vista de lo *supra* señalado–, proponer al órgano jurisdiccional la aplicación de la mediación penal si estima que puede resultar beneficioso para la víctima, así como llevar a cabo actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial.

Además de la justificación ciertamente discutible que de la Justicia restaurativa efectúa el Real Decreto, lo cierto es que lo señalado resulta más que revelador: no se explica lo que por “*actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial*” deba ser entendido; las Oficinas se limitan a informar; y cuando se las habilita para proponer supuestos al órgano jurisdiccional, se circunscribe la posibilidad únicamente a la mediación penal.

A la vista de todo lo que se viene de señalar, resulta evidente que la deliberada tibieza del legislador sitúa las posibilidades de la Justicia restaurativa en un marco más que limitado. Y ello aun cuando la Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de la que deriva la Ley 4/2015, no delimitaba tan rigurosamente los espacios para el nuevo paradigma, ni para su buque insignia, la mediación penal.

## **APUNTES ACERCA DE LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

**Cristina Alonso Salgado**

Como es sabido, en los últimos tiempos la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en diversas ocasiones. Con todo, los obstáculos que aún hoy comporta la superación del *societas delinquere non potest* han generado no pocas dificultades de interpretación en los primeros pronunciamientos del Tribunal al respecto. Y ello resulta más que evidente a la luz –entre otros factores– del limitado margen de composición de la mayoría de la Sentencia número 154/2016, de 29 de febrero, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; de lo dispuesto en su Sentencia número 221/2016, de 16 de marzo; de lo concluido en la Circular número 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, etc.

Pues bien, centrando nuestro análisis en la STS 154/2016 cabe destacar que, con base en la nueva regulación del artículo 31 bis del Código Penal, y en relación a los requisitos típicos exigibles, la responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta, tras la constatación de la comisión del hecho delictivo por la persona física de la organización –presupuesto inicial–, en la imprescindible articulación y debida aplicación de medidas de fiscalización que prevengan y traten de evitar, en lo que resulte factible, la perpetración de delitos por quienes forman parte de la organización. Ello comporta la exigencia para la acusación de acreditar la inexistencia de las referidas fiscalizaciones.

Con todo, tal y como se anticipaba, el apretado margen de la mayoría exige examinar el voto particular concurrente de la minoría, de conformidad con el que la acusación no viene obligada a acreditar en cada caso que el hecho delictivo ha sido favorecido por la falta de una cultura de respeto al Derecho en la persona jurídica afectada.

Frente a la STS número 154/2016, la STS número 221/2016 dispone que la acusación deberá probar que ese hecho delictivo perpetrado por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual se produjo por la convergencia de un delito corporativo, por una deficiencia de carácter estructural en los medios de prevención que se le exigen a toda persona jurídica.

Pero, como se advertía, la cuestión no resulta ni mucho menos pacífica. Basta añadir a lo hasta ahora explicado, lo concluido en la Circular número 1/2016 de la Fiscalía General del Estado: “La LO 1/2015 mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación en las letras a) y b) del art. 31 bis 1º. Ambos títulos de imputación exigen, como antes de la reforma, la previa comisión de un delito por una persona física en las concretas circunstancias que se establecen. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas

*indebidamente controladas por aquellas. No obstante, la reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión, a los que atribuye valor eximente bajo determinadas condiciones (...) Para que la persona jurídica sea responsable en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis, es preciso un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de carácter grave por parte de alguno de los sujetos comprendidos en la letra a) (...) Tras la reforma de la LO 1/2015 el “debido control” (...) sigue atribuido a las personas físicas de la letra a) del art. 31 bis 1 y no a la propia persona jurídica, con lo que los modelos de organización y gestión ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación. Puesto que estos modelos eximen de responsabilidad a la empresa bajo determinadas condiciones, el objeto del proceso penal se extiende ahora también a valorar la idoneidad del modelo adoptado por la corporación (...) La cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del art. 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplían las condiciones y requisitos legales”.*

## **EL BIEN JURÍDICO Y EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA**

**Natalia Torres Cadavid**

*Investigadora predoctoral del Área de Derecho Penal  
Universidad de León*

En la comunicación presentada se toma postura en el debate que existe acerca del bien jurídico protegido en el delito de defraudación tributaria, con base en una propuesta interpretativa de la configuración del tipo objetivo previsto en el art. 305 CP, en particular del objeto material y del resultado típico.

Como punto de partida se plantea que el art. 305 CP contiene dos injustos penales perfectamente diferenciables: i) el injusto de *defraudación tributaria* en sentido estricto (en el que se centra el análisis), que está compuesto por las modalidades de defraudación mediante la elusión del pago de tributos, el disfrute indebido de beneficios fiscales y la obtención indebida de devoluciones, que se refiere al objeto material representado en la obligación tributaria principal y en el que el sujeto obligado es el contribuyente. Y ii) el injusto que podría denominarse de *omisión del pagador a cuenta*, que está compuesto por las modalidades de defraudación mediante la elusión del pago de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener y la elusión del pago de ingresos a cuenta de retribuciones en especie, que se refiere al objeto material representado en la obligación tributaria autónoma de realizar pagos a cuenta y en el que el sujeto obligado es el retenedor o el obligado a ingresar a cuenta.

A mi juicio, el resultado típico del injusto de defraudación tributaria (en estricto sentido) consiste en la lesión del objeto material obligación tributaria principal que se

materializa en una recaudación incompleta, incorrecta o defectuosa de la cuota tributaria, y por tanto cuantificable, con el requisito de una cuantía mínima, de naturaleza ciertamente patrimonial. Este resultado típico, no obstante, presupone un resultado anterior: la incorrecta liquidación del tributo; porque es en esta fase cuando se impide conocer a la Hacienda pública el verdadero importe de la prestación pecuniaria exigible, de la cuota tributaria. La plena realización de la obligación tributaria principal solo es posible cuando el deudor, primero, reconoce su deuda liquidándola correctamente (y correcto en el sentido de completo y oportuno), y segundo, la paga; o cuando de un modo coactivo la deuda le es liquidada por la Administración, dependiendo del tributo, y la paga.

En consecuencia, entiendo que en este delito de defraudación tributaria el ataque al bien jurídico (que es aquel que ha de ser lesionado para que el delito se consume y cuya lesión debe ser abarcada por el dolo del autor, es decir, el bien jurídico inmediato) aparece totalmente expresado "en la incorrecta liquidación y recaudación de la obligación tributaria principal", y entonces, en términos positivos, la definición de bien jurídico podría ser *la correcta (en cuanto completa y oportuna) liquidación y recaudación de la obligación tributaria principal*. Por tanto, el bien jurídico protegido sería de naturaleza patrimonial porque se refiere a los ingresos tributarios, como una tipología de ingresos públicos vinculados a una particular Hacienda Pública, pero no solo eso, porque que si bien la obligación tributaria consiste en una prestación pecuniaria, tiene ciertos atributos, un nacimiento asociado a la capacidad económica (y a un diseño del sistema tributario conforme), una naturaleza de ingresos de naturaleza pública y una afectación a contribuir con los gastos públicos, que la hacen ya, en sí misma, valiosa y digna de protección (penal).

## LA LUCHA CONTRA LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO EN ESPAÑA

**Covadonga Mallada Fernández**  
*Profesora Adjunta de la UDIMA*

El terrorismo ha adquirido una enorme importancia en los últimos 20 años al convertirse en un fenómeno internacional. Ha pasado de convertirse en un "delito nacional" relacionado con problemas internos de cada Estado (como por ejemplo la RAF en Alemania o ETA en España), pero en los últimos tiempos se ha convertido en un fenómeno transfronterizo, por lo que los Estados deberán crear redes de intercambio de información para perseguir este tipo de delincuencia.

Los trágicos acontecimientos del 11S fueron un hito en el desarrollo de las nuevas legislaciones para combatir este nuevo tipo de terrorismo. Hasta esa fecha, en mayor o menor medida, la lucha contra el terrorismo se había centrado en medidas legislativas nacionales, pero el terrorismo internacional al que se debían enfrentar los Estados desde del 11S (recordemos que toda la trama se ideó por una célula establecida en Hamburgo sin levantar la más mínima sospecha de las autoridades policiales alemanas) es un terrorismo más difícil de localizar, ya que los individuos

que forman parte de estas organizaciones internacionales, como al-Qaeda, pueden encontrarse en cualquier país, integrados totalmente en la sociedad sin levantar sospechas sobre sus intenciones terroristas. Por este motivo, en el nuevo concepto estratégico de la OTAN para la defensa y seguridad aprobado en Lisboa se enumera un listado amplio de amenazas de seguridad a la Alianza, como el terrorismo, la inestabilidad internacional, el blanqueo de capitales o los ataques sobre el espacio cibernético, las líneas de comunicación y las infraestructuras críticas, entre otros. Pasando de este modo a ser, el terrorismo y su financiación una prioridad en la estrategia española de seguridad y defensa.

Hoy en día la financiación del terrorismo no es sólo un problema doméstico de un país sino que es un problema internacional que utiliza los mismos *modus operandi* para llevarse a cabo, por ejemplo, ambos pueden ser perpetrados a través de los paraísos fiscales, entidades financieras, etc. De esta manera, los Estados deben luchar contra este tipo de delitos con las mismas armas.

Los trágicos acontecimientos del 11 de Septiembre fueron el punto crucial en el desarrollo de una nueva legislación para combatir este tipo de delincuencia. La legislación antiterrorista de los Estados en un principio era una legislación doméstica en la cual, el Estado podía identificar fácilmente a los miembros que formaban parte de la organización terrorista al ser cédulas nacionales sitas en el país. En cambio, hoy en día, los países, han tenido que cambiar radicalmente sus políticas antiterroristas ya que el terrorismo al que debe enfrentarse es un terrorismo deslocalizado en el cual es más difícil identificar y localizar a los miembros de estas organizaciones, los cuales pueden encontrarse en cualquier país y estar plenamente integrados en la sociedad sin levantar sospechas sobre sus intenciones terroristas.

Cada Estado tiene una política diferente para luchar contra la financiación del terrorismo ya que las normas de derecho penal de cada país son diferentes e independientes por lo cual lo que es considerado como delito de financiación de terrorismo en un país puede no serlo en otro<sup>11</sup>. De esa manera, los gobiernos, con el fin de combatir y poner fin a este tipo de delincuencia necesitan establecer acuerdos de cooperación entre ellos y crear una uniformidad en el concepto de estos delitos.

---

<sup>11</sup> Haigner, S.D., Schneider, F. and Wakolbinger, F., "Combating money laundering and the financing of terrorism: A survey". Economics of Security Working Paper 65, Berlin: *Economics of Security*, 2012.  
[http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.404013.de/diw\\_econsec0065.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.404013.de/diw_econsec0065.pdf) (accessed August 5, 2013).

**COMPLIANCE PENAL O DÓNDE SE REGULA LA RSC****Eladio Medel Iglesias***Investigador doctoral*

Universidad de Vigo

En los años 70, en el seno de Naciones Unidas, tuvo lugar una discusión sobre la conveniencia o no, de elaborar unas normas internacionales que regulasen específicamente la actividad de las corporaciones transnacionales. Finalmente, se malogró como consecuencia de la presión de las grandes corporaciones y las más prestigiosas escuelas de negocios, que lograron imponer un nuevo discurso que bajo la denominación de Responsabilidad Social Corporativa constituye un nuevo *paradigma de gestión empresarial basado en la autorregulación, la unilateralidad y la no exigibilidad jurídica*.

La OCDE en sus *Principios de Gobierno Corporativo* de 2004 incluyó entre sus recomendaciones un apartado en el que se manifestaba que “las partes interesadas, incluidos los empleados individuales y sus órganos representativos, deberán poder manifestar libremente sus preocupaciones en relación con posibles prácticas ilegales o no éticas al Consejo, y sus derechos no deberán quedar comprometidos por realizar este tipo de manifestaciones”. A tal efecto este texto aconsejaba “el establecimiento de procedimientos y “puertos seguros” para recoger las denuncias relativas a comportamientos ilegales o poco éticos presentadas por los empleados ya sea personalmente o a través de sus órganos representativos, y por terceros que no pertenezcan a la sociedad”, añadiendo que tal previsión “redunda en beneficio de la propia empresa y sus partes interesadas”.

Desde el 1 de julio de 2015 y tras la entrada en vigor de la reforma del Código Penal se establece un espacio muy concreto, *abeiro penal*, para el Denunciante como requisito 4º del art. 31 bis 5 que dice:

«Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos o incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención».

Precisamente por eso, hoy a la empresa podemos aconsejarle el uso de una línea ética externa, de la que sus trabajadores y directivos estén informados, y a la que acudan, sobre todo para resolver sus conflictos con dinámicas de transparencia e integridad.

La compliance es un programa efectivo de cumplimiento que provoca la exención de responsabilidad penal empresarial, siempre que el manual de formación (código ético) esté actualizado, lo que a su vez mejorará la organización además de vincular a los asistentes entorno a una idea común, el establecimiento de una cultura de respeto al Derecho (Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-2-2016, nº 154/2016, rec. 10011/2015).

La formación, como implicación y asunción de la compliance penal por parte de la empresa mediante la formación de sus directivos y empleados, supone que la empresa

dará pasos razonables para implantar y dar a conocer el sistema, procurando obtener los conocimientos necesarios sobre aquellos peligros típicamente empresariales.

La línea ética externa como es el caso de [www.lineamediacion.org](http://www.lineamediacion.org) permite monitorizar el comportamiento de la organización, para prever y denunciar posibles irregularidades, tanto desde un punto de vista financiero como no financiero, entra con fuerza como mecanismo de comunicación al servicio de corporaciones, asociaciones, fundaciones, federaciones, ong's; cooperativas, mutuas, entidades financieras o de crédito; sociedades mercantiles privadas: sociedades limitadas, sociedades anónimas, sociedades laborales, sociedades anónimas deportivas; sociedades mercantiles públicas; colegios profesionales, cámaras de comercio, partidos políticos y sindicatos, y cuyas obligaciones en su caso afectan a todos los administradores<sup>12</sup> de las personas jurídicas.

Gestionada por un abogado externo<sup>13</sup> en la línea ética, empleados o socios e interlocutores de la compañía pueden denunciar o solicitar orientación o mediación acerca de conductas delictivas posibles o efectivas, sin temor a represalias, cumpliendo de este modo, con el derecho de defensa y los deberes de supervisión, vigilancia y control que el código penal exige a las personas jurídicas.

## **LA NECESARIA REFORMA PENAL DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES**

**Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo**  
(UDIMA)

En virtud de la LO 5/2010, de reforma del Código Penal, se incorporó en el texto punitivo el “autoblanqueo” de capitales, fruto del amplio interés del legislador por neutralizar y erradicar todo tipo de conductas que pudieran tener relación con la actividad blanqueadora. A diferencia de lo que las Directivas Europeas y las Recomendaciones del GAFI indican, dirigidas a los distintos países o Estados destinatarios de las mismas, en España se aprecia una tolerancia cero en materia penal sobre el delito de blanqueo de capitales, invadiendo el ámbito de aplicación del derecho administrativo, e impidiendo que la vía penal se contemple, en puridad, como

<sup>12</sup> Vid. “Guía práctica de prevención del blanqueo de capitales”. García Díez, C., Francisco José López Ruiz, F.J., Mallada Fernández, C. Capítulo II. Sujetos obligados. Página 242.

<sup>13</sup> Vid. La correspondencia entre abogado y cliente son considerados documentos de la serie B que no pueden ser incorporados al expediente administrativo, de tal manera que una vez detectados en el mismo han de ser destruidos; infringir dicha obligación por parte de la Administración supone la violación no sólo el derecho de confidencialidad, sino también el derecho de propiedad y la libertad profesional. Sobre este asunto se pronunció el TJUE en sentencia de 14 de septiembre 2010, adoptando una posición muy restrictiva en su sentencia “Akzo Nobel chemicals Ltd. y otros”, C-550/07 (DUE6/11/2010), en cuanto a la confidencialidad de las comunicaciones, advertía que las comunicaciones entre un abogado interno y los directivos de una empresa no están protegidas por el secreto profesional y que, por tanto, el *legal privilege* sólo opera cuando se trata de un abogado externo.

una herramienta de intervención mínima y de *ultima ratio*. El autoblanqueo es la máxima prueba de ello, y exige, ateniéndonos al tenor literal del precepto, un concurso de delitos, al requerirse un delito previo para su consumación.

Ciertamente, señala actualmente el artículo 301 que comete delito de blanqueo de capitales *“el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva o cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”*.

El precepto que analizamos se estructura de manera confusa y dificulta la interpretación global del delito en sí, al incluir oscuras y abstractas modalidades delictivas de compleja interpretación. En este sentido, y analizando las distintas modalidades que configuran el tipo delictivo, cabe afirmar que en relación a la adquisición de bienes de origen delictivo, esta implica la incorporación de los mismos en un nuevo patrimonio, entendiéndose del blanqueador, y en relación a las modalidades de la mera posesión y utilización de los bienes de origen delictivo como conductas tipificadas en el tipo del delito, sin tener ninguna finalidad específica añadida, estas manifiestan el interés del legislador por generar una suerte de “cajón de sastre” en esta infracción penal, por la falta de aptitud para dotar de apariencia legítima a los bienes y, por tanto, reintegrarlos al tráfico económico legal. Es por ello que tales actos no constituyen auténticas conductas de blanqueo, sino un aprovechamiento económico de los bienes propiedad del infractor o de un tercero. En este sentido, cuando la posesión y utilización de los bienes supogan una forma de ocultación o encubrimiento para disimular el origen delictivo, facilitando la introducción al tráfico financiero normalizado, adquirirán sustantividad propia a efectos penales, aunque, claro está, para ello ya se encuentra contemplada la cláusula abierta relativa a la “realización de cualquier otro acto” dirigido a ocultar, encubrir o ayudar.

Puede afirmarse, en síntesis, que el autoblanqueo no es compatible con la adquisición, posesión y utilización de los bienes, puesto que tales conductas se integran en la estructura del delito previo. Por su parte, las conductas consistentes en la conversión y transmisión de los bienes, cuando consistan en actos de mero consumo o se destinen a atender necesidades cotidianas o habituales de quien cometió el delito previo, no tendrán relevancia penal alguna. Distinto sería aquellos casos en los que se invirtiesen los beneficios del delito cometido con el ánimo de reintroducir las ganancias en el tráfico económico normalizado. Resulta esencial en el blanqueo y autoblanqueo que el sujeto activo tenga el ánimo o finalidad de dotar una apariencia de licitud a los beneficios obtenidos del delito, y así continuar con las distintas técnicas del proceso de blanqueo de capitales, hasta alcanzar el objetivo final. Es por tal motivo que no puede incriminarse de forma automática y, en todo caso, la figura del autoblanqueo de capitales, debiendo atenderse a las circunstancias específicas del caso concreto. Sería necesario, en definitiva, que se analicen de forma pormenorizada aquellas conductas subsumibles en el autoblanqueo y que agoten la conducta delictiva del delito previo.

## **CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN VIOLENCIA DE GÉNERO: UN ESTUDIO EMPÍRICO**

**María Castro Corredoira**  
*Doctoranda en Derecho Penal*  
Universidad de Santiago de Compostela

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tienen un papel trascendental en la aplicación del derecho penal, pues tal y como dispone el Código Penal, entre otros, en sus artículos 66 y 68, contribuyen a la individualización de la pena en cada caso concreto.

El presente trabajo tiene por objeto contribuir a aportar ciertas evidencias empíricas acerca de la presencia de circunstancias agravantes en supuestos de violencia de género. Para ello, se ha procedido al examen pormenorizado de 580 expedientes clasificados como violencia de género por la Oficina de la Fiscalía de Santiago de Compostela. Del total de casos analizados, 398 finalizaron con sentencia condenatoria (68,62%). Posteriormente, una vez identificados los supuestos de interés para el objeto del presente estudio, se ha llevado a cabo un análisis exhaustivo de algunas variables relacionadas con el contexto en que se han producido las circunstancias apreciadas, en concreto, la agravante de aprovechamiento de espacio y tiempo del art. 22.2 CP, y la agravante de reincidencia del art. 22.7 CP.

La circunstancia agravante de aprovechamiento de espacio y tiempo únicamente se ha apreciado en un caso donde, existiendo una relación conyugal, el varón aprovechó que la mujer dormía para perpetrar la agresión física.

La agravante de reincidencia, por el contrario, se ha registrado en 27 expedientes, donde se han examinado algunos aspectos de trascendental relevancia para el ámbito que nos atañe. Entre otros, se han identificado los ilícitos penales a los que aparece asociada la imposición de la agravante analizada: delito de maltrato ocasional (16 casos); delito de maltrato habitual (2 casos); delito de amenazas (6 casos); y delito de coacciones (3 casos).

En segundo lugar, a la hora de examinar la relación existente entre el agresor y la víctima en el momento en que se produjo la agresión que motivó la aplicación de la agravante, se ha concluido que, en la mayor parte de los supuestos (40,74%), el varón y la mujer no mantenían una relación sentimental, frente al 33,33% de casos en que existía no solo relación sentimental, sino también convivencia, restando un 25,93% de supuestos en que, a pesar de existir relación sentimental, los sujetos no convivían.

Por último, se ha analizado la presencia de menores en el momento de la agresión (8 casos); el lugar en que esta se produjo (principalmente en la vía pública y en el domicilio de la víctima); y si la agresión se perpetró con uso de armas (5 casos).

## PRUEBAS BIOLÓGICAS DE PATERNIDAD Y PROBLEMÁTICA EN LA PRAXIS JUDICIAL

**María Victoria Álvarez Buján**

victoria.ab@uvigo.es

*Investigadora Predoctoral de Derecho Procesal*

Universidade de Vigo

Tras un estudio sobre el tema que titula nuestro trabajo podemos reflejar aquí, de modo sintético, algunas de las principales conclusiones alcanzadas. Así, el principio de prueba exigido en el art. 767.1 de la LEC debe ser interpretado en todo caso de forma flexible, es decir, en favor del principio *pro actione* y evitando con ello que tal exigencia pueda llegar a resultar discriminatoria en favor de personas famosas o célebres, cuyas relaciones sentimentales suelen ser conocidas o notorias. Ahora bien, teniendo en cuenta que el requisito de aportar un principio de prueba en este tipo de procesos no se exige en el ámbito de otros ordenamientos jurídicos y que, en todo caso, a la vista de la jurisprudencia, su interpretación debe ser flexible, cabe que nos preguntemos si esta previsión legal es o no un elemento verdaderamente necesario al objeto de impedir que se interpongan demandas infundadas. Ello por cuanto demandas carentes de fundamento pueden presentarse potencialmente en relación a cualquier tipo de procesos y al margen de los requisitos formales que debe revestir un escrito de demanda, no se exige que al mismo se acompañe un principio de prueba, sino que la prueba será propuesta, admitida y practicada en los respectivos momentos procesales oportunos a tal fin. Además, parece que no es la tónica más habitual en la práctica la de presentar demandas de determinación o impugnación de la filiación infundadas o impertinentes.

En lo tocante a la solución contenida en el apartado 4 del mismo precepto si bien parece apropiada en el marco del proceso civil, lo cierto es que la misma queda condicionada, por un lado, a que efectivamente coexistan otras pruebas o indicios que resulten aptos para determinar la relación de filiación y, por otro lado, a que se efectúe una adecuada valoración probatoria por parte del Juez, lo que no resulta siempre tarea sencilla, dependiendo del caso en particular. Un ejemplo de la problemática que entraña dicha previsión en la praxis nos la proporciona la comparación entre dos singulares casos, concretamente el asunto de “El Cordobés” y la causa resuelta por la SAP de Pontevedra núm. 78/2016, de 15 de febrero.

Asimismo, se echa en falta la regulación expresa de determinadas cuestiones relativas a la realización de los análisis genéticos, el aseguramiento de la cadena de custodia —particularmente en lo que respecta al modo de transporte de las muestras biológicas—, los protocolos de actuación seguidos en los distintos laboratorios y, más en concreto, en el caso de que el sujeto pasivo sea un/a menor de edad, supuesto en relación al cual se suscitan notables problemas sobre todo cuando el progenitor masculino acude con el/la menor a un laboratorio privado a fin de efectuar una prueba biológica sin el conocimiento o con la desaprobación de la madre, etc. En definitiva, sería de interés que estos concretos extremos fuesen tratados por el legislador *de lege ferenda* y ello, habida cuenta de la importancia de los intereses que se encuentran afectados en lo que

concierna a esta materia, como son fundamentalmente, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el favorecimiento del descubrimiento de la verdad biológica (art. 39 CE), el interés superior del menor (donde no podemos obviar la problemática relacionada con las pensiones de alimentos), además de cuestiones vinculadas con derechos sucesorios.

## **ALGUNOS ASPECTOS DE LA PRESERVACIÓN AMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA**

**Silvia Regina Siqueira Loureiro Oliveira**

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Mato

Grosso/Brasil

Master en Derecho por la Universidad Mackenzie, São Paulo/Brasil

Doctoranda de la Universidad de León/España/ Financiada pela CAPES/Brasil

Para entender mejor la naturaleza jurídica de la Unión Europea, es importantes hablar que ella es una organización internacional constituida por Estados autónomos y soberanos (veinte y ocho Estados), de los cuales recibe competencia para alcanzar los objetivos comunes que ellos quieran attingir; ella no fue y no es un poder originario criado a partir de una constituyente popular, no es un Estado, tampoco tiene como horizonte un Estado federal unificado, con eso, el interese a ser atingido es el bien común a todos.

En los países miembros, detectase que el nivel más grande de protección ambiental es en torno del agua, solo y atmósfera, en los cuales están establecidos por medio de reglamentos. Por supuesto, que en los temas conceptuales del derecho ambiental y de la participación de las comunidades, Europa se presenta como paradigma del desarrollo ambiental con una mirada eco sistémica y biocéntrica, teniendo como tarjeta de visita las disposiciones que se refieren a los derechos de la naturaleza.

La legislación europea usa instrumentos específicos para punir el contaminante del medio ambiente, y también tiene normas que previenen el daño; una de ellas es la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y Consejo, de 21/04/2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, que traza un norte a los países miembros, para que internamente cada uno de ellos pueda elaborar normas suficientemente importantes punir e prevenir el daño ambiental.

Otras dos directivas importantes para la protección ambiental europea merecen ser citada: Directiva 1992/43/CEE, de conservación de los espacios naturales y de la fauna y flora silvestre (Directiva de hábitats), y la Directiva 2009/147/CE, de conservación de aves silvestres. (Directiva de aves).

La Directiva de hábitat, en su artículo tercero, dentro del capítulo sobre la conservación de los hábitats naturales y dos hábitats en especies, crea una Red Ecológica (Red Natura 2000), para mejor contribuir con la manutención de la

biodiversidad en todos los Estados miembros. También es establecido disposiciones que regulan medidas de conservación y gestión de los espacios de la Red Natura 2000, que es considerado en Europa y a nivel mundial uno de los espacios más importantes respecto a la relación entre conservación y uso de suelo.

De eso, concluyese que la UE tiene sumado esfuerzos para la protección e recuperación del medio ambiente, tanto con esos instrumentos ahora citados, como en muchos otros ya criados con esos fines.

Sin embargo, apenas la creación de instrumentos jurídicos no es suficiente para la conservación y preservación del medio, sino que el cambio de concientización y aptitudes de las personas, y la voluntad política de los Estados miembros en aplicar internamente las normativas de la Unión Europea.

## Actas de la Jornada Técnica sobre “Salud mental de los trabajadores en el tejido empresarial de Castilla y León: estrategias preventivas y tutela reparadora”

celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de León  
los días 20 y 21 de septiembre de 2016

HENAR ÁLVAREZ CUESTA  
JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ



En esta Jornada, en diferentes mesas redondas, participaron miembros del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, así como los diferentes actores intervinientes en el ámbito de la salud mental en la Comunidad de Castilla y León, como pueden ser Instituciones Públicas (Dirección General de Trabajo, Instituto de Seguridad e

Higiene de Castilla y León, Inspección de Trabajo, Magistratura y Judicatura), interlocutores sociales (sindicatos y asociaciones empresariales), y otras empresas y organismos, como se podrá apreciar en esta relatoría.

Las conclusiones extraídas de dichas mesas redondas se ofrecen a continuación:

1

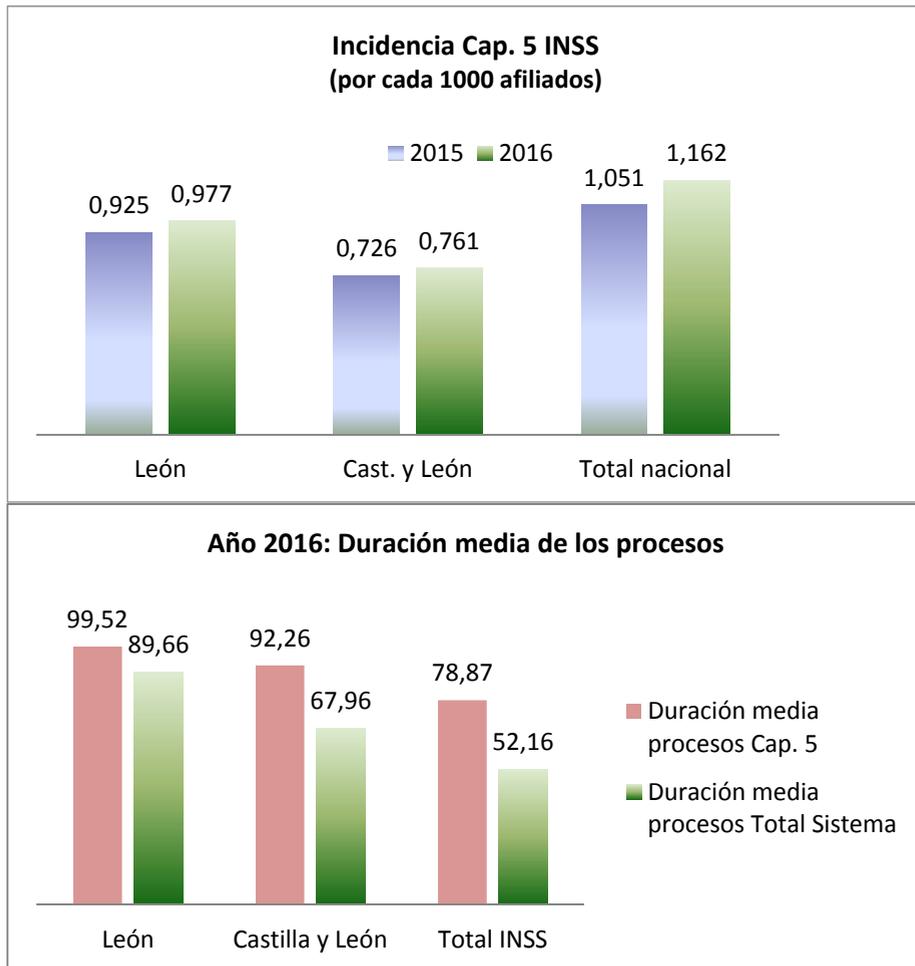
La **primera** de ellas, celebrada el día 20 de septiembre, bajo el título “*La Medicina del Trabajo ante la protección de la salud mental de los trabajadores*”, contó con los siguientes ponentes:

- Dr. D. José Manuel de la Torre Robles (Doctor en Medicina Preventiva. Hospital de León).
- Dr. D. Serafín de Abajo Olea (Doctor en Medicina del Trabajo. Universidad de León).
- D. Enrique Ortega (Psiquiatra).
- D. Fernando García Paniagua (Director Provincial del INSS).
- Dña. Susana Rodríguez Suárez (Jefa de la Unidad Médica del EVI).
- Profra. Dra. Dña. Consuelo Morán Astorga (Psicóloga. Universidad de León).

**Relatores:** Juan José Fernández Domínguez y M<sup>a</sup> de los Reyes Martínez Barroso. Profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.

Interesa destacar de la participación de D. Fernando García Paniagua, Director provincial del INSS de la provincia de León quien aludió a la existencia de un Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (INSS), y la Comunidad Autónoma de Castilla y León para el control de los días de duración de la Incapacidad Temporal durante el periodo 2013 a 2016.

A partir de tal convenio se ofrecieron a los asistentes los siguientes datos estadísticos:



A partir de tales datos es posible llegar a la conclusión de que la incidencia de los procesos de IT causados por patologías del grupo 5 (esto es, las que afectan a la salud mental), es inferior en León, tanto si se compara con el dato a nivel autonómico como nacional. Las consecuencias negativas de un alto índice de prevalencia son:

Incremento de costes salariales a las empresas, lo cual provoca una mayor ineficiencia y una pérdida de competitividad.

Generación de un clima social favorable al incremento del absentismo y a la dependencia subsidiada, creando entornos sociales caracterizados por la atonía y la falta de competitividad.

Si hubiera que buscar las posibles causas que provocan un peor dato de prevalencia en León respecto a los datos autonómicos y nacionales estas serían las siguientes: a) Población activa envejecida, propia de un entorno socio económico en declive. b) Deficiente prestación del servicio de asistencia sanitaria respecto a otras provincias (listas de espera más dilatadas). c) Deficiente control de los procesos por parte de las inspecciones del SACYL, del INSS y de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social.

Frente al siguiente diagnóstico, desde la Dirección Provincial del INSS se hacen las siguientes propuestas de mejora:

Mayor comunicación e interacción entre las inspecciones del INSS, del SACYL y de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social.

Comunicación permanente entre las inspecciones médicas del INSS y los servicios especializados hospitalarios del SACYL en el Área de Salud Mental.

Acceso telemático a todos los historiales médicos de atención especializada del SACYL por parte de la Inspección Médica del INSS.

Fomento de la formación de los inspectores del INSS, SACYL y Mutuas en materia de Salud Mental.

Incremento de la labor protectora en las empresas a través de sus servicios de prevención.

Doña Susana Rodríguez Suárez (Jefa de la Unidad Médica del Equipo de Valoración Médica de Incapacidades) expuso su experiencia profesional poniendo de manifiesto cómo los Inspectores médicos tienen que medir con la mayor objetividad posible, pues una de cada dos personas padece un trastorno emocional a lo largo de su vida (en numerosas ocasiones trastornos adaptativos que van acompañados del consumo de alcohol) que tienen que ver con la edad (normalmente afecta a personas mayores de 50 años), el sector de actividad (inmobiliario, construcción o trabajo autónomo) o el concreto momento económico (la crisis económica ha aumentado las patologías de este tipo, por ejemplo en minería).

Entre un 2 y un 10% de esos trastornos generan una Incapacidad Permanente. Lo normal es que los trastornos adaptativos generen una IT de 20 o 30 días de duración, mientras que las reacciones de estrés agudas necesitan de unos 7 días para la recuperación y vuelta al trabajo.

También la experiencia muestra que existe una notable relación entre ansiedad y lumbalgia; distimias o alteraciones del humor.

En turno de coloquio el Profesor Mauriz (Profesor Titular de la Universidad de León, acreditado para Catedrático) preguntó a la Mesa si existe alguna correlación entre

trabajos individualistas o en equipo y la duración de la IT derivada de patologías mentales, considerando la experta que en numerosas ocasiones el trabajo autónomo (destacando el ejemplo de las teleoperadoras) genera una mayor prevalencia de la IT, pues el trabajo en equipo protege frente a ciertas patologías de las aquí estudiadas.

Por último, Doña Consuelo Morán Astorga, Psicóloga y Profesora Titular de la Universidad de León realizó una presentación bajo el título “*Estresores del trabajo que pueden afectar a la salud mental*”, donde, a partir del multidimensional concepto de salud acuñado por la Organización Mundial de la Salud en 1948 (estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades) parte de la premisa de que la salud engloba todos los aspectos de la vida, tanto biológicos, como psicológicos.

La salud mental es un concepto positivo que incluye un sentimiento de satisfacción y de plenitud y engloba diversos parámetros (indicadores de eficiencia funcional, de bienestar, de dominio de sí mismo y de competencia personal y ausencia de signos y síntomas psiquiátricos).

A su vez, el trabajo proporciona una serie de elementos que influyen en la salud mental (actividad para utilizar la energía física y mental que tenemos; estructura el tiempo diario, anual...; permite dominar el ambiente: lograr metas, explorar nuevas oportunidades; intercambiar relaciones sociales; estatus, autoestima, sentido de utilidad, etc.). No obstante, existe cierta probabilidad de sufrir algún daño como consecuencia de estar sometido a determinadas condiciones de trabajo.

Entre los diversos estresores que podrían englobarse dentro del concepto de “riesgo laboral” es posible hacer referencia:

- a) Estresores del ambiente físico que dificultan e impiden la correcta ejecución del trabajo y que por su peligrosidad pueden provocar en el individuo un sentimiento de amenaza (arquitectura, ruido, iluminación, temperatura, aireación, higiene, vibración,...).
- b) Estresores individuales asociados al rol del trabajador (conflicto de rol, ambigüedad de rol, sobrecarga de trabajo –cuantitativa o cualitativa–, infra-carga de trabajo, inseguridad en el trabajo, carrera profesional).
- c) Estresores grupales que provienen de la influencia que ejercen los grupos formales y los informales sobre los trabajadores y que derivan de las relaciones personales tanto con superiores, como con subordinados o compañeros (trato desconsiderado o injusto; supervisión muy estrecha; mala supervisión, o ausencia de ella; poca consideración hacia los compañeros, subordinados, jefes; l mobbing o acoso laboral).
- d) Estresores organizacionales procedentes de las características generales de la organización (políticas de la empresa; sistemas de recompensas económicas; cambios organizacionales).
- e) Estresores extra-organizacionales (acontecimientos externos al trabajo: vida familiar, cambios, enfermedades, cambio de residencia, problemas conyugales) que afectan y pueden incrementar el estrés laboral.

A partir de tales definiciones se expusieron los resultados de un estudio empírico sobre estresores y salud llevado a cabo por la ponente, llegando a la conclusión de que muchos estresores pueden ser perniciosos para el bienestar de los trabajadores pero, los más potentes, son los derivados de las relaciones sociales y del ambiente psíquico y social del entorno laboral.

Dentro de estos estresores grupales aparece el acoso laboral como el más perjudicial para la salud, causando numerosos síntomas físicos y mentales como ansiedad e insomnio y depresión grave.

**2** La **segunda mesa redonda**, celebrada el día 20 de septiembre con el título “*El papel de la negociación colectiva en la protección de la salud mental de los trabajadores*”, tuvo la participación de:

- Dña. Covadonga Bernardo (Técnico en Prevención de Riesgos Laborales. Secretaría de Salud Laboral de CCOO).
- D. César Díez González (Asesoría de Salud Laboral de UGT).
- Dña. Cristina García García (Técnico en Prevención de Riesgos Laborales de la Federación Leonesa de Empresarios).

**Relatores:** Beatriz Agra Viforcós y Javier Fernández-Costales Muñiz. Profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.

Participaron en la mesa redonda Dña. Covadonga Bernardo (técnica de prevención de la Secretaría de Salud Laboral del sindicato CC.OO.), D. César Díez (experto en Salud Laboral del sindicato UGT) y Dña. Cristina García (técnica de prevención de la FELE), quienes estuvieron acompañados por los relatores Dña. Beatriz Agra y D. Javier Fernández-Costales, ambos profesores titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de León.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), proporciona el marco normativo básico para la tutela de la seguridad y salud de los trabajadores. Esta norma exige que en la empresa se identifiquen los riesgos, se eliminen los que puedan ser eliminados, se evalúe el resto y se planifique la actuación a seguir para luchar contra ellos, sin establecer distinciones entre los distintos tipos de riesgo, por lo que procede afirmar que las previsiones en tal sentido alcanzan también a los calificados como psicosociales. La noción enlaza con las cuestiones tratadas en las mesas redondas anteriores, en las que se ha hecho patente la existencia de evidencias científicas en cuya virtud existen ciertas características del trabajo (el exceso de exigencia, la falta de influencia y de desarrollo, la escasez de compensaciones, la dificultad de afrontar la doble jornada de trabajo...), fallos en su organización y deficientes relaciones interpersonales en el seno de la empresa con capacidad para afectar negativamente a la salud del trabajador.

Sea como fuere, la LPRL es una ley de mínimos que únicamente proporciona un marco que debe ser completado, ya sea vía reglamentaria (como efectivamente ha

ocurrido), ya mediante la negociación colectiva. El complemento de los interlocutores sociales resulta especialmente importante en relación con el riesgo psicosocial, pues, a diferencia de lo que ocurre con otros (biológicos, ruido, vibraciones...), no existe desarrollo infralegal específicamente aplicable al mismo.

Esta labor de los interlocutores sociales se puede y debe desarrollar en distintos niveles (en los comités de seguridad y salud, en los acuerdos de empresa, en los convenios marco y sobre materias concretas...), destacando entre todos ellos el convenio colectivo, fundamentalmente por dos motivos: de un lado, porque aglutina la regulación aplicable a las distintas condiciones de trabajo, por lo que constituye ámbito idóneo para la inclusión transversal de consideraciones preventivas (integración de la prevención en la empresa que viene exigida por la propia LPRL); de otro, porque el convenio colectivo cuenta con un potencial inmenso en lo relativo al riesgo psicosocial dada su esencial adaptabilidad a la realidad del concreto sector/empresa, así como a su carácter temporal, con la consiguiente capacidad para acomodarse a los cambios con cierta rapidez.

Teniendo esto presente, la norma pactada es un lugar óptimo para establecer una regulación de la organización del trabajo amigable para el trabajador, para orientar sobre los factores de riesgo más importantes del sector/empresa, para determinar el método de valoración de los riesgos psicosociales, para proporcionar una regulación de la vigilancia de la salud específicamente relacionada con las condiciones de trabajo del sector/empresa,...

Siendo este el deseo, procede interrogarse sobre cuál es la realidad. Desde el punto de vista sindical, la respuesta no resulta en modo alguno optimista, en tanto todavía son muchos los convenios que no incorporan cláusulas relativas a la salud laboral (y muchísimos más los que obvian por completo lo relativo a los riesgos psicosociales), que se limitan a remitir a la ley o reproducir su tenor (lo que, más allá del valor didáctico o pedagógico, poco aporta) o que se conforman con incorporar genéricas y vacías declaraciones de intenciones. En definitiva, y salvo honrosas excepciones debidamente puestas de manifiesto a lo largo de la sesión (donde se destacó la negociación colectiva de la industria química), el tema permanece todavía al margen del convenio, con la salvedad de las crecientes previsiones relacionadas con algunos aspectos concretos; señaladamente, el acoso en sus diversas variables (sexual, moral, discriminatorio), aunque con un enfoque claramente reactivo (disciplinario) y apenas proactivo (prevención, formación, sensibilización, información...).

¿Cuál puede ser la causa de este silencio o de este tratamiento insuficiente? El desarrollo de la mesa redonda puso sobre la mesa algunas cuestiones dignas de mención:

Primero, la generalizada ausencia de cultura preventiva en la empresa española (tanto entre empresarios como entre trabajadores), donde las obligaciones preventivas se cumplen más de manera formal y burocrática que sustantiva y real, algo predicable de todo el conjunto de la seguridad y salud laboral, en general, y de los aspectos psicosociales, en particular, en tanto en el orden de importancia otorgada a los distintos riesgos en la empresa, estos ocupan, sin duda, el último lugar.

Segundo, la falta de interés por parte de los trabajadores, que, intranquilos por cuestiones que consideran más importantes, sólo se preocupan de la salud cuando la pierden; a ello se añade el hecho de que la mayor parte de los empresarios continúan viendo la prevención de riesgos laborales como un gasto y no como una inversión. Una vez más, se trata de planteamientos que afectan a cualesquiera riesgos, pero que pesan en superior medida sobre aquellos que parecen considerarse de segundo orden, los psicosociales.

Tercero, y en relación con lo anterior, los efectos de la crisis económica, que ha significado un fuerte golpe para los avances que se estaban realizando en las empresas, sobre todo en aquellas de cierto tamaño y con presencia de representantes del personal. Ante la necesidad acuciante de atender a otros temas supuestamente más urgentes (despidos, salarios...), la importancia otorgada a una materia todavía incipiente ha decrecido exponencialmente.

Cuarto, la propia dificultad de ocuparse a través del convenio colectivo de una materia cuyo tratamiento resulta muy complejo y poliédrico, tal y como han reconocido los profesionales médicos, psicólogos y/o técnicos de prevención que han participado en estas Jornadas.

Quinto, en el concreto caso de Castilla y León es muy importante tener presente la naturaleza de su tejido empresarial. Hay un claro predominio de la PYME, la temporalidad en la contratación es elevada, la externalización de la prevención es la opción mayoritaria... factores todos ellos que dificultan el cumplimiento efectivo y eficiente de las exigencias establecidas por la LPRL y su normativa de desarrollo y complemento.

Frente a esta realidad, resulta esencial abordar el tema en toda su amplitud y atendiendo a sus múltiples facetas, sobre todo en cuanto hace al planteamiento de cambios en la organización del trabajo, actuando sobre el origen mediante acciones que, adaptadas a la realidad de cada entidad productiva, combinen la protección de los trabajadores con la atención a las necesidades productivas de la empresa. En este cambio deben participar todos los implicados, incluidos los sindicatos, que han de asumir la salud laboral como un elemento esencial de la acción sindical, luchando porque, pese a las dificultades, las mejoras que se vayan logrando en la esfera de la seguridad y salud en el trabajo también alcancen a los aspectos psicosociales. La negociación colectiva se alza como esencial en este empeño.

En todo caso, la negociación colectiva del futuro no debería conformarse con los estrechos planteamientos seguidos hasta la fecha. Incluso en aquellos convenios donde se ha incluido alguna previsión de interés referida a la salud laboral, no se ha planteado esta como algo integral y transversal, sino que se ha confinado a apartados específicos. Esta forma de actuar no es válida para el tratamiento de los riesgos laborales, y menos aun cuando se trata de los psicosociales, indisolublemente unidos a una organización del trabajo y conectados con prácticamente la totalidad de condiciones de trabajo: salario, jornada, horario, conciliación, sistema de clasificación, promoción, formación...

Sin embargo, y conforme ya se adelantó, en aquellos convenios que sí contemplan la prevención de riesgos laborales, lo hacen mediante un tratamiento puntual y poco integrador, con previsiones marginales ajenas a la dinámica cotidiana del proceso productivo y de la vida de la empresa: protocolos a aplicar en hipótesis de acoso u otras formas de violencia, disposiciones relacionadas a la vigilancia de la salud que sólo en unos pocos casos aluden a la salud psíquica... y poco más. Parece que el mayor obstáculo para asumir el deseable planteamiento integrador (reclamado por el legislador, recuérdese) serán las dificultades técnicas, que podrían ser salvadas mediante el auxilio de profesionales cualificados para orientar sobre cómo conseguir que la regulación incorporada al convenio incluya la consideración de los efectos de su puesta en práctica sobre la salud mental de los trabajadores.

Dado que entre el momento actual y la realización de la meta apuntada media una enorme distancia, entre tanto parece aconsejable avanzar hacia una etapa intermedia y provisional. En efecto, a la espera de alcanzar tan ambicioso objetivo (que parece alzarse como mero *desideratum* o ideal), habrá que intentar lograr, al menos, que a la prevención de riesgos psicosociales se le otorgue el valor que merece, para lo cual parece opción óptima servirse de acuerdos específicamente destinados a ellos a fin de que la materia no permanezca como cuestión de segundo orden dentro del convenio. Entre tanto, los mayores logros parecen seguir en el seno de la responsabilidad social corporativa, bajo la forma de planes, protocolos... cuyo valor es innegable, pero que, dado su componente de práctica unilateralidad, se ven privados de los beneficios y garantías que reportaría el empleo de instrumentos consensuados y de aplicación imperativa.

3

La **tercera mesa**, celebrada el día 21 de septiembre con el título “*El papel de las Administraciones Públicas en la protección de la salud mental de los trabajadores: intervenciones preventivas y reparadoras*”, tuvo como ponentes a:

- Dña. Ana Guerrero Folgueras (Jefa de la Oficina Territorial de Trabajo de León).
- D. José Ámez del Pozo (Técnico de Prevención de la Universidad De León).
- D. Fernando Galindo Meño (Jefe de la Inspección de Trabajo de León).
- Ilmo. D. Jaime de Lamo Rubio (Magistrado del Juzgado de lo Social núm. 1 de León).
- D. José Miguel Muñoz Bellido (Director del Centro de Seguridad y Salud Laboral de Castilla y León).
- Teniente Coronel (EA) Félix Santos Álvarez (Jefe del Órgano de Dirección y Secretario del Centro. Academia Básica del Aire. Aeródromo Militar de la Virgen del Camino. León).

**Relatores:** Susana Rodríguez Escanciano y Roberto Fernández Fernández. Profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.

El papel preponderante de las Administraciones Públicas en la prevención de cualquier tipo de riesgo derivado de la actividad laboral está fuera de toda duda, tanto

en su actuación como poder público como en su condición de empleador. Dicha importancia adquiere especial significado cuando de riesgos psicosociales se trata, no en vano su carácter silente u oculto bajo otras dolencias físicas o psíquicas junto con la propia organización sumamente jerarquizada en las Administraciones, hacen de ellas uno de los espacios donde con mayor frecuencia acaecen estos riesgos de atender a la información estadística existente.

De esta manera, y por un lado, las Administraciones Públicas son las encargadas de diseñar las políticas preventivas necesarias para luchar contra los riesgos psicosociales, diseñando las herramientas legislativas, normativas y planificadoras adecuadas que luego puedan ser utilizadas por los agentes implicados en los distintos ámbitos de la producción; en esta tarea, y por solo citar algunos ejemplos, están capacitadas para elaborar protocolos de actuación, mapas de riesgos, campañas de sensibilización, asesoramiento y un largo etcétera de todos conocido. Junto a esta labor proactiva, no cabe obviar el papel reactivo que tiene encomendado la Administración a través del cuerpo de Inspectores y Subinspectores de trabajo, quienes tienen la fundamental de fiscalizar el cumplimiento de la normativa preventiva y, en caso de que constaten alguna contravención, proponer las sanciones correspondientes a la autoridad laboral. Todo ello sin olvidar la intervención de los órganos judiciales del orden social para resolver los conflictos de intereses contrapuestos entre los sujetos del contrato.

Por otro, en su condición de empresario debe implementar en sus centros de trabajo cuantas medidas resulten necesarias para prevenir los daños a la salud de sus empleados, bien sean funcionarios, bien sean contratados laborales, atendiendo a las condiciones en las que se desarrolla la actividad laboral, habida cuenta de la heterogeneidad de ámbitos funcionales y territoriales en los que dispensa servicios públicos la Administración.

Sobre las premisas de partida expuestas, se ha considerado necesario contar con la presencia de especialistas en la materia que aporten distintos puntos de vista tanto sobre los problemas que se encuentran en su actividad profesional diaria, como sobre las buenas prácticas diseñadas e implantadas para minimizar los efectos de los riesgos en la salud mental de los empleados públicos. De esta manera, cabe agrupar las conclusiones alcanzadas en la Mesa Redonda en las siguientes fundamentales:

1ª.- Es menester destacar la trascendencia que la participación y colaboración de los trabajadores presenta para detectar y luchar problemas de salud mental en los puestos de trabajo públicos. La práctica demuestra que se tiene trabajar con muestras muy pequeñas y en muchos casos poco significativas de las que hay que extraer conclusiones generales, ante la escasa participación de los empleados públicos. Esta circunstancia puede explicarse por la escasa motivación a la hora de contestar cuestionarios sobre riesgos psicosociales y la falsa creencia de la poca efectividad de las posibles medidas a adoptar cuando se denuncia y detecta un caso real.

2ª.- Para intentar superar los obstáculos anteriores, deben adquirir un protagonismo destacada las campañas de sensibilización y los estudios destinados a realizar mapas de riesgos, sobre todo en aquellas actividades donde la experiencia demuestra que los

trabajadores pueden ser más proclives a desarrollar problemas de salud mental, tal y como sucede en paradigmático ejemplo con los call-centers y actividades análogas, en los cuales el contacto telefónico continuo con otras personas y la presión ejercida para vender sus productos en una época de crisis como la actual, hace que el cumplimiento de los objetivos marcados someta a las trabajadoras a una presión y niveles de estrés difícilmente soportables.

3ª.- A pesar de la frecuencia del riesgo, no es posible obviar, como señalan las estadísticas, que hay un escaso nivel de denuncias sobre acosos y otros comportamientos análogos, siendo muchos los casos que quedan ocultos o no se puede demostrar las conductas presuntamente ilícitas. En este sentido, aquellas Administraciones encargadas de fiscalizar y sancionar las mismas, no solamente deben poner en el foco en dicha tarea, sino también avanzar en su labor de asesoramiento y apoyo a las empresas y trabajadores afectados, de manera que formando mejor a todos los implicados en el proceso productivo, más fácil será visibilizar los factores de peligro.

4ª.- Tampoco la vía judicial es demasiado utilizada, y cuando se hace, en la mayor parte de las ocasiones el pleito versa sobre la calificación como profesional o común de la contingencia, la extinción causal del contrato a instancias del trabajador o sobre la vulneración de algún derecho fundamental y la cuantificación de la indemnización anudada a la posible contravención. En cualquier caso, los mayores problemas se plantean a la hora de probar los hechos ilícitos y que la conducta realizada es realmente hostigadora y no se trata de un simple conflicto entre las partes sin ningún ánimo *nocendi* y atentatorio contra la dignidad.

5ª.- En ciertos ámbitos del empleo público, los riesgos psicosociales adquieren un cariz particular, tal y como sucede en las fuerzas armadas donde los empleados, en muchas ocasiones, tienen que desempeñar su actividad en condiciones especialmente peligrosas y sometidos a un gran estrés, al tener que tomar decisiones de vital importancia en pocos segundos. Las vivencias en tales destinos marcan para siempre y pro futuro su personalidad, necesitando al regreso terapias que les permitan superar los miedos y ansiedades adquiridas en las misiones en zonas conflictivas.

**4**

La cuarta mesa redonda, celebrada el día 21 de septiembre, bajo el título “*La protección de la salud mental de los trabajadores por parte de los servicios de prevención ajenos*”, contó con los siguientes intervinientes:

- D. David Ramos (Técnico de Prevención del Servicio de Prevención de PREVILEY).
- D. Gonzalo Mañes (Formador en Prevención de Riesgos Laborales).
- D. Joaquín Vives (Técnico de Prevención del Servicio de Prevención de ASPY).
- D. José Antonio Pérez de la Fuente Cortina (Coordinador Ergonomía y Psicología DR Cantábrica. Premap).
- D. José Antonio Campelo (Técnico de Prevención del Grupo Alsa).
- D. Alejandro Cuervo (Auditor de Prevención).

**Relatores:** Henar Álvarez Cuesta, Rodrigo Tascón López y José Gustavo Quirós Hidalgo. Profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.

D. Gonzalo Mañes, formador de Prevención de Riesgos Laborales, destacó la conveniencia y necesidad de que los riesgos sicosociales fueran objeto de la debida formación en materia de prevención de riesgos laborales tanto a los trabajadores como a sus representantes. No obstante, reconoció el déficit de formación que existe en la práctica en la gran mayoría de empresas de Castilla y León, sobre todo en las pequeñas y medianas, las más numerosas, y además no solo sobre este aspecto, sino en general, consistiendo en muchos casos la formación en materia preventiva en la aportación al trabajador de un dossier documental sin la eficacia real que la prevención requiere. A tal efecto, expuso una experiencia formativa en la que participó activamente, desarrollada en forma de sesiones que, lejos de responder a una simple exposición teórica, consistió en la presentación activa y en un profundo debate e intercambio de opiniones con los trabajadores sobre supuestos reales de materialización de riesgos psicosociales en el trabajo, para tratar de poner de manifiesto y en sus justos términos el alcance real, muchas veces desconocido, de los mismos.

D. Joaquín Vives, Director de la Delegación de León de ASPY Prevención y D. José Antonio Campelo, Coordinador de Ergonomía y Psicociología DR Cantábrica Premap, expusieron la forma en que sus respectivos Servicios de Prevención afrontan en la práctica y en el día a día de las empresas para las que prestan servicios el tratamiento de los riesgos psicosociales. Pusieron de manifiesto el desconocimiento que las empresas, a salvo de las de mayor tamaño, tienen de la necesidad, o al menos conveniencia, de incluir este tipo de riesgos en sus planes de prevención y la reticencia que muestran para ello. No obstante, señalaron que en su labor preventiva es cada vez más habitual que, a pesar de dichos obstáculos, la gestión de la prevención de riesgos en las empresas incluyan la previsión, eliminación o planificación de este tipo de riesgos. Es más, también recalcaron que en sus respectivas entidades preventivas, existe un departamento específico organizado jerárquica y verticalmente, más o menos numeroso, y en su mayor parte conformado por psicólogos, que tiene como cometido apoyar individualmente la planificación y tratamiento de estos riesgos en cada caso concreto y, a mayores, diseñar de forma general la actuación en la materia del Servicio de Prevención.

D. José Antonio Campelo, Técnico de Prevención del Grupo ALSA, expuso la experiencia de las empresas del grupo, dedicadas al transporte de viajeros, en el tema de los riesgos sicosociales. En este sentido, relató que, a partir de la directa interlocución con los trabajadores y sus representantes, se pudieron poner de manifiesto los principales riesgos sicosociales, consistentes, entre otros, en el estrés por la necesidad de cumplir los horarios marcados por las administraciones cuyas concesiones explotan y, especialmente, el estrés y las agresiones sufridas por los usuarios de los servicios. A tal efecto, expuso igualmente las medidas adoptadas, muchas de ellas a propuesta de los propios trabajadores, y la relativa eficacia de las mismas. Por tal motivo, resaltó la necesidad de una actualización constante de la planificación de los riesgos laborales, y entre ellos de los psicosociales.

En último lugar, intervino D. Alejandro Cuervo, Auditor de Prevención, para reiterar lo ya afirmado por anteriores ponentes sobre la resistencia del empresariado de menor tamaño a incluir el tratamiento de los riesgos psicosociales en la prevención, con el dato adicional de la inexistencia de obligación de someter a auditoría la gestión de riesgos laborales que en muchos de los casos son gestionadas directamente por el empresario. Adicionalmente, señaló que, por el contrario, en las de mayor entidad es cada vez más habitual que se aborde su evaluación y planificación mediante alguno de los procedimientos existentes al efecto, siendo el del INSHT el más habitual y en la gran mayoría de los casos a través de cuestionarios a los trabajadores. A continuación, expuso también su experiencia comparando el sistema de prevención y auditoría de riesgos psicosociales en otros países del entorno europeo y culminó precisando que, a su juicio, el tema resulta muy complejo porque en muchos casos se está dando el tratamiento de riesgos a lo que en realidad son resultados ya manifestados.

En general, todos los ponentes coincidieron, al igual que en mesas anteriores, en destacar la dificultad para llevar a cabo un tratamiento y una valoración general a los riesgos psicosociales, pues más allá de los que derivan de circunstancias puramente laborales y de la interacción y de la relación social con otras personas de la empresa, en muchos casos atienden en su origen, manifestación y consecuencias a condiciones puramente personales.

5

La **ponencia final** de cierre, titulada “*Salud mental de los trabajadores: tutela reparadora*”, corrió a cargo del Prof. Dr. D. Jesús Lahera Forteza, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

## **Actas correspondientes a las Jornadas “Siniestralidad y morbilidad laboral en carretera. Especial referencia a factores subjetivos (edad, género, discapacidad, tipo de relación de trabajo) y a propuestas de reducción”**

celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de León  
del 18 al 20 de octubre de 2016



Relatora  
**BEATRIZ AGRA VIFORCOS**  
TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de León

### **I. INTRODUCCIÓN**

A lo largo de los días 18, 19 y 20 de octubre de 2016 se desarrollaron las Jornadas, organizadas por la Facultades de Derecho y de Ciencias del Trabajo de la Universidad de León y financiadas por la Junta de Castilla y León, *supra* indicadas: “Siniestralidad y morbilidad laboral en carretera. Especial referencia a factores subjetivos (edad, género, discapacidad, tipo de relación de trabajo) y a propuestas de reducción”.

Estructuradas en tres grandes bloques temáticos, en la jornada primera se abordó la siniestralidad en carretera en España con carácter general; en la segunda se analizó la siniestralidad y morbilidad laboral en carretera, y la tercera se dedicó, por una parte, a valorar la posible incidencia de factores subjetivos y, por otra, a avanzar diversas propuestas para la reducción de la siniestralidad y la morbilidad en el trabajo de conducción.

## **II. LA SINIESTRALIDAD EN CARRETERA EN ESPAÑA**

### **1. La siniestralidad en carretera en España**

La ponencia inaugural, realizada por el Prof. Dr. Javier Fernández-Costales Muñiz, puso de manifiesto como el problema de la siniestralidad en carretera en nuestro país

es una cuestión largo tiempo debatida y controvertida en la cual interactúan diferentes y numerosos aspectos.

Sus causas, consecuencias y medidas preventivas han sido a lo largo de los años cuestión de análisis, investigación, discusión e, incluso, enfrentamiento entre los diversos actores implicados.

A lo largo de la exposición se analizaron causas como los límites de velocidad, el estado de las carreteras, de los vehículos, la actitud de los conductores, el alcohol y las drogas, etc...

Esta ponencia realizó un recorrido por todos los aspectos básicos de esta materia: autoridades y entidades responsables, los límites de velocidad, la normativa, el Ministerio de Fomento y el estado de las carreteras, el alcohol y drogas, la señalización de las carreteras, los motoristas, la responsabilidad y experiencia del conductor, medidas frente a la siniestralidad, la educación vial...

## **2. Legislación sobre circulación por carretera (mesa redonda)**

Tras la ponencia inaugural, se celebró la primera de las mesas redondas de la tarde, dedicada a definir el marco jurídico aplicable a la circulación de vehículos. Intervinieron en la misma el Prof. Dr. Tomás Alberto Quintana López, la Profra. Dra. Isabel Durán Seco y la Profra. Dra. Elena Pérez Carrillo.

### **2.1. Marco jurídico general y régimen administrativo sancionador**

La primera intervención corrió a cargo del Prof. Dr. Tomás Alberto Quintana López, quien comenzó efectuando la oportuna referencia al marco jurídico que rige la circulación por carretera. A este respecto, dejó claro que, antes de conocer qué normas integran el marco jurídico general en materia de circulación por carretera hay que tener en cuenta el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que contienen los artículos 148 y 149 de la Constitución, pues particularmente el artículo 149 en su función de reservar determinadas materias a la competencia exclusiva del Estado, en su apartado 1, regla 21, atribuye a este la competencia exclusiva en las materia de tráfico y circulación de vehículos a motor. Consecuentemente, el marco jurídico aplicable a estas materias lo integran normas aprobadas por el legislador estatal en ejercicio de las competencias reservadas al Estado por el citado artículo 149.1.21 de la Constitución.

Concretamente, de forma principal son las siguientes normas: el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación; el Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores y el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos

Como se ha podido advertir, la regulación de la materia de tráfico está integrada por normas diferentes que afectan a cuestiones diversas, siendo destacables tres: circulación, conductores y vehículos. El cumplimiento de estas normas por parte de los ciudadanos y demás sujetos obligados por las normas de tráfico se halla reforzada por un específico régimen sancionador, cuya regulación se halla en los artículos 74 a 113 del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; régimen sancionador en el que deben distinguirse como partes integrantes las siguientes:

1. Los tipos de infracciones, que pueden ser leves, graves y muy graves (arts. 75-77).
2. Las sanciones que se pueden imponer por la comisión de las conductas tipificadas como infracciones son las multas previstas en el artículo 80.1 y graduadas por el artículo 81; cuyas cuantías son diferentes en función de que se trate de infracciones leves, graves o muy graves. En el caso de algunos tipos de infracción, además de la multa que corresponda se podrá imponer como sanción la suspensión de la autorización para conducir por un periodo de hasta un año. Asimismo, la comisión de determinadas infracciones, cuando sean objeto de sanción en firme mediante la imposición de la multa que corresponda, se castigará también con la pérdida de puntos, en los términos previstos en los anexos II (infracciones que llevan aparejada la pérdida de puntos) y IV (cuadro de sanciones y puntos por exceso de velocidad).
3. Responsabilidad. Como regla general será sujeto responsable el autor del hecho en que consista la infracción. No obstante, esta regla tiene excepciones que permiten la imposición de la sanción a un sujeto distinto al autor del hecho (art. 82).
4. Procedimiento sancionador. Se halla regulado en los artículos 83 a 96, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En relación con el procedimiento sancionador en materia de tráfico cabe destacar los siguientes extremos:
  - a. Garantía de procedimiento. No podrá imponerse ninguna sanción en materia de tráfico (en puridad, en ninguna materia) sin la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo (art. 83). No caben, pues, las sanciones de plano.
  - b. Competencia para sancionar. Corresponde a los jefes de tráfico de cada provincia sancionar las infracciones que se cometan en vías interurbanas y travesías; y a los alcaldes las infracciones que se cometan en vías urbanas (art. 84).
  - c. Principio *non bis idem*. Cuando en un procedimiento sancionador en materia de tráfico se pongan de manifiesto indicios de que se ha cometido un delito, el órgano que lo esté tramitando lo habrá de paralizar y poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos para la depuración de las responsabilidades penales (art. 85).
  - d. Incoación del procedimiento sancionador. Como regla general, la incoación o inicio del procedimiento sancionador se acordará por la autoridad administrativa competente cuando tenga conocimiento de hechos tipificados como infracción administrativa, bien por iniciativa propia o mediante denuncia, sea ésta realizada por los agentes de la autoridad en materia de

- tráfico o bien por cualquier persona que haya tenido conocimiento de los hechos (art. 86).
- e. Las denuncias formuladas por los agentes de la autoridad en materia de tráfico tienen valor probatorio *iuris tantum* de veracidad. Las denuncias formuladas por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas tendrán valor probatorio, salvo prueba en contrario, de los hechos denunciados, de la identidad de quienes los hubieran cometido y, en su caso, de la notificación de la denuncia, sin perjuicio del deber de aquellos de aportar todos los elementos probatorios que sea posible sobre el hecho denunciado (art. 88).
  - f. Notificación de las denuncias formuladas por los agentes de la autoridad en materia de tráfico. Como regla general, las denuncias se notificarán en el acto al denunciado, en cuyo caso la denuncia notificada en el acto al denunciado supondrá el inicio del procedimiento sancionador. No obstante, la denuncia podrá ser notificada posteriormente cuando concurra alguna circunstancia que impida la notificación de la misma al denunciado en el acto (art. 89), en cuyo caso se practicará dicha notificación según prevén los artículos 90 y 91.
  - g. Clases de procedimientos sancionadores: de un lado, el abreviado (requiere que, notificada la multa, el responsable de la infracción proceda al pago de la multa dentro de los veinte días naturales siguientes); de otro el ordinario (cuando el presunto infractor no haya efectuado el abono voluntario de la sanción, en cuyo caso la instrucción del procedimiento incluye los trámites de alegaciones, prueba, propuesta de resolución y resolución del procedimiento). Para el supuesto de que el sujeto responsable no abone voluntariamente la multa ni tampoco formule alegaciones frente a la denuncia, cuando se trate de infracciones leves, de infracciones graves que no supongan la detracción de puntos, o de infracciones muy graves y graves cuya notificación se efectuase en el acto de la denuncia, la notificación de la denuncia surtirá el efecto de acto resolutorio del procedimiento sancionador.
  - h. Recurribilidad en vía administrativa de las resoluciones de los procedimientos sancionadores en materia de tráfico. Contra las resoluciones sancionadoras podrá interponerse recurso de reposición, con carácter potestativo, en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su notificación ante el órgano que dictó la resolución sancionadora, que será el competente para resolverlo. La interposición del recurso de reposición no suspenderá la ejecución del acto impugnado ni la de la sanción. El recurso de reposición se entenderá desestimado si no recae resolución expresa en el plazo de un mes (silencio negativo), quedando expedita la vía contencioso-administrativa (art. 96).
  - i. Recurribilidad de las sanciones en vía contencioso-administrativa. Las sanciones administrativas impuestas en materia de tráfico serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ante los juzgados de lo contencioso-administrativo.

## **2.2. Legislación sobre circulación por carretera: responsabilidad penal**

La descripción del marco sancionador encontró continuidad en la intervención de la Profra. Dr. Isabel Durán Seco, cuya intervención giró en torno a los aspectos siguientes:

1. La protección penal de la seguridad vial. Problema social de gran importancia que lleva a que los casos más graves se solventen en la vía penal. El Código Penal tipifica delitos contra la seguridad vial (arts. 379 a 385 ter) en los que protege la seguridad vial.
2. Tipos delictivos:
  - A) Delito de conducción a velocidad excesiva o bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Art. 379 CP. De un lado, conducción a velocidad excesiva (conducir un vehículo a motor o ciclomotor en vías públicas superando la velocidad permitida reglamentariamente en 60 km/h vía urbana o 80 km/h en vía interurbana; ha de diferenciarse de la simple infracción administrativa); de otro, conducir bajo la influencia de alcohol o drogas (Se presume la influencia cuando se supere una tasa de alcohol en aire expirado de 0,60, o una tasa de alcohol en sangre superior a 1,3 grs./l; también se puede cometer el tipo sin superar esas tasas).
  - B) Conducción temeraria. Art. 380 CP. Supone conducir un vehículo a motor o ciclomotor con temeridad manifiesta y poner en concreto peligro la vida o la integridad de las personas. Será manifiestamente temeraria la conducción (presunción *iuris et de iure*) si se supera la velocidad y la tasa de alcohol a la que alude el art. 379 CP.
  - C) Conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás. Art. 381 CP. Comete esta modalidad el que realice la conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás.
  - D) Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y drogas. Art. 383 CP. Se castiga la mera negativa a la comprobación de las tasas de alcohol y la presencia de determinadas sustancias. Se cuestionó su constitucionalidad.
  - E) Conducir sin permiso o licencia. Art. 384 CP. Se castiga la conducción con pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, o por haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial, o por conducir sin haber obtenido nunca permiso o licencia.
  - F) Otras alteraciones de la seguridad vial. Art. 385 CP. Se castiga al que ocasione un grave riesgo para la circulación colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio. También al que no restablezca la seguridad de la vía cuando haya obligación de hacerlo.
3. Relaciones concursales. Cuando con los actos sancionados en los arts. 379, 380 y 381 CP se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, se debe apreciar sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior, condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.
4. El comiso del vehículo. Art. 385 bis CP.

5. Reducción en grado de la pena por menor entidad del riesgo causado y demás circunstancias del hecho. Art. 385 ter CP.

### 2.3. Legislación sobre seguros

La Profra. Dra. Elena Fátima Pérez Carrillo puso de manifiesto cómo hablar de la legislación de seguros en el contexto de esta jornada sobre siniestralidad laboral y transporte por carretera plantea un reto arduo. Obliga a moverse entre ámbitos normativos distintos: el asegurador, con su componente de derecho privado, pero también público; el de responsabilidad civil; el de regulación de la circulación, el tráfico y los transportes, por lo menos. Todo ello principalmente en el orden competencial del Estado, que en este sector está intensamente influido por el de la Unión Europea, a través de las Directivas armonizadoras de seguros de vehículos a motor, pero también en relación con derechos de los usuarios (por ejemplo, en el transporte de viajeros por autobús). Y, sin olvidar la concurrencia de normativa autonómica (como en relación con el transporte interurbano).

Existen, junto con coberturas –seguros– obligatorias generales (automóvil, viajeros de servicio público) y específicas (transportes de mercancías peligrosas, de materiales nucleares, o de transportes especiales como el escolar o el sanitario), la incidencia de ramos de seguros que operan mediante pólizas de suscripción voluntaria; coberturas subsidiarias y accesorias.

En el caso de los seguros obligatorios de vehículos a motor (SOVM), el concepto legal central –matizado por la jurisprudencia– es el “hecho de la circulación”. También, ciertas coberturas exigidas como requisito para acometer actividades sometidas a autorización administrativa (transporte público, transporte de mercancías peligrosas, etc.).

Aderezando todo ello, cabe subrayar que la regulación de estos seguros se orienta primordialmente a la protección de usuarios y clientes, con lo que las coberturas accesorias –voluntarias– cobran especial importancia en el marco de la siniestralidad laboral y de la reparación de las consecuencias de los siniestros que recaigan sobre trabajadores, en tanto que tales.

En consonancia con lo que constituyó objetivo de la intervención, la Dra. Pérez Carrillo expuso con detalle la legislación aplicable en España en materia de seguros en relación con el objeto de las jornadas, clasificada en torno a los bloques siguientes:

1. El Derecho Privado de los Seguros como marco legal general. El Derecho Público y Privado de los Seguros privados constituyen una unidad institucional. La Ley de Contrato de Seguro de 1980 es la norma fundamental de este Derecho Privado de los Seguros, pero no agota la regulación, que se completa con la legislación de ordenación y supervisión de seguros privados, y sus 3 bloques normativos básicos: la Ley 20/2015 de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación en

- Seguros y Reaseguros Privados, y el Real Decreto Legislativo 7/2004 de Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de seguros.
2. Regulación sobre seguros obligatorios. La normativa se clasifica en:
    - A) Circulación de vehículos de motor por carretera (SOVM). Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y Real Decreto 1507/2008 por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil de la Circulación de Vehículos a Motor.
    - B) Seguro Obligatorio de Viajeros (SOV). Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros para transporte público.
    - C) Seguros obligatorios como requisito de autorizaciones para desarrollar ciertas actividades. Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores; Orden PRE/1435/2013, de 23 de julio, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de transporte sanitario por carretera; Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, en relación con el arrendamiento de vehículos con conductor; Orden de 20 de julio de 1995, en materia de arrendamiento de vehículos sin conductor; Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada. Transporte y distribución de objetos valiosos o peligrosos y explosivos... En fin, respecto al transporte por carretera de materiales relacionados con la energía nuclear, es preciso tener en cuenta la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear; la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares, y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.
    - D) Seguros obligatorios para siniestros que no son “hechos de la circulación”. Así, riesgos derivados de las pruebas deportivas en las que intervengan vehículos a motor, celebrados en circuitos especialmente destinados al efecto o habilitados para dichas pruebas, o riesgos de circulación en pistas de aeropuertos y recintos portuarios.
    - E) Seguros obligatorios subsidiarios. Operan en exceso de otros. Responden a prolija legislación también autonómica: Agencias de viajes, organizadores de espectáculos, ocio, etc.
  3. Seguros voluntarios, coberturas subsidiarias y coberturas especiales:
    - A) Principales ramos de aseguramiento: daños sufridos por vehículos terrestres, sean o no automóviles, salvo los ferroviarios; responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista) y responsabilidad civil en general (comprende toda responsabilidad distinta de las mencionadas en los ramos anteriores; en España, los riesgos de circulación suelen excluirse de los seguros, pero de contratarse voluntariamente, se elimina la exclusión).
    - B) Coberturas subsidiarias, operan en exceso de los seguros obligatorios: “cobertura subsidiaria de Autos” (responsabilidad del empresario en el caso de insuficiencia del seguro de los vehículos de sus empleados en comisiones de servicio de la empresa o alquilados), “cobertura subsidiaria de transportistas de carga general”, “cobertura subsidiaria de transportistas

de mercancía peligrosa”, “cobertura subsidiaria de operaciones de carga y descarga”, “coberturas de responsabilidad civil Patronal” (responsabilidad civil del empresario que se lea exigida por los trabajadores que dependan de él; también, transporte de trabajadores en bus y accidentes laborales originados en vehículos).

- C) Coberturas especiales: riesgos de vehículos que realizan actividades agrarias o industriales cuando circulan pero no por vías públicas, probadores de talleres de reparación, aparcadores de establecimientos comerciales, vigilantes de garajes, otras coberturas especiales, seguros para cubrir el riesgo de pérdida de permiso de conducir (ejemplo, Acuerdo General de Transporte), otros seguros relacionados indirectamente con la siniestralidad (por ejemplo seguros de personas, individuales o colectivos –así, los concertados por el empresario para cubrir el riesgo de salud de sus trabajadores–, derivado de siniestro laboral de accidente por carretera, y por exceso de otras coberturas).

### 3. Legislación sobre transporte por carretera (mesa redonda)

Participaron en esta segunda mesa redonda, dedicada a definir el marco jurídico aplicable a la circulación de vehículos, la Profra. Dra. María Angustias Díaz Gómez; la Profra. Dra. Anabelén Casares Marcos; la Profra. Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez y el Prof. Davida Carrizo Aguado.

#### 3.1. Contrato de transporte

En relación con el marco jurídico general aplicable al contrato de transporte, la Profra. Dra. María Angustias Díaz Gómez, trató las cuestiones principales, concretadas en lo siguiente:

1. Concepto y características
2. Modalidades
3. Contrato de transporte terrestres de cosas
  - a. Normativa aplicable y notas distintivas
    - i. Elementos personales: porteador, cargador y destinatario
    - ii. Documentación: la carta de porte
  - b. Derechos, obligaciones y responsabilidad de las partes
    - i. Del cargador
    - ii. Del porteador. Especial referencia a su responsabilidad
    - iii. Del destinatario
4. Contrato de transporte terrestre de personas
  - a. Normativa aplicable y características
  - b. Derechos obligaciones y responsabilidad de las partes
5. A modo de resumen de los derechos de los viajeros

Por cuanto hace a los derechos de los viajeros de autobús y autocar en la Unión Europea, procede estar a lo marcado por el Reglamento (UE) nº 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 sobre los derechos de los

viajeros de autobús y autocar, de aplicación desde el 1 de marzo de 2013. Recoge los derechos mínimos para los viajeros de estos servicios en el ámbito de la Unión Europea.

### **3.2. Legislación sobre transporte de mercancías y viajeros por carretera**

La Profra. Dra. Anabelén Casares Marcos puso de manifiesto como la actividad del transporte terrestre representa un sector económico fundamental. No en vano, se trata de una herramienta necesaria e indiscutible para la buena marcha de la economía y de la sociedad en general, al permitir no solo la movilidad de las mercancías, en sentido estricto, sino también el tránsito y la circulación de las personas. Precisamente por ello, su normativa reguladora ha experimentado una compleja y rica evolución histórica, a raíz de la que se han ido forjando algunas de las categorías y de los conceptos jurídicos propios del Derecho Administrativo moderno. Así, los de obra pública, concesión de obra pública, servicio público, autorización administrativa, policía administrativa, dominio público, expropiación forzosa, inembargabilidad de ciertos bienes, fijación de tarifas, nacionalización como técnica de intervención, etc.

Un *iter* marcado, en todo caso, por la tensión y fricción entre dos extremos difíciles de conciliar. De un lado, la férrea creencia de que las necesidades de la sociedad se pueden satisfacer, también en este ámbito concreto, desde el ejercicio en exclusiva de la libre iniciativa privada, sin mediación alguna, por tanto, del sector público. De otro, la firme convicción que entiende, en cambio, irrenunciable la intervención del Estado para la adecuada ordenación de la actividad del transporte terrestre. Ambas posiciones, así como el abanico de enfoques y perspectivas intermedias que cabría adoptar al respecto, se encuentran condicionadas por circunstancias diversas, de índole, asimismo, variada, entre otras, políticas, históricas, económicas, culturales, tecnológicas o sociales.

Ahora bien, no cabe hablar con propiedad en nuestro ordenamiento jurídico de un único régimen jurídico para el transporte, sino de tantos regímenes como modalidades de transporte existan, abiertos, por lo demás, a la incorporación de especificidades y peculiaridades propias en función del ámbito territorial sobre el que se presten. Su extraordinaria complejidad deriva de la propia dificultad de la materia regulada, de su realidad física y material, así como, en particular, de las dudas planteadas por su entramado normativo y las fórmulas a él conexas para el reparto de competencias en la materia entre Estado, Comunidades Autónomas y Administraciones locales.

La concreción de esta distribución competencial se revela una labor particularmente farragosa a raíz de las distorsiones y dificultades que introducen en su seno los trasposos, tanto pre- como posconstitucionales de atribuciones y competencias estatales a las Comunidades Autónomas, la aprobación de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, LOTT) como marco normativo para la regulación de un sistema común de transportes, y la confusa, a la par que polémica, jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre algunas de las cuestiones que habrían de incidir de forma más inmediata y directa en la articulación de este reparto competencial.

En todo caso, pese a la mayor repercusión a estos efectos del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, por cuanto se dilucida, al amparo de los preceptos constitucionales y estatutarios pertinentes, así como de las interpretaciones del Tribunal Constitucional al respecto, la titularidad de las funciones, tanto normativas como ejecutivas, más importantes en relación con el mismo, no debe minusvalorarse en absoluto el papel llamado a desempeñar por las competencias locales en este sector.

Y así, la incidencia de dos conjuntos normativos diversos, con sus dificultades y obstáculos propios, sobre la planificación, establecimiento, articulación, gestión y financiación de este tipo de transportes, esto es, de un lado, la legislación vigente en materia de régimen local, y, de otro, la legislación sectorial aprobada en materia de transportes terrestres, habrá de dotar de especial complejidad al reparto competencial para la regulación y ordenación de los transportes terrestres urbanos.

No en vano, la aprobación del texto constitucional de 1978 abre nuevas expectativas para los transportes terrestres de competencia y ámbito local. Así, la creación de las Comunidades Autónomas y la asunción por estas de importantes competencias normativas en materia de transportes terrestres permite presagiar su importante papel en la articulación de estos transportes de ámbito local como auténtico sistema. Las posibilidades al alcance del legislador autonómico son, en este sentido, innumerables, no solo por su competencia exclusiva en materia de transportes terrestres intraautonómicos, sino también por las competencias de desarrollo que le corresponden en materia de régimen local.

### **3.3. Legislación sobre transporte internacional de viajeros**

La exposición de la Profr. Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez versó sobre el Derecho del transporte internacional, sector del ordenamiento jurídico de vital importancia. Ahora bien, la diversidad normativa existente de acuerdo con el medio de transporte usado para desplazarse de un país a otro Estado presenta excesiva complejidad. Y a ello procede añadir la fuerte vinculación a la soberanía de los Estados en el ejercicio de control y vigilancia de las fronteras. Sin duda, el transporte de personas de carácter internacional se caracteriza por los derechos y deberes impuestos tanto a los usuarios del medio de transporte como a los propios transportistas; ello sin olvidar las eventuales responsabilidades que se derivan por la ausencia de un correcto cumplimiento del contrato o por el acaecimiento de un accidente durante el transcurso del viaje.

En concreto, en materia de pasajeros, el objetivo del transporte es conseguir que éstos junto con sus equipajes lleguen al destino contratado a la hora prevista y sin sufrir ningún percance.

Antes de iniciar el estudio de los diferentes tipos los contratos internacionales de transporte de pasajeros es preciso efectuar una precisión: aunque pertenecen esencialmente al ámbito del Derecho privado, el Derecho público representa un papel importante, ya que la soberanía del Estado implica una potestad en el control de sus fronteras –aeropuertos, puertos, fronteras terrestres–. A ello deben añadirse las

obligaciones adquiridas tanto por los transportistas como por los pasajeros en los diversos medios de locomoción existentes.

A la hora de proceder al estudio y análisis de los contratos internacionales de transporte de pasajeros, es preciso distinguir transporte aéreo, transporte marítimo y transporte terrestre: transporte por ferrocarril, autobús o autocar y automóviles.

En lo que concierne al transporte terrestre por carretera en autobús o/y autocar la norma fundamental es el Reglamento (UE) núm. 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004.

A los transportistas corresponde velar porque los pasajeros puedan acceder al territorio del Estado de destino. Si bien es cierto que en las cláusulas de los contratos se inserta entre los requisitos la necesidad de aportar la documentación válida y vigente. Los pasajeros deben estar en posesión de la documentación requerida para el traspaso de fronteras. En el caso de un viaje desde fuera del territorio Schengen, en el cruce por un puesto fronterizo, los pasajeros deberán cumplir los requisitos establecidos en el art. 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). En el mencionado precepto se alude a los documentos de viaje impuestos. La necesidad o no del visado se encuentra regulado específicamente en el Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo de 15 de marzo de 2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación; por su parte, aquellos pasajeros que precisen un visado deben solicitarlo de acuerdo con lo previsto en el Reglamento (CE) núm. 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados).

Por su parte, las obligaciones de los transportistas internacionales se encuentran recogidas en dos textos: la Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. En el articulado de esta directiva impone que “los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para garantizar que la obligación de los transportistas de devolver al lugar de procedencia a los nacionales de terceros países prevista por las disposiciones de la letra a) del apartado 1 del artículo 26 del Convenio de Schengen se aplique, asimismo, cuando se deniegue la entrada a un nacional de un país tercero en tránsito si: a) el transportista que debía trasladarlo a su país de destino se negara a embarcarlo, o si b) las autoridades del Estado de destino le hubieran denegado la entrada y lo hubieran devuelto al Estado miembro por el que ha transitado” (art. 2). Por otra parte, los transportistas deben comunicar los datos de las personas transportadas (Directiva 2004/82/CE del Consejo de 29 de abril de 2004).

### 3.4. Legislación sobre transporte internacional de mercancías

No cabe duda, según indicó el Prof. David Carrizo Aguado, que el Derecho del transporte es una pieza esencial en el progreso del comercio internacional bajo un sistema de mercado transnacional y de economía globalizada. El transporte de personas y mercancías es la operación económica más necesaria e imprescindible que conlleva antes o después un desplazamiento.

En concreto, en materia de mercancías, el objetivo del transporte es conseguir que las mismas lleguen a un determinado destino en el cual su valor relativo es más alto que en origen. Para que tal finalidad beneficie tanto al productor, fabricante o comercializador, estos operadores deben implicarse en el transporte, dominar todos sus aspectos y perseguir ventajas de control del mismo.

El mercado y la competencia tienden a una dimensión mundial del comercio y las empresas están orientadas a tal sentido. En esta tesitura la logística es de suma importancia, pues en todo momento es preciso comprender, controlar y optimizar el flujo de mercaderías e información desde el origen hasta el destino. Además, es necesario conocer las características de cada uno de los medios que pueden utilizarse para llevarlo a cabo.

Desde un primer momento, tenemos que tener presente que los contratos de transporte de mercaderías pertenecen esencialmente al ámbito del Derecho privado y no al del Derecho público y en todo caso nunca serán contratos de consumo. En la actualidad, todos los contratos de transporte se celebran entre partes comerciales, con un poder de transacción similar, a pesar de que los cargadores de gran escala poseen un poder de negociación muy considerable.

Un dato que debe distinguirse, es que, en la última veintena de años, los gobiernos no se están haciendo cargo de las empresas de transporte, pues es un sector que no queda comprendido en el marco de la noción de transporte como servicio público de interés general. A consecuencia de ello, el transporte se ha ido transfiriendo desde la esfera pública de los transportes por la dinámica de la libre competencia, tanto nacional como internacional, entre intereses comerciales privados. Pues ello se observa con nitidez en la privatización de aeropuertos, control de tráfico externo, puertos, terminales, servicios portuarios, etc.

La importancia práctica del transporte ha originado que su regulación se encuentre altamente estandarizada. La universalidad de la regulación material del transporte internacional es una de las características más destacadas en este sector. Dentro de las transacciones internacionales, el transporte es uno de los sectores donde más se ha experimentado la necesidad de construir normas uniformes que se superpongan al particularismo existente en las legislaciones nacionales y que ofrezcan mayor seguridad jurídica a los empresarios en sus relaciones privadas. Así, el Derecho de los transportes se ha desarrollado en función de sus propias necesidades y de los progresos tecnológicos.

Una de las cuestiones principales en la reglamentación de los transportes es la internacionalidad a través de normas materiales de carácter uniforme y no de normas de conflicto de origen internacional.

En el estudio de la regulación del transporte internacional se ha de tener en cuenta la necesaria interrelación entre la normativa convencional, el derecho autónomo de cada Estado y la autorregulación de los intervinientes en el tráfico. De la articulación de estas diversas reglas se desprende una normativización que se ocupa de los diferentes problemas que derivados de una determinada operación de transporte. En concreto cuáles son las obligaciones de cada uno de los intervinientes, si se trata de una obligación de medios o de resultados, si la responsabilidad es objetiva o solamente opera cuando se muestra que ha existido culpa en el cumplimiento de la obligación, también la legitimación activa y pasiva en los litigios que se deriven de operaciones de transporte, así como la documentación precisa en dichos contratos.

A la hora de proceder al estudio y análisis de los contratos internacionales de transporte de mercancías, se alude a la siguiente diferenciación: transporte marítimo, transporte aéreo, transporte por carretera y transporte por ferrocarril. En lo que concierne al transporte de mercaderías por carretera, está regulado por el Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956, del cual España forma parte desde 1974. Éste texto tiene por propósito la uniformidad en la regulación del contrato de transporte internacional de mercaderías, prestando particular atención a los documentos utilizados en este tipo de transporte y a la responsabilidad del transportista.

### **III. LA SINIESTRALIDAD Y MORBILIDAD LABORAL EN CARRETERA**

#### **1. El riesgo de accidente laboral en la conducción profesional. Especial referencia al transporte (autónomo o por cuenta ajena) por carretera**

La primera ponencia de la tarde corrió a cargo de la Profra. Dra. M<sup>a</sup> de los Reyes Martínez Barroso, cuya intervención comenzó constatando como a nadie puede extrañar que el accidente de tráfico tipo se convierta en un riesgo profesional (accidente de trabajo) para los profesionales de la conducción y que esta contingencia profesional pueda tener una mayor o menor cobertura dependiendo de que dicho profesional tenga la condición de trabajador autónomo o trabajador por cuenta ajena.

Las reflexiones posteriores giraron en torno a un suceso real, objeto de litigio ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 29 de enero de 2016 (Rec. núm. 174 /2015). La exposición comenzó con la descripción del marco regulador de referencia en los actos de encuadramiento y orden jurisdiccional competente para su revisión, tras lo cual se expuso la cuestión controvertida.

El supuesto de hecho sobre el que versa la sentencia controvertida está referido al alta de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social, de D. Bienvenido, como trabajador de la empresa “Taxistas Reunidos. S.L.”, con efectos de 8 de noviembre de

2014, y la baja con efectos de la misma fecha, llevada a cabo por Resolución de la Dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Murcia, de 27 de febrero de 2015, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra resolución de 14 de diciembre anterior sobre reconocimiento de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de dicho profesional.

En dicha resolución administrativa se argumenta la procedencia del alta, al haberse constatado por la Inspección de Trabajo y Seguridad “la prestación de servicios por el trabajador para dicha empresa” el día 8 de noviembre de 2014, en principio, y a pesar de los escasos datos de la sentencia, con ausencia de autonomía y sin asumir el riesgo del negocio.

La pretensión deducida en el recurso contencioso administrativo es que se dicte sentencia por la que se anulen las resoluciones impugnadas (tanto la de alta como la desestimatoria del recurso de alzada), con imposición de costas a la Administración demandada. Y se impugnan alegando la parte actora “que el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral impide a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social revisar, por sí mismos, los actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios, debiendo formular ante el Juzgado de lo Social competente la oportuna demanda, que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido”. Vaya por delante la sorpresa que provoca que la parte demandante siga haciendo referencia a la vieja Ley de Procedimiento Laboral en lugar de a la correspondiente Ley reguladora de la Jurisdicción Social, dados los años transcurridos desde su entrada en vigor.

Como cuestión previa, y en cuanto a la cuantía del recurso, se desestima la alegación de la parte actora de que es 42,91 €, pues según establece el art. 42.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-administrativa, se reputarán de cuantía indeterminada los recursos interpuestos contra actos, en materia de Seguridad Social, que tengan por objeto la inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores.

En cuanto al fondo, la empresa recurrente alega que la “relación que unía a las partes era de carácter mercantil”, siendo el trabajador autónomo y la relación muy esporádica, mientras que en el informe de la Inspección de Trabajo se hacen constar las circunstancias que, a su juicio, determinan el carácter laboral de la relación, concretamente que la empresa concertó de forma verbal con la parroquia Nuestra Señora del Rosario, de Bullas, el viaje Bullas-Alcalá de Henares-Madrid-Bullas, a realizar el día 8 de noviembre de 2014. El viaje se hizo en el autobús Volvo... matrícula... JJD, realizando la conducción D. Indalecio y D. Bienvenido, a quien contrató “Taxistas Reunidos, S.L.” para dicho viaje como conductor a fin de cumplir lo establecido en cuanto a jornada, horarios y tiempo de descanso de D. Indalecio. Según manifestaciones de D. Bienvenido, en el viaje de vuelta conducían ambos, y poco antes de hacer parada en Honrubia, D. Indalecio “le ordenó” que a partir de dicha parada y hasta Bullas debía conducir otro autobús, propiedad de la empresa José Ruiz Campos, que había sido subcontratada por la recurrente para el citado viaje, para que el conductor de dicho autobús, D. Pascual, pudiera cumplir con los tiempos de

conducción y descanso. D. Indalecio conducía dicho autobús, sufriendo accidente de tráfico al tomar el desvío hacia Calasparra, desde la carretera de Madrid.

La parte demandada se opone al recurso, alegando la presunción de certeza de las actas de la Inspección de trabajo, y remitiéndose a las conclusiones obtenidas por esta, desestimando la Sala de lo Contencioso el recurso interpuesto, con imposición de las costas a la parte actora en virtud de lo dispuesto en el art. 139.1 de la Ley 29/1998. Contra dicha sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

Las claves de la posición jurisprudencial mantenida en la sentencia en orden a delimitar el carácter mercantil o laboral del vínculo entre el conductor y la empresa son fundamentalmente las siguientes: pese a que la parte actora alega que la relación era “esporádica” y la contratación “mercantil” entre dos empresas, sin embargo, el principal argumento que utiliza la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia es que “la no habitualidad de la prestación no impide que tenga naturaleza laboral”, como sucede en este caso, en que el servicio se presta en “el ámbito de la dirección y organización de una empresa, y con los medios materiales de esta”.

Es más, dado que en la tramitación del procedimiento judicial la recurrente no ha practicado ninguna prueba tendente a desvirtuar los hechos alegados por la Inspección de Trabajo, como pudiera ser la factura girada por la prestación de tales servicios, el órgano juzgador llega a la conclusión de que “ante la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo” al no existir prueba alguna de la contratación mercantil, se concluye que la relación era laboral y por ello resultaba procedente el alta del trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social, sin perjuicio de que ya estuviera en alta como autónomo por los trabajos que pudiera realizar por cuenta propia. Esto es, se centra la solución del caso en la presunción de veracidad de la que deben de gozar las actas de la Inspección, así como en su valor y fuerza probatoria, sabiendo que las mismas han de constituir una presunción *iuris tantum*, por lo que se desplaza la carga de la prueba a quien perjudica, conforme a lo establecido en la STSJ País Vasco, 21 octubre 2014 (Rec. núm. 1806/2014).

Así las cosas, es imposible desconocer que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga, regulados por la legislación civil, o mercantil, en su caso, no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social, pues cuando se trata de calificar la relación jurídica que vincula a las partes litigantes, para decidir si en ella concurren las notas definitorias de la laboral, previstas en el art. 1 ET, es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, con el fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia en el sentido en que son concebidas por la jurisprudencia sobre la calificación del contrato en virtud del cual se prestan unos servicios, que con el mismo contenido, pueden derivarse de un contrato de trabajo o de un arrendamiento de servicios, o de un contrato de transporte, siendo indiferente la denominación que los interesados hubieren dado a su contrato.

En definitiva, se trata de dilucidar en qué medida la prestación del servicio se está realizando bajo dichas notas específicas, a tenor de las circunstancias concurrentes en el caso concreto o lo que la jurisprudencia y doctrina judicial entiende como “indicios” comunes de ajenidad (las decisiones de mercado y de precios las toma el empresario, la remuneración tiene un carácter fijo o periódico y siempre en proporción con la actividad prestada, el riesgo de la actividad es asumida por el empresario, etc.) y dependencia (el trabajo se presta en el centro del empresario o lugar designado por éste, las instrucciones y procedimientos a seguir también las proporciona el empresario, los horarios y la actividad están previamente programados, etc.). No obstante, este es quizás el aspecto menos elaborado en la sentencia analizada, pues se echa en falta un estudio más pormenorizado de los elementos típicos de la relación laboral.

Probablemente la omisión sea consecuencia de los muchos indicios, reiterados en otros muchos pronunciamientos de las Salas de lo Social, que provocan que la Sala de lo Contencioso-Administrativo centre su argumentación en un problema menos evidente (cuál es la frontera entre esporádico o habitual) pasando casi sin detenimiento por este elemento nuclear a partir de la presunción de certeza del acta de la Inspección de Trabajo (máxime teniendo en cuenta que la empresa recurrente ni siquiera intentó probar lo contrario). En fin, la consolidación de una realidad, como la que evidencia la sentencia comentada, de prestación de servicios en régimen de falsa autonomía, no puede hacer olvidar a quien aplica el derecho la subsistencia de un concepto, como el de trabajador por cuenta ajena, aplicable más allá de la existencia de meros datos formales, como el alta en el RETA. Y que, en este supuesto, como en otros similares que han llegado a los Tribunales la Tesorería actúa, no para la determinación de la laboralidad, sino en el contexto del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la realidad constatada y para garantizar los derechos de las personas incluidas en el ámbito subjetivo de los regímenes de la misma. En definitiva, el camino para discernir los límites de la laboralidad es a través de la impugnación del acta de la Inspección.

## **2. Los conductores “no profesionales”: accidentes *in itinere* y en misión**

La ponencia corrió a cargo del Prof. Dr. Rodrigo Tascón López, quien partió de un dato incontestable, cual es que un porcentaje muy significativo de los accidentes de circulación que se producen en España (que puede ser cifrado en un intuitivo y aproximativo 2/3 del total) son sufridos por personas que, en ese preciso momento, o se desplazaban hacia su trabajo (accidente *in itinere*) o estaban ya trabajando (conductores profesionales –de los que se ocuparán con todo detalle otras ponencias– o accidente en misión).

Sin duda, esta evidente realidad debe hacer que se replantee desde distintos puntos de vista la actuación jurídica, administrativo e institucional que merece una situación tan ciertamente peligrosa y potencialmente dañina, capaz de producir costes sociales y personales altísimos para las posibles víctimas.

Así, de un lado, la conducción habría de ser considerada de forma habitual un riesgo profesional evaluable y prevenible al que se dedicara mucha mayor atención en los protocolos preventivos. Desde luego, siempre que los trabajadores tuvieran que conducir, ya fuera de forma habitual, ya esporádicamente, de forma potencial, es conveniente que sea incorporado entre los riesgos profesionales de los trabajadores y se traten de adoptar las medidas preventivas destinadas a evitar los posibles accidentes (cursos de conducción segura, adecuada explicación de cómo funcionan los vehículos de la empresa...).

De hecho, la presencia de este riesgo “de conducción de vehículos a motor”, unido a la ausencia de cualquier medida preventiva o formativa por parte de la empresa, hace que algunos pronunciamientos de los tribunales hayan considerado la existencia de negligencia por parte de la empresa, lo que tiene su relevancia a la hora de ponderar las consecuencias de dicho accidente, ya en forma de recargo de prestaciones, ya en forma de indemnización de daños y perjuicios para el trabajador.

Igualmente, el hecho de que, normalmente (y salvo excepciones) el trabajador tenga que desplazarse desde su domicilio hasta el centro de trabajo, debiera llevar a la empresa a adoptar una política preventiva al respecto. Fuera a través de formación específica en el ámbito de la conducción (cuando no quede otro remedio y los trabajadores acudan a la empresa en vehículo particular), fuera a través de la implantación de una política de transporte colectivo de empresa o del fomento (y financiación) del transporte público.

De otro, el enfoque a la protección social que el accidentado merece, debiera ser ponderado a la luz de las circunstancias actuales, cosa que, como se verá, los tribunales ya están haciendo de forma lenta, pero satisfactoria. Como es obvio, para el trabajador perjudicado que su accidente merezca la consideración legal de accidente de trabajo tienen innegables ventajas (mayores cuantías prestacionales, ausencia de requisitos de carencia, principio de automaticidad...) y, por tanto, siempre estará interesado en acreditar que su contingencia ha tenido un claro origen profesional. Deslindando los dos casos en presencia:

**1.-** El accidente *in itinere* es el que se produce al ir o volver del lugar de trabajo; la LGSS lo asimila al accidente de trabajo (el ocurrido por ocasión o como consecuencia del trabajo), pero, en cambio, no resulta de aplicación la presunción de laboralidad (que supone como de trabajo todo accidente ocurrido en tiempo y lugar de trabajo), lo que hace que sea el trabajador el que deba acreditar los extremos relativos al accidente y su carácter de desplazamiento laboral, y dificulta en gran medida la prueba de algunos de ellos, como, por ejemplo, en los supuestos de súbitos episodios cardíacos (aunque en algún supuesto reciente el Tribunal Supremo ha entendido que se puede considerar accidente de trabajo el infarto o ictus ocurrido durante el trayecto de vuelta a casa si la indisposición ya había comenzado en el centro de trabajo).

Los pronunciamientos de los tribunales laborales habían sido bastante estrictos para considerar que, para merecer la consideración de verdadero accidente de trabajo debía ocurrir en tiempo inmediato o razonablemente próximo a la hora de entrada o salida

del trabajo siempre que dicho accidente tenga lugar en el trayecto usual desde el domicilio habitual (no, por ejemplo el de la novia o familiar en el que ocasionalmente se hubiera pernoctado), utilizando un medio de transporte adecuado (no uno peligroso o extravagante) y sin desvíos para realizar otras actividades (a no ser que se tratara de actividades ordinarias como llevar a los hijos al colegio; pero, por ejemplo, dar un pequeño rodeo para visitar a tu padre en el pueblo hacía perder al accidente su condición de *in itinere*; célebre es el caso en el que se negó la laboralidad a un accidente sufrido por un trabajador que viajaba a pasar la nochebuena con su familia para regresar al día siguiente a la localidad donde trabajaba).

Afortunadamente, en los últimos tiempos, los tribunales están relajando un poco tan estricta postura. Dos casos significativos sirven para ilustrar la anterior afirmación: de un lado, la célebre STS 26 de diciembre 2013, en la que se entendió que era accidente *in itinere* el sufrido por un trabajador en la noche del domingo cuando regresaba desde el domicilio familiar a su domicilio en la localidad donde trabajaba (separadas por unos 350 km), de cara a incorporarse a su puesto el lunes por la mañana.

De otro, y también harto ilustrativo, aquel pronunciamiento del TSJ Cataluña 12 de junio 2014 en el que considera como accidente de trabajo el sufrido por un operario que se desplazaba en patinete a su puesto de trabajo, algo que muestra el intento de los tribunales por adaptar conceptos seculares a los nuevos y modernos tiempos que toca vivir.

**2.-** El accidente en misión es el que sufre un trabajador mientras se está desplazando para cumplir un cometido o tarea profesional encargado por la empresa. El TS ha entendido sin reparos que aquí estamos, no ante una asimilación (como en el caso de accidente *in itinere*) sino ante un verdadero accidente de trabajo, que se produce en tiempo de trabajo y que, por tanto, merece gozar de la presunción de laboralidad.

Ahora bien, como cabe suponer, la casuística es casi infinita, y sí que es verdad que los tribunales han efectuado algunas precisiones. Por ejemplo, que no es accidente de trabajo aquel que se produce en circunstancias ajenas a la prestación laboral: así, el caso de trabajadores que, tras acabar la tarea sufren un infarto en el hotel donde se alojan, o tienen un percance en una playa a la que han ido, o mientras se toman unas copas (aunque sea con las personas a las que han ido a visitar por motivos profesionales).

Ahora bien, y respecto a los episodios cardíacos, algún pronunciamiento ha entendido que sí puede haber relación de laboralidad si el episodio se produce en un contexto de mucho estrés profesional, aunque sea una vez finalizada la jornada, ya en la habitación del hotel, o, incluso, de regreso en el domicilio del trabajador.

Además, este criterio flexible también se ha seguido para considerar que, aunque el trabajador desplazado no esté trabajando en sentido estricto, cabe entender que ocurre accidente en misión cuando el desplazamiento se haya producido por encargo de la empresa (por ejemplo, para representar a la entidad en el funeral de un antiguo empleado).

Sea como fuere, resulta un tanto extraño (sobre todo al profano en Derecho) que algo tan importante como la protección social que merece un trabajador, dependa de circunstancias tan aparentemente casuales (casi azarosas) como las que se han descrito. Ello, quizá, se hace especialmente evidente en los supuestos de accidente de circulación (sean *in itinere* o en misión) y, desde luego, llevan a quien esto trata de explicar a pedir una acción normativa que sistematice y clarifique la situación jurídica de los trabajadores que sufren un percance de tráfico.

### **3. Morbilidad en los trabajos de conducción (mesa redonda)**

Participaron en la mesa redonda el Prof. Dr. D. José Gustavo Quirós Hidalgo, la Profra. Dra. Beatriz Agra Viforcós, la Profra. Dra. Natalia Ordóñez Pascua y el Prof. Dr. Juan José Fernández Domínguez.

#### **3.1. Los trastornos musculoesqueléticos en la conducción y tareas anejas**

La intervención del Prof. Dr. José Gustavo Quirós Hidalgo se estructuró en dos grandes bloques:

1. Riesgos musculoesqueléticos en la conducción. Aun cuando el ámbito de estudio de la Ergonomía resulta, sin duda y conforme de todos es sabido, mucho más extenso, la exposición siguiente vendrá centrada, fundamentalmente, en los factores con incidencia en molestias, patologías, dolencias o trastornos de carácter musculoesquelético, pues otros elementos de confort/disconfort para el conductor de vehículos por carretera, tales como temperatura, humedad, corrientes, calidad del aire, iluminación, vibraciones, ruido, etc, se analizan normalmente como riesgos físicos.

Constitutivas de una lesión ampliamente extendida entre la población, está demostrado que los trastornos musculoesqueléticos se generan fundamentalmente en el ámbito laboral, y aun cuando puedan proceder de traumatismos agudos, normalmente tienen carácter acumulativo como resultado de la exposición a factores de riesgo durante un período prolongado, en ocasiones en conjunción con otras patologías o circunstancias extralaborales.

En el trabajo que exige largos períodos al volante, la columna vertebral es una de las partes más susceptibles de lesión o de molestia; ello no obstante, también pueden aparecer trastornos musculoesqueléticos en el cuello, así como en las extremidades superiores e inferiores, sin perjuicio de otras manifestaciones habituales pero de menor importancia cuantitativa y cualitativa.

El inadecuado diseño del puesto y las malas posturas adoptadas son los motivos principales de estas dolencias. Para el concreto caso de las mujeres, también es factor de mayor peligro el diseño adaptado a la medida masculina de unos espacios de trabajo destinados para el desempeño por hombres.

En consecuencia, es necesario llevar a cabo actuaciones ergonómicas a partir de una preceptiva evaluación de riesgos. Entre otras medidas a adoptar, la OIT plantea las siguientes: cabinas de conducción bien diseñadas, con asientos plenamente ajustables y mandos adecuadamente dispuestos, coordinación entre los ajustes del asiento y del volante, graduación del tablero de instrumentos, reducción del tamaño del volante mejora las relaciones entre los espacios, asiento regulable y con amortiguación adecuada, optimización del cinturón de seguridad.

Por cuanto hace a la vigilancia de la salud, la experiencia demuestra cómo la columna es una de las partes del cuerpo más dañadas en quienes han de prestar servicios prolongados de conducción. En este sentido la obligación empresarial de vigilancia de la salud (art. 22 LPRL) se muestra como un instrumento indispensable para la detección de las lesiones sufridas (o para identificar el riesgo de que se produzcan) en los profesionales del volante. A este respecto, el protocolo del reconocimiento debería incluir, al menos, el siguiente contenido: exploración laboral del medio y personal del trabajador, antecedentes de exposición, precedentes de salud de interés, historia clínica actual y, finalmente, valoración facultativa individualizada.

Por otra parte, tampoco debe olvidarse la importancia de la formación e información de los conductores (tan comúnmente olvidada o minusvalorada), sobre todo, por cuanto aquí importa, respecto a la necesidad de mantener durante la conducción una postura adecuada, ejercicios de relajación, estiramiento y fortalecimiento muscular y en lo referente al debido respeto a los tiempos de trabajo y descanso.

En definitiva, cuando se manifiestan estos riesgos, lo cual es habitual, el tratamiento y la recuperación suelen ser insatisfactorios, especialmente si la dolencia se ha cronificado, por lo que no es difícil que acaben en incapacidad permanente y pérdida del puesto de trabajo. Precisamente por eso la prevención resulta esencial. En el peor de los casos, el mantenimiento de los trabajadores con trastornos musculares y/o esqueléticos en el trabajo debe formar parte de la política laboral en la materia.

**2. Riesgos musculoesqueléticos en tareas anejas: labores de carga y descarga.** Casi una quinta parte de los accidentes notificados en el sector tienen lugar durante las labores de carga y descarga, por lo que parece oportuno referirse de forma específica a los riesgos existentes y a las medidas preventivas a observar en las mismas. A tal efecto, también es necesario, de un lado, distinguir entre transporte de viajeros y de mercancías; y de otro, resaltar la importancia adicional de las normas generales sobre seguridad vial y ordenación de los transportes terrestres, que o bien conviven con las preventivas o, en muchos casos, son las únicas a considerar.

Respecto al transporte de personas, son las reglas comunes las que permiten extraer las medidas oportunas, pensadas para la mayor seguridad de los pasajeros pero que redundan también en la del profesional. En este sentido, el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación (RGC), regula el número máximo de personas a transportar, límites de peso, las reglas concretas para la seguridad y la evitación de accidentes, referidas tanto al propio conductor como a los pasajeros. Además, existe normativa específica para el transporte escolar y de menores (RD 443/2001) y para personas con discapacidad (RD

1544/2007), distinguiendo en este caso entre transporte urbano e interurbano, sanitario y autotaxi.

Por cuanto hace al transporte de mercancías, junto a las normas genéricas de circulación y de ordenación del sector con incidencia en el tratamiento de los riesgos existentes en las labores de carga y descarga, resulta aplicable diversa legislación específicamente preventiva en virtud de las actividades a desarrollar y los equipos a utilizar; no obstante, cabe añadir también otras fuentes diversas en función de la mercancía transportada (especialmente para animales, sustancias peligrosas y residuos).

Así, en primer lugar, el RGC regula la carga transportada y los accesorios utilizados para su acondicionamiento o protección, así como las dimensiones permitidas para las mercancías. En segundo término, es preciso tener en cuenta el RD 487/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entraña riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores, con especial importancia de su Anexo relativo a los factores de riesgo relativos a las características de la carga, el medio de trabajo, el esfuerzo físico necesario, las exigencias de la actividad y los condicionantes individuales. Además, la *Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la manipulación manual de cargas* ofrece un completo y detallado método para acometer una evaluación adecuada y eficaz. De persistir el riesgo, las medidas vendrán dadas por la utilización de ayudas mecánicas, la reducción o rediseño de la carga, la actuación sobre la organización del trabajo o la mejora del entorno de trabajo.

Por su parte, si la manipulación de la carga está mecanizada, cabe atender adicionalmente al RD 1644/2008, de 10 de octubre, que establece las normas para la comercialización y puesta en servicio de las máquinas, y al RD 1215/1997, de 18 de julio, sobre Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, con especial trascendencia de la *Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de los equipos de trabajo*. Por cuanto hace especialmente al transporte por carretera, los Anexos de la citada norma se refieren a los requisitos de los equipos de trabajo móviles, automotores o no, y a los equipos de trabajo para elevación de cargas, sometidos a reglas concretas sobre su diseño y utilización. En fin, siendo habitual en el sector del transporte terrestre por carretera y en las operaciones de carga y descarga mecanizadas el uso de aparatos como ascensores, montacargas, escaleras mecánicas, andenes móviles, montamateriales, grúas, aparatos de elevación y transporte continuos, transelevadores, plataformas elevadoras o carretillas de manutención, procede hacer una doble remisión: de un lado, al RD 2291/1985, de 8 de noviembre, por el cual se aprueba el Reglamento de aparatos de elevación y manutención; de otro, a varias Notas Técnicas de Prevención que ofrecen un análisis minucioso sobre formación, instalación, utilización, mantenimiento, riesgos existentes o medidas preventivas de algunos equipo como carretillas elevadoras y grúas puente (con NTP específicas).

### **3.2. Riesgos mecánicos y riesgos derivados del ambiente de trabajo (agentes físicos)**

La charla, a cargo de la Profra. Dra. Beatriz Agra Viforcós, abordó, en primer lugar, los riesgos mecánicos, y, en segundo término, los derivados de agentes físicos.

**1. Riesgos mecánicos.** El principal es el riesgo de circulación, asociado a tres tipos de factores: relacionados con la vía (heladas, firme en mal estado, trazado...), relacionados con el vehículo siniestrado (averías) o relacionados con el factor humano (distracción, factores emocionales, patologías, intoxicaciones, velocidad...), siendo estos últimos causantes del siniestro en hasta el 90% de los casos.

Por cuanto hace a las consecuencias de la materialización del riesgo, es decir, del acaecimiento de un siniestro, los daños que pueden afectar a los ocupantes de un vehículo a motor pueden ser, conforme de todos es sabido, muy graves, hasta el punto de poder llegar a provocar la muerte.

En la hipótesis de colisión frontal (entre dos vehículos o de uno contra un objeto fijo), las lesiones dependerán de sendos factores: de un lado, la posición dentro del vehículo; de otro, el uso de mecanismos de contención. Por cuanto hace a lo primero, las lesiones del conductor podrán producirse en cabeza, tórax o extremidades (dependiendo si se produce una proyección ascendente o descendente), siendo de destacar, en atención a la posición en el vehículo, los producidos por el impacto del volante y por la columna de dirección, así como la especial incidencia de los daños en el lado izquierdo del cuerpo. El copiloto está sujeto al cuadro análogo, pero con mayor incidencia en el lado derecho y con la salvedad dada por la ausencia de lesiones producidas por el volante y la dirección; la situación de los pasajeros de los asientos traseros es análoga, pudiendo ver más o menos dañada la parte del cuerpo más cercana a la ventanilla correspondiente.

Buena parte de estas lesiones podrán evitarse mediante el uso de sistemas de seguridad pasiva, que, en impactos de baja energía actúan como verdaderas salvavidas. Aun así, es importante tener presentes también los riesgos que estos elementos pueden provocar: en el caso del cinturón de seguridad, excoriaciones, abrasiones o quemaduras por fricción (transversal en la dirección del cinturón y lineal en el abdomen); fracturas costales y/o del esternón (transversales en la dirección indicada) y/o lesiones viscerales (contusiones pulmonares y cardíacas, pero también, por la porción horizontal del cinturón, en las vísceras abdominales). Por cuanto hace al airbag, puede provocar quemaduras en miembros superiores, luxación o subluxación de la articulación temporomandibular, lesiones oculares, irritación de vías aéreas (gases)..., incluso, en casos extremos, lesiones del raquis medular y paro cardíaco (commotio cordis).

Las lesiones que se producen como consecuencia de las colisiones laterales (en un cruce o en caso de golpe lateral contra objeto fijo) son parecidas a las producidas en un choque frontal, aunque su intensidad varía en función del lado siniestrado y de la presencia de otro individuo interpuesto que actúe como protección; en cualquier caso, con carácter general presentan menor letalidad que las frontales.

Sea como fuere, en cualquiera de los dos casos es preciso tener presente el riesgo de vuelco, dada su alta letalidad cuando no se utilizan mecanismos de sujeción, sobre todo en los casos en que se produce una eyección (parcial o, sobre todo, total), con el riesgo de aplastamiento y mutilación que trae aparejada.

Frente a los siniestros apuntados, el menor nivel de lesividad lo presentan las colisiones por alcance, cuya consecuencia clásica es el latigazo cervical (whiplash).

Por cuanto hace a los accidentes en ciclomotores, las principales causas de muerte se vinculan con la conducción imprudente o poco cuidadosa, la intoxicación por alcohol o drogas, factores ambientales o derivados de la carretera..., pero también por la falta de visión de la moto por parte del vehículo que colisiona. Dada la naturaleza del vehículo y la dinámica del accidente, son de destacar por su gravedad las lesiones en cabeza (incluso portando casco) y cervicales, sin perjuicio, claro está, de posibles lesiones internas, fracturas en extremidades, abrasiones, excoriaciones, etc.

En fin, en el caso de los ciclistas, los accidentes no suelen provocar lesiones de especial gravedad salvo, por supuesto, los casos de atropello, causa de daños primarios (consecuencia del impacto) y secundarios (derivados de la caída), cuya gravedad depende, fundamentalmente, de la velocidad a que se produce el impacto, así como a la forma de producirse la caída.

Conviene no olvidar, para finalizar, que el conductor también puede verse afectado por el riesgo de accidente de circulación en calidad de peatón, pudiendo ser atropellado cuando abandona el habitáculo por razón de su trabajo o por cualquier otra circunstancia. En efecto, el conductor también puede ser víctima de atropellos por otros vehículos mientras trabaja en el suyo junto a la carretera, durante el repostaje, en el proceso de cambio de neumáticos o de reparación de averías o en las labores de carga y descarga. A este respecto, es preciso tener presente que la velocidad, el tipo de vehículo, la existencia de frenado y la estatura de la víctima actúan conjuntamente provocando diferentes situaciones, de modo que el peatón puede verse lanzado hacia arriba o hacia delante o ser tumbado. Sea como fuere, el atropello genera un patrón de lesiones (primarias y secundarias) característico: causadas por el paso del neumático sobre la piel, heridas “figuradas” por la acción de las distintas partes del vehículo, heridas “de defensa” (causadas por el golpe de la defensa del vehículo contra las extremidades inferiores, causando habitualmente fracturas), heridas al caer sobre el capó o el parabrisas, etc.

Para concluir con los riesgos mecánicos, se efectúa somera mención a otros posibles: caídas a distinto nivel, como, por ejemplo, caídas al subir o al bajar del vehículo (o en tareas de carga/descarga); caídas al mismo nivel, como, por ejemplo, debidas resbalones en el asfalto al salir del vehículo por el motivo que sea; aplastamientos, golpes y choques, como por ejemplo, lesiones por aplastamiento o choques y golpes producidos por herramientas manuales; incendio y explosión (su origen puede ser mecánico, físico, químico, eléctrico...), que puede ser ocasionado por un accidente de circulación o por fallos en el vehículo (circuito eléctrico, calentamientos del motor, fugas de combustibles, sistema de baterías, etc.).

**2. Riesgos físicos.** Deben considerarse, fundamentalmente, ruido, vibraciones, ambiente térmico, quemaduras frías o calientes, calidad del aire, radiaciones, iluminación y electrocución.

### **3.3. Riesgos químicos y biológicos**

En relación a esta cuestión, la Profra. Dra. Natalia Ordóñez Pascua puso de manifiesto como el desempeño de la tarea de conductor –en mayor medida el transporte de mercancías por carretera– lleva implícito una serie de riesgos asociados a diferentes aspectos de la actividad laboral. Es posible así discernir entre aquellos asociados a la seguridad, los ergonómicos, los psicosociales y los llamados riesgos higiénicos, entre los cuales se encuentra la exposición a contaminantes y agentes químicos y biológicos.

Por cuanto aquí importa, el riesgo aparece desde las primeras tareas de carga y repostaje. Cuando lo transportado son productos químicos o biológicos, a la exposición de riesgos inherentes al transporte cabe añadir los concretos de la carga manipulada.

Respecto a los agentes químicos, la normativa al efecto viene dada por el Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo que, en el marco de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos laborales, establece en art. 1 el ámbito de aplicación a aquellos agentes químicos peligrosos que estén o puedan estar presentes en el lugar de trabajo, sin perjuicio de las disposiciones más rigurosas o específicas en la materia contenidas en el Real Decreto 2115/1998, de 16 de octubre, sobre transporte de mercancías peligrosas por carretera.

Define la primera de las citadas normas (art. 2) algunos términos que no es posible obviar a la hora de calificar a un riesgo como químico:

1. Agente químico: todo elemento o compuesto químico, por sí solo o mezclado, tal como se presenta en estado natural o es producido, utilizado o vertido, incluido el vertido como residuo, en una actividad laboral, se haya elaborado o no de modo intencional y se haya comercializado o no.
2. Exposición a un agente químico: presencia de un agente químico en el lugar de trabajo que implica el contacto de éste con el trabajador, normalmente por inhalación o por vía dérmica.
3. Peligro: la capacidad intrínseca de un agente químico para causar daño.
4. Riesgo: la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado de la exposición a agentes químicos. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo.
5. Agente químico peligroso: agente químico que puede representar un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores debido a sus propiedades fisicoquímicas, químicas o toxicológicas y a la forma en que se utiliza o se halla presente en el lugar de trabajo. Se consideran incluidos en esta definición, en particular:

6. Actividad con agentes químicos: todo trabajo en el que se utilicen agentes químicos, o esté previsto utilizarlos, en cualquier proceso, incluidos la producción, la manipulación, el almacenamiento, el transporte o la evacuación y el tratamiento, o en que se produzcan como resultado de dicho trabajo.

Por tanto, la primera labor consiste en identificar aquellas sustancias que tienen cabida en el concepto citado y delimitadas éstas se pondrán en marcha las medidas de prevención correspondientes y, en su caso, las de protección específicas ante la imposibilidad de eliminar totalmente el riesgo.

Cabe añadir el necesario respeto a lo reglado en el RD 551/2006, de 5 de mayo, a cuyo tenor es establece como obligatorio el respeto al Acuerdo Europeo sobre Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera y disposiciones internacionales de aplicación (ADR, de 14 de marzo de 2013), firmado en Ginebra el 30 de septiembre si bien es anualmente actualizado. Ambos aluden a la necesaria formación en materia de prevención de los conductores de vehículos que lleven a cabo este tipo de transporte.

La exposición a contaminantes químicos puede llevarse a cabo en labores de mantenimiento del vehículo (reposición del electrolito de la batería, engrase de elementos, reposición de niveles de líquidos, exposición a gases de combustión procedentes tanto del propio vehículo como de la polución ambiental...). Sus consecuencias pueden ser más o menos severas y manifestarse desde una simple irritación o alergia en la piel hasta mareos, náuseas, pérdida de conocimiento... Entre las normas básicas para evitar el riesgo se encuentra la realización de las operaciones de mantenimiento básico según lo indicado en las instrucciones del fabricante de cada producto químico y siguiendo las instrucciones de la etiqueta, empleo en su caso de equipos de protección (guantes, mascarilla y gafas) para evitar el contacto con la piel y mucosas de los productos químicos, en lugares con escasa ventilación procurar mantener apagado el motor del vehículo, no comer, fumar o beber mientras se manipulen productos químicos y lavarse las manos después de cada manipulación...

En lo que al riesgo biológico se refiere, la normativa al uso se encuentra fundamentalmente en el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, que encomienda de manera específica, en su disposición final primera, al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, la elaboración y mantenimiento actualizado de una Guía Técnica, si bien de carácter no vinculante, para la evaluación y prevención de aquellos asociados a la presencia de tales agentes. El transporte por carretera de esta mercancía habrá de estar a lo dispuesto a las normas antedichas de transporte de mercancías peligrosas por carretera y atender a la específica norma de tratamiento de lo transportado.

La labor de prevención comienza con las operaciones de recogida, transporte y manipulación de agentes biológicos en el lugar de trabajo que entrañan un riesgo de exposición para el personal que las realiza. Por lo tanto, desde la recepción de las muestras hasta la eliminación de los residuos generados, todas las fases deben estar debidamente sistematizadas. Son contemplados agentes biológicos propiamente

dichos (cepas de microorganismos, cultivos, líneas celulares) como los materiales que los pueden contener, fundamentalmente excreciones, secreciones, sangre y sus componentes, líquidos corporales, tejidos, fluidos tisulares (muestras clínicas). El transporte de agentes biológicos se lleva a cabo a partir de un embalaje primario (estanco y debidamente etiquetado) que contiene el agente biológico o el material infeccioso y el recipiente secundario para su transporte resistente y a prueba de fugas con resistencia a la acción de los desinfectantes químicos.

La recogida y el transporte de los residuos debe ser realizada por un transportista autorizado e ir acompañada de la documentación preceptiva de seguimiento y control, en vehículos dotados de caja cerrada de seguridad que se desinfectarán periódicamente.

El personal que efectúa el transporte dispondrá de ropa de trabajo y de los equipos de protección individual necesarios además de formación sobre protocolos de actuación en caso de accidente o vertido.

### 3.4. Riesgos psicosociales

Concluyó la mesa redonda con la intervención realizada por el Prof. Dr. Juan José Fernández Domínguez en relación con los riesgos psicosociales, sistematizada en cuatro grandes bloques:

1. Factores desencadenantes de los riesgos psicosociales. Se aglutinan en torno a dos grandes grupos: De un lado, elementos derivados de otros riesgos con tratamiento propio en las Jornadas, tales como los musculoesqueléticos, los mecánicos y del ambiente laboral, los químicos y biológicos, la seguridad vial, los hábitos de vida poco saludables, la equipación y las condiciones técnicas, la organización y coordinación... De otro, diversos factores significados por los interesados como causa de riesgos psicosociales:
  - A) Jornada/tiempo de trabajo: tiempos prolongados de trabajo, horarios estrictos vinculados a complementos de productividad, trabajo a turnos, trabajo nocturno, largas rutas internacionales, flexibilidad horaria (jornadas elásticas o tiempos de puesta a disposición), escasos períodos de descanso y sueño insuficiente, etc.
  - B) Tareas rutinarias y repetitivas.
  - C) Aislamiento.
  - D) Entornos de trabajo peligrosos: contactos con “clientes-riesgo”, atracos etc.
  - E) Necesidad de manifestar emociones: ambulancias, funerarias, grúas, experiencias en accidentes anteriores, etc.
  - F) Ambigüedad y conflictos de rol: trabajadores jóvenes e inexpertos/ trabajadores experimentados pero sin motivación.
  - G) Características personales: las cuatro con dimensión jurídica propia (origen, edad, género y capacidad) y las menos accesibles (adicciones, genética o “*The Big Five*”).
  - H) Alteración de la vida personal y familiar.
  - I) Sobrecarga mental: demandas de pasajeros, atención a otros conductores, comportamientos en el medio de transporte o en las vías de circulación,

funciones adicionales (cobro, quebrantamiento de moneda, control de situación, etc.).

2. Consecuencias psicofísicas. Desgaste profesional (*burn out*), inseguridad contractual, estrés/depresión/ansiedad, adicciones (alcohol, drogas, medicamentos, etc.), violencia (interna –acoso– o externa), conflicto trabajo-familia...
3. Efectos en la organización. Se aprecian en distintos ámbitos; así, absentismo/abandono/despido; productividad empresarial, satisfacción, compromiso laboral; accidentes y daños a terceros; conductas laborales contraproducentes; conciliación vida laboral-personal-familiar...
4. Vías de intervención. Se analizan tres ejemplos de buenas prácticas:
  - A) El modelo “*Trim Truckers*” finés: cribado médico/intervenciones de distinto nivel en alimentación-ejercicio/psicólogo laboral.
  - B) El “*sistema social*” de la ATM italiana: análisis cuantitativo y cualitativo de sucesos peligrosos cada mes y reevaluación de riesgos y medidas/las “historias del trabajador” analizadas por el psicólogo y la prevención de la salud mental personalizada/acciones formativas generales (diferencia según nuevo ingreso o veteranía) y específicas (vida personal/familiar, drogas y reconversión profesional).
  - C) Las experiencias de FCC Delegación Tarragona-Lleida y el acuerdo sectorial del sector transportes por carretera sobre control de alcohol, drogas y otras sustancias en Asturias. El plan integral frente a adicciones: elaboración participada/información-formación/detección precoz e intervenciones breves/tratamiento y seguimiento (movilidad-derivación)/recuperación, rehabilitación y reinserción.

#### **IV. FACTORES SUJETIVOS DE INCIDENCIA Y PROPUESTAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA SINIESTRALIDAD Y MORBILIDAD EN EL TRABAJO DE CONDUCCIÓN**

##### **1. Circunstancias o características que pueden incidir en la producción del siniestro. Especial referencia a las variables género, edad, discapacidad y características de la relación (autónoma/por cuenta ajena)**

La jornada final comenzó con la intervención de la Profra. Dra. Beatriz Agra Viforcós, quien desgranó las circunstancias o características capaces de incidir en la producción del siniestro.

1. Factores que inciden en la producción de accidentes de tráfico. Siguiendo una clasificación tradicional y añadiendo a la misma nuevos planteamientos, el esquema seguido es el siguiente:
  - A) Factor humano. Incluye, al menos, errores en la percepción y toma de decisiones, acción de agentes que merman las capacidades, agentes inhibidores de la prudencia y búsqueda intencionada del riesgo y de emociones intensas (normalmente se exterioriza a través de la velocidad).
  - B) Factor vehículo. Existen distintos aspectos del vehículo que afectan a la seguridad: tipo de vehículo, antigüedad, estado y otros (por ejemplo,

- kilómetros recorridos y características del conductor que lo maneja). También aspectos vinculados a la relación conductor-vehículo: deficiencias en mantenimiento y reparación, desconocimiento del funcionamiento de la máquina y sus sistemas por parte del usuario y ergonomía de la información (estrés perceptivo del conductor).
- C) Factor vía. Aspectos que pueden tener que ver con la calzada o vía en sentido estricto, el diseño del entorno de la vía, la climatología y otras incidencias temporales o medidas de control de tráfico y supervisión policial.
- D) Otros factores. Algunos estudios ponen en conexión la siniestralidad con el entorno socioeconómico, señaladamente por el aumento de los vehículos a motor y el consiguiente mayor volumen de tráfico y por el envejecimiento de los usuarios de la vía. La pregunta es si también deben considerarse cuestiones como el género, la edad, la discapacidad o las características de la relación de trabajo.
2. Género. Las conclusiones clásicas han venido siendo que la seguridad vial depende de factores multicausales, de modo que el género interviene junto con edad, factores psicosociales, factores culturales; asimismo, que las mujeres tienen mayoritariamente comportamientos más responsables que los hombres en cuanto a la seguridad vial porque adquieren comportamientos y conductas más seguras.
- Numerosos estudios confirman de un modo u otro, la incidencia del género en la siniestralidad en carretera. Sirvan de muestra el Estudio siniestralidad vial y reincidencia por edad, sexo y lugar de residencia (Fundación Mutua Madrileña) y el Informe del Gobierno vasco “Perspectiva de género y seguridad vial” (febrero 2016).
3. Edad. También existe conexión entre edad y siniestralidad. Las franjas de mayor riesgo son los jóvenes (menores de 30 años) y los ancianos (mayores de 65 años). Por cuanto hace a la reincidencia (Estudio Mutua Madrileña), los datos ofrecen una respuesta clara: los jóvenes de 18-29 años tienen un 75% más de probabilidades de volver a provocar un accidente que el resto de la población.
4. Discapacidad. Debe ser tenida en cuenta desde dos puntos de vista:
- A) Singularidades del conductor con discapacidad. Para obtener un permiso/licencia de conducir la normativa exige reunir las aptitudes psicofísicas y habilidades requeridas para cada clase de permiso o licencia. Tras las oportunas pruebas, se emite informe que declara al conductor apto, apto con condiciones restrictivas o adaptativas o no apto.
- B) La conducción como causa de discapacidad. Cuatro de cada diez minusvalías se producen como consecuencia de accidentes de tráfico. El tráfico deja cada año parapléjicas a 500 personas.
5. Características de la relación de trabajo. ¿Existen diferencias entre los profesionales de la conducción atendiendo a si son autónomos o asalariados? La diferencia esencial reside en la propia legislación, que no sujeta a autónomos y asalariados a un régimen jurídico homogéneo en materia preventiva. La encuesta “Salud y Condiciones de Trabajo en el transporte de mercancías por carretera” (2005) refleja diferencias en la percepción de distintos factores de riesgo.

## **2. Propuestas para la reducción de la siniestralidad y morbilidad en el trabajo de conducción (mesa redonda)**

La última mesa redonda de las jornadas se conformó por la Profra. Dra. M<sup>a</sup> Anunciación Trapero Barreales, el Prof. Dr. Vicente Martín Sánchez, la Profra. Dra. Henar Álvarez Cuesta, el Prof. Dr. Roberto Fernández Fernández y la Profra. Dra. Susana Rodríguez Escanciano.

### **2.1. Seguridad vial**

La Profra. Dra. M<sup>a</sup> Anunciación Trapero Barreales siguió en su discurso un guion a lo largo del cual se desarrollaron los aspectos siguientes, que sirvieron para recapitular gran parte de los aspectos tratados a lo largo de las jornadas, añadiendo la necesaria referencia a las medidas a seguir para mejorar el estatus quo existente:

1. Conceptos: accidente in itinere y accidente en jornada (incluye el accidente en misión).
2. Factores que intervienen en el accidente laboral: factor humano, vehículo, vía, entorno, gestión de la actividad empresarial.
  - A) El factor humano: especial atención al consumo de drogas, estupefacientes, medicamentos. La fatiga, el estrés, el sueño. El uso del móvil y otros dispositivos.
  - B) El vehículo: medidas de seguridad activa o primaria, seguridad pasiva o secundaria, seguridad terciaria.
  - C) La vía: el diseño, la planificación, la construcción, el mantenimiento. Componentes de la vía. Las señales.
  - D) El entorno: visibilidad, iluminación. Condiciones climatológicas.
  - E) Gestión de la actividad empresarial: aspectos como la planificación de las rutas, la programación del trabajo, el nivel de productividad exigido, las políticas de remuneración, la gestión de las comunicaciones, etc.
3. Plan de seguridad vial.
  - A) Fase de diagnóstico: características de la empresa, información sobre movilidad de los trabajadores, análisis accidentes laborales viales, condiciones reales de trabajo, gestión de los desplazamientos en la empresa.
  - B) Evaluación de riesgos: diferenciación entre accidentes in itinere/en jornada, colectivos prioritarios.
  - C) Plan: definición de los objetivos, selección de acciones, búsqueda de apoyos y colaboración (con empresas, Administraciones Públicas, Mutualidades, Fundaciones...).
  - D) Implantación del plan: planificación de las actividades a desarrollar, comunicación a los trabajadores, en su caso adecuación de instalaciones y equipos, procedimiento para el seguimiento.
  - E) Seguimiento/Evaluación: indicadores (de resultado/de actividad), análisis y evaluación de los indicadores, en su caso medidas correctivas o revisión de las inicialmente adoptadas.

4. Catálogo de medidas o acciones para la prevención de accidentes laborales viales:
  - A) Acciones orientadas a influir sobre el factor humano.
    - a) Conductor desde la formación. Cursos de formación en seguridad vial, formación en conducción segura de vehículos, elaboración de un Manual para la prevención de accidentes, simulador de conducción, jornadas formación en seguridad vial.
    - b) Conductor desde la concienciación/sensibilización. Campañas divulgativas de concienciación en seguridad vial, vigilancia de la salud y consejo sanitario, seguridad vial en el entorno familiar, plan para promocionar uso del transporte público.
  - B) Acciones orientadas a mejorar la seguridad del vehículo. Plan de dotación de elementos de seguridad, criterios de seguridad en las flotas de vehículos de la empresa, plan de revisión y mantenimiento de la flota de vehículos, instalación de dispositivos alcolock.
  - C) Acciones orientadas a influir sobre la vía/el entorno. Señalización de riesgos, alertas de tráfico, mejoras acceso al centro de trabajo.
  - D) Acciones orientadas a la gestión empresarial:
    - a) Gestión de los desplazamientos. Servicios de autobús de ruta y lanzaderas, programa coche compartido, fomento desplazamientos en bicicleta, adaptación horarios de trabajo, gestión desplazamientos en misión, planificación rutas, gestión aparcamientos con criterios seguridad vial, subvención coste billetes transporte público, creación gestor desplazamientos.
    - b) Comunicaciones. Política clara sobre las comunicaciones, instalación de aplicaciones Email&Drive.

## 2.2. Hábitos de vida saludables

El Prof. Dr. Vicente Martín Sánchez se ocupó de conectar la morbilidad en carretera con los hábitos de vida.

Entendemos por hábitos de vida saludable todas aquellas conductas y/o comportamientos que nos son propios y tienen un claro efecto sobre nuestra salud. Estos hábitos son los principales responsables del nivel de salud de las poblaciones y los individuos y están muy enraizados en el ambiente económico, social y cultural en el que nos desenvolvemos.

El ambiente laboral es uno de los escenarios donde más tiempo pasan la mayoría de los ciudadanos y por ello de los de mayor influencia en la salud individual y colectiva. En este sentido no es de extrañar que entre los escenarios prioritarios para promocionar la salud de los individuos y las poblaciones se encuentre el mundo laboral. Por un lado, la promoción de la salud en el entorno laboral es bueno para los trabajadores y la sociedad, pero por otro, contar con trabajadores sanos y motivados es bueno para las empresas e instituciones. De manera que, si el lugar de trabajo es un lugar promotor de la salud en sentido amplio, no solo en lo referido a las condiciones de trabajo, los beneficios individuales, sociales y empresariales serán óptimos.

En pocas palabras, promoción de la salud significa hacer que las opciones más saludables sean las de más fácil elección por las personas, y en el caso que nos ocupa por los trabajadores. Si como hemos comentado, los hábitos de vida son los principales determinantes de la salud y los principales causantes de enfermedad, la promoción de hábitos de vida saludable debe de ser una prioridad en el trabajo, pero no solo los hábitos relacionados con el lugar de trabajo, también con los hábitos de vida del propio trabajador. Promocionar la actividad física, la alimentación sana y equilibrada, el no consumo de drogas legales o ilegales, facilitar y promover el descanso nocturno, etc., se puede realizar también desde el lugar de trabajo.

En el caso que nos ocupa, la conducción, es un paradigma de todo lo hablado hasta ahora. Los accidentes de tráfico o conducción son un problema relevante de salud pública a nivel mundial y más de tres cuartas partes de estos accidentes se deben a comportamientos humanos relacionados la mayoría de ellos con los hábitos insanos.

La promoción de estos hábitos se basa en tres aspectos fundamentales de la educación para la salud. Que sepamos que tiene influencia en nuestra salud; que queramos adoptar aquellos hábitos o comportamientos saludables y finalmente que podamos adoptar esos hábitos para lo que el ambiente, en este caso labora, es fundamental para su puesta en práctica.

Y un último aspecto a reseñar en esta breve introducción es comentar la paradoja de la prevención. Este fenómeno, puesto de manifiesto por Geoffrey Rose, son informa que pequeños riesgos en mucha población expuesta supone una mayor carga de enfermedad y muerte que grandes riesgos en poca población expuesta. Pequeños cambios de hábitos de vida en mucha población tienen un mayor efecto en la salud colectiva que grandes inversiones que alcanzan a una pequeña parte de la población.

### **2.3. Planes de movilidad**

De explicar este novedoso instrumento se encargó la Profra. Dra. Henar Álvarez Cuesta, quien comenzó recordando como los accidentes de tráfico siguen constituyendo una de las principales causas de mortalidad; es más, 800 trabajadores han perdido la vida en horario laboral, según los datos de la Dirección General de Tráfico en 2014. Según cifras del Ministerio de Empleo, en el periodo enero-febrero de 2015 se han producido un total de 76.224 accidentes de trabajo con baja, de los cuales 10.827 fueron accidentes *in itinere*.

Para luchar contra ellos, evitarlos y llegar a su erradicación, como en tantas otras ocasiones, la prevención juega un papel vital y en este caso los planes de movilidad constituyen el arma por excelencia para lograrlo. Su finalidad consiste en reconducir los desplazamientos recurrentes que se efectúan todos los días por motivo de trabajo hacia modos de transporte social y ambientalmente más sostenibles. Por cuanto aquí importa, cabe destacar dos posibles significados de los planes de movilidad, ambos estrechamente relacionados: de un lado, el llevado a cabo desde el Derecho Urbanístico y por otro el pactado o implantado dentro de una empresa.

1. En cuanto hace al primero, de conformidad con la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de diciembre de 2015, sobre movilidad urbana sostenible, la movilidad en la Unión Europea sigue en gran parte basada en el uso de vehículos privados de propulsión convencional y que, por consiguiente, el transporte europeo depende en un 96% del petróleo o sus derivados en lo que a sus necesidades energéticas se refiere, lo que representa aproximadamente una tercera parte del consumo total de energía.

El transporte urbano genera alrededor del 25 % del total de las emisiones de CO<sub>2</sub> y aproximadamente el 70 % de todas las emisiones en las zonas urbanas responsables del cambio climático y que es el único sector de la UE cuyas emisiones de gases de efecto invernadero continúan aumentando, no en vano, según datos del Eurobarómetro Especial 406 publicado en 2013, aproximadamente el 50 % de los ciudadanos europeos utiliza a diario el vehículo privado, mientras que solo el 16 % utiliza el transporte público y el 12 % la bicicleta. Sin embargo, cerca del 50 % de los desplazamientos en las zonas urbanas no superan los 5 km., y que, por ello, en numerosas ciudades podrían realizarse a pie, en bicicleta, en transporte público/colectivo o en cualquier otro medio de transporte, como los recorridos compartidos.

El Parlamento Europeo, por tanto, en la Resolución de 2015, expresa su convencimiento de que los planes de movilidad urbana sostenible a largo plazo, apoyados por las tecnologías de la información y las comunicaciones, son instrumentos importantes para facilitar soluciones adecuadas y en materia de movilidad segura a todos los ciudadanos; anima a las autoridades de los Estados miembros a que elaboren planes en materia de movilidad urbana sostenible que concedan la prioridad a los modos de transporte que producen menos emisiones, incluida la electromovilidad y los vehículos propulsados por combustibles alternativos, lo que engloba a los sistemas de transporte inteligentes; apoya el establecimiento de zonas de tráfico y de plataformas intermodales que concedan la prioridad al uso del transporte público; y pide a las ciudades que evalúen cuidadosamente las necesidades de los ciudadanos y de las empresas y las características específicas de los modos de transporte para garantizar la movilidad sostenible en las ciudades y que adopten las medidas necesarias para mejorar la calidad de vida en las ciudades fomentando un cambio modal hacia modos de transporte sostenibles, incluido el caminar y la bicicleta, y promoviendo una política intermodal y/o comodal integrada.

En consecuencia, para mejorar la movilidad urbana, parecen medidas la disminución de los precios del transporte público (59 %), la mejora del servicio de transporte público (56 %) y la mejora de las infraestructuras para bicicletas (33 %).

Para ello, el Parlamento considera que la Comisión debe analizar el impacto que tendrían en la sociedad las nuevas formas de movilidad basadas en el modelo de la economía compartida, en particular el uso compartido de vehículos; hace hincapié en que un transporte público altamente desarrollado, eficiente, asequible, seguro y accesible es una parte integral de un desarrollo urbano sostenible; destaca que los servicios de coches compartidos, recorridos compartidos y coches colectivos utilizan mejor los recursos existentes y contribuyen a reducir el número de coches en las

ciudades; reconoce la importancia de los programas europeos de navegación por satélite Galileo y EGNOS y de las redes móviles de alta velocidad; apoya la elaboración de un marco regulador que permita el uso de nuevas formas de movilidad y de nuevos modelos de reparto que hagan un mejor uso de los recursos existentes; reconoce la calidad y la diversidad del empleo que ofrecen los operadores de transporte público y los beneficios asociados para la economía; anima a los Estados miembros a fomentar, donde proceda, el uso de la bicicleta; y, en fin, anima a las empresas privadas, las administraciones y las instituciones de la UE a que sigan mejorando los servicios de gestión de la movilidad para sus miembros, personal y visitantes; pide a la Comisión y a los Estados miembros que impulsen políticas destinadas a estimular a las empresas para que reduzcan los desplazamientos de ida y vuelta al lugar de trabajo, permitiendo y fomentando el teletrabajo y promoviendo el uso de las TIC y las teleconferencias, entre otras medidas; considera que las medidas de movilidad, como las coordinadas por la Plataforma Europea de Gestión de la Movilidad (EPOMM), poseen un gran potencial para resolver la congestión urbana y ofrecer accesibilidad para todos.

En el ámbito interno, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, hace una llamada a la negociación colectiva en su art. 16.2.a) para que considere la introducción de la movilidad sostenible dentro del contenido convencional. Desde el punto de vista normativo, resulta de interés reseñar las leyes promulgadas recientemente en materia de movilidad por las Comunidades Autónomas; así sucede con la pionera, Ley 9/2003, de 13 de junio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña; y con las que siguen su estela (Ley 6/2011, de 1 de abril, de Movilidad de la Comunidad Valenciana; Ley 4/2014, de 20 de junio, Ley de Transporte Terrestre y Movilidad Sostenible de Illes Balears). Todas ellas toman en consideración, como es lógico, los trayectos destinados a trabajar, y prevén planes de movilidad sostenible teniendo en cuenta las áreas destinadas a la realización de actividad productiva.

2. Respecto al segundo, y por cuanto hace a los planes de movilidad diseñados en las empresas para propiciar un transporte más seguro para los trabajadores, además del impulso dado por el legislador, no cabe duda que los sindicatos juegan un papel fundamental en el trabajo por lograr un sistema de movilidad más social, ecológico y eficiente y una (quizá la mejor) de las vías para lograrlo es la negociación colectiva.

Sin embargo, a la hora de la verdad, escasos son los convenios que incorporan auténticos compromisos de sostenibilidad y protección medioambiental, e implantan planes de movilidad empresarial o planes de movilidad sostenible que reduzca los accidentes de trabajo *in itinere* y las emisiones contaminantes.

Los principales objetivos de un Plan de Movilidad Sostenible negociado habrían de ser: reducir la movilidad motorizada individual; disminuir los impactos ambientales producidos por el desplazamiento al trabajo; disminuir el consumo energético del desplazamiento al centro de trabajo; bajar el nivel de congestión circulatoria; colaborar a reducir el número de accidentes *in itinere*; garantizar la equidad en el acceso al puesto de trabajo; en fin, destaca la preocupación por la movilidad sostenible en las empresas como punto de partida para fomentar la integración de las mujeres e

inmigrantes (sin permiso de conducir), minimizar costes a la empresa (en materia de responsabilidad civil, recargos o sanciones administrativas) y reducir el impacto ambiental.

Para ello, las acciones propuestas son múltiples y en un elenco no exhaustivo cabe mencionar las siguientes: fomentar el uso de medios no motorizados; promover la transferencia de los modos de transporte privados individuales a los públicos colectivos; o la aplicación de un sistema de coche compartido.

De manera específica se propone adoptar la figura de un coordinador de movilidad en el que se aúnen distintas iniciativas de aplicación según la situación, necesidades y características de la empresa.

**3.** No sólo con un fin preventivo de los accidentes *in itinere*, la movilidad sostenible también forma parte de la Estrategia Española de Desarrollo Sostenible de 2007, la cual “exige mejorar la gestión de los sectores productivos, promover la adopción de mejoras tecnológicas, optimizar las redes de transporte tanto de energía como hidráulicas, facilitar el cambio modal en el uso del transporte, controlar las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras sustancias contaminantes y aumentar la valorización económica de los residuos, así como formar, informar y concienciar a los ciudadanos y las empresas de los beneficios de estas medidas”.

En este último sentido, el transporte de personas y mercancías dentro de un plan de movilidad sostenible conforma un sector de actividad vinculado al empleo verde, como el resultado de aplicar políticas de movilidad sostenible generadoras de empleo en condiciones de trabajo decente. Como ejemplos, cabe destacar la apuesta por vehículos con menos consumo de combustible; híbridos-eléctricos, eléctricos y con pilas de combustible; compartidos; transporte público; transporte no motorizado (utilizar la bicicleta, caminar) y cambios en las políticas de utilización de la tierra y pautas de asentamiento (para reducir la distancia y la dependencia del transporte motorizado).

## **2.4. Organización, coordinación, participación**

El Prof. Dr. Roberto Fernández Fernández pormenorizó algunos aspectos de la legislación preventiva, relacionados con diversos aspectos organizativos, con capacidad para incidir en la materia desde el punto de vista de una mejor gestión.

**1.** Organización de la actividad preventiva. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y, en su desarrollo el Reglamento de los Servicios de Prevención, obliga al empresario a organizar la actividad preventiva dentro de la empresa, si bien pone a su alcance las tres posibilidades fundamentales, habida cuenta de que “en cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa” (art. 30.1 LPRL). Cada una de estas hipótesis plantea singularidades y cuenta con sus ventajas e inconvenientes, oportunamente desgranadas en la exposición.

**2. Coordinación entre empresarios.** El art. 24 LPRL, y en su desarrollo el RD 171/2004, establecen la obligación de cooperación en la aplicación de la normativa en materia preventiva para todas aquellas empresas cuyos trabajadores coincidan en el desarrollo de su actividad en un mismo centro de trabajo. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley (art. 24.1 LPRL).

Por su parte, el empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores (art. 24.2 LPRL). Si sus trabajadores desarrollan actividades en el centro de trabajo, debe cumplir las obligaciones de cooperación impuestas a todos los concurrentes (art. 6 RD 171/2004), correspondiéndole la iniciativa para establecer los medios de coordinación (art. 12 RD 171/2004), la designación de los coordinadores y, en su caso, la ampliación de sus funciones (art. 14.1 RD 171/2004). Además, a él compete en todo caso informar y dar instrucciones a los otros empresarios (y a los autónomos), antes del inicio de actividades y cuando se produzcan cambios relevantes, sobre los riesgos existentes en el centro de trabajo, las medidas de protección/prevención correspondientes y las medidas de emergencia (arts. 24.2 LPRL y 7 y 8 RD 171/2004).

Cuando el empresario principal contrate obras o servicios correspondientes a su propia actividad para ser desarrollados en sus centros de trabajo, debe vigilar que los contratistas, subcontratistas o autónomos contratados cumplen las obligaciones preventivas que les competen (arts. 24.3 LPRL, 10.1 RD 171/2004 y 8.4 Ley 20/2007). Respecto a los empleados de las contratistas o a los autónomos que no presten servicios en su centro de trabajo, la principal sólo asume una obligación: si operan con maquinaria, equipos, productos... proporcionados por ella, debe trasladarles la información procedente de fabricantes, importadores y/o suministradores (arts. 24.5 y 41 LPRL).

**3. Participación y representación de los trabajadores.** La LPRL otorga gran importancia a la participación de los trabajadores (habitualmente plasmada en derechos de información y consulta), reconociéndole una triple condición: es un principio general de prevención (art. 2 LPRL); es un derecho de los trabajadores (art. 34 LPRL), y su garantía es un deber empresarial (art. 18 y Capítulo V LPRL).

En cualquier caso, esta participación suele llevarse a efecto a través de representantes; en concreto, a los unitarios y sindicales les corresponde, en los términos recogidos en la normativa de aplicación, “la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos en el trabajo”, para lo cual “ejercerán las competencias que dichas normas establecen en materia de información, consulta y negociación, vigilancia y control y ejercicio de acciones ante las empresas y los órganos y tribunales competentes” (art. 34.2 LPRL). Junto a ellos, la LPRL contempla canales específicos de participación y representación en materia preventiva:

- A) Los delegados de prevención, que “son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo” (art. 35.1 LPRL).
- B) El comité de seguridad y salud, que “es el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos” (art. 38.1 LPRL) y está formado, de una parte, por los delegados de prevención y, de otra, por el empresario y/o sus representantes en número igual (art. 38.2 LPRL). Cabe tanto el comité de seguridad y salud conjunto, por analogía con el regulado en el Estatuto de los Trabajadores, como el comité intercentros en las empresas con varios centros dotados de comité de seguridad y salud (art. 38.3 LPRL).
- C) Instancias de participación y representación previstas en convenio. El art. 35.4.pfo.2º LPRL permite al convenio otorgar las competencias reconocidas en la LPRL a los delegados de prevención a órganos específicos de origen convencional, teniendo en cuenta que “dichos órganos podrán asumir, en los términos y conforme a las modalidades que se acuerden, competencias generales respecto del conjunto de los centros de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o del acuerdo, en orden a fomentar el mejor cumplimiento en los mismos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales”.

## **2.5. Equipamiento y condiciones técnicas de los vehículos**

La mesa redonda se cerró con la intervención de la Profra. Dra. Susana Rodríguez Escanciano, quien habló de lo relativo al equipamiento y condiciones técnicas de los vehículos, señalando que, entre las actuaciones a adoptar para evitar (o al menos reducir) la elevada accidentabilidad obrante en el sector analizado, ocupa un lugar muy destacado el hecho de que el vehículo cuente con un equipamiento técnico óptimo y con unos dispositivos de seguridad idóneos, no en vano, y como ha señalado el Tribunal Supremo, “uno de los requisitos para que la circulación por calles y carreteras se realice de la forma adecuada es, sin duda, que los vehículos que las transiten se encuentren en correcto funcionamiento, pues sus deficiencias mecánicas y estructurales pueden incidir, y de hecho inciden, en la producción de accidentes, con las consiguientes secuelas que ello comporta” (STS, Cont-Admtivo, 13 octubre 1997), singularmente manifiestas para los trabajadores que prestan sus servicios en los mismos.

La propia Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en su art. 55, sienta con total rotundidad que “los vehículos con los que se realicen los transportes públicos y privados... deberán cumplir las condiciones técnicas que resulten exigibles según la legislación industrial, de circulación y seguridad”.

Cuando el medio de circulación se convierte en el lugar de trabajo, tal y como prevé el art. 1.2 a) Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, surgen, para el empresario, una serie de obligaciones preventivas de carácter general: evitar los riesgos, evaluar las amenazas inevitables, combatir las amenazas en su origen, adaptar el trabajo a la persona, tener en cuenta la evolución de la técnica, sustituir los factores peligrosos por los que entrañen menor o ningún peligro, planificar la prevención, anteponer la

protección colectiva a la individual y dar las debidas instrucciones a los trabajadores. Complemento indispensable de este deber genérico de tutela es la obligación, más específica pero no menos importante, de poner a disposición del asalariado un medio de transporte dotado de los suficientes elementos de seguridad y con óptimas condiciones de acondicionamiento, máxime cuando es dicho instrumento la herramienta fundamental de trabajo.

Un dilatado elenco de normas jurídicas, de diferente rango y condición, confluyen en esta materia, exigiendo un enorme esfuerzo sistematizador en aras a clarificar un panorama en exceso complicado. A tal fin –y en una primera aproximación–, procedería efectuar un estudio diferenciado de los requisitos técnicos a cumplir por los distintos tipos de vehículos implicados en el transporte por carretera, siguiendo a tal efecto la clasificación establecida en el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, cuyo anexo II.C, distingue, atendiendo a los “criterios de utilización”, los siguientes: “escolar, escuela de conductores, urbano, corto recorrido, largo recorrido, derivado de camión, plataforma, caja abierta, portacontenedores, jaula, botellero, portavehículos, silo, basculante, dumper, batería de recipientes, caja cerrada, capitoné, blindado, isoterma, refrigerante, frigorífico, calorífico, cisterna, cisterna isoterma, cisterna refrigerante, cisterna frigorífica, cisterna calorífica, góndola, todo terreno, taxi, alquiler, autoturismo, ambulancia, servicio médico, funerario, bomberos, RTV, taller o laboratorio, biblioteca, tienda, exposición u oficinas, grúa de arrastre, grúa de elevación, basurero, hormigonera, vehículo para ferias, estación transformadora móvil, extractor de fangos, autobomba, grupo electrógeno, compresor, carretilla transportadora elevadora, barredora, bomba de hormigonera, perforadora, excavadora, retro-excavadora, cargadora, cargadora retro-excavadora, trailla, niveladora, compactador vibratorio, compactador estático, riego asfáltico, pintabandas y quitanieves”.

Ahora bien, afrontar un análisis de las condiciones físicas y ergonómicas exigidas para los vehículos utilizados en cada una de las categorías enunciadas pondría enseguida de manifiesto cómo muchas de ellas presentan infinidad de aspectos comunes provocando reiteraciones innecesarias. Un racional esfuerzo de síntesis obliga, por tanto, a centrar la atención, primero, en las condiciones técnicas generales que deben de cumplir todos –cualquiera que sea su perfil– los vehículos de motor, sus partes y sus piezas (art. 11 Real Decreto 2822/1998), sin dejar de descender, después, al detalle de algunas especialidades aplicables a determinados modelos dotados de regulación propia (transporte escolar, de viajeros, mercancías peligrosas, sanitario y funerario, de animales, para la extinción de incendios y autotaxi).

Al tiempo, es menester aclarar también de entrada que, a los efectos del objeto y finalidad de este estudio, no se puede prescindir del análisis, como paso previo, de una serie de trámites administrativos a observar por cualquier medio de transporte antes de su puesta en circulación, no en vano la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, pretende combinar en este marco el principio de libre economía y el de mercado con el de ejercicio de facultades públicas, correspondiendo a los poderes gubernativos la misión de procurar la eficaz prestación de los servicios de titularidad pública, así como las funciones de policía o fomento de

los de titularidad privada (art. 4). En consonancia, la legislación de transportes regula las obligaciones de homologación, autorización y registro, así como de inspección técnica, sobre las cuales se va a insistir seguidamente. Todo ello sin olvidar cómo el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, regula tres obligaciones en relación con la circulación de los vehículos: la obtención del permiso de circulación dirigido a comprobar que están en perfecto estado (art. 66), la disposición de la documentación de sus características (art. 67) y la colocación de la matrícula (art. 68).

## **V. APLICACIÓN DE UN PLANTEAMIENTO CAUSAL EN LA EPIDEMIOLOGÍA DE LAS LESIONES A CONSECUENCIA DEL TRÁFICO**

La conferencia de clausura corrió a cargo del Prof. Dr. Eladio Jiménez Mejías, de la Universidad de Granada, quien enfocó su ponencia desde un planteamiento epidemiológico.

Cadena epidemiológica de las lesiones consecuencia del tráfico (lct). Se trata de un modelo epidemiológico originalmente desarrollado para explicar, a nivel ecológico, las diferencias entre países o regiones en las tasas de mortalidad por AT, así como su evolución temporal. Según este modelo, que aplicado a nivel agregado se conoce usualmente como análisis de descomposición, la variabilidad geográfica y/o temporal en las tasas de mortalidad es el resultado de la variabilidad de sus tres componentes: intensidad en la exposición (exposición / N habitantes), accidentalidad (accidentes / N unidades exposición) y letalidad (defunciones / N accidentes).

Puesto que, a nivel ecológico, es posible obtener indicadores para cada uno de los tres componentes anteriormente definidos, es posible descomponer las tasas de mortalidad de una unidad ecológica en estos tres teóricos componentes. Matemáticamente: Tasa de mortalidad = Tasa de exposición x Tasa de accidentalidad x Tasa de letalidad.

La aplicación de estos modelos ha sido relativamente amplia en los últimos años. Sin embargo, una vez alcanzado este nivel de descomposición, la falta de información con el suficiente nivel de desagregación impide descender un escalón, a la hora de identificar cuáles son los factores determinantes de cada uno de los tres componentes antes citados.

Es evidente que el análisis de descomposición contiene, implícitamente, una formulación causal en términos secuenciales, que puede expresarse tanto a nivel ecológico como individual, y cuyo nivel de segregación (el número de elementos de la secuencia) podrá detallarse en mayor o menor medida, en función de que seamos capaces de identificar más o menos eslabones intermediarios relacionados con factores de riesgo específicos. Así, desde la perspectiva ecológica, el volumen de muertes por AT ocurrido en una población sólo puede ocurrir entre aquellos miembros de dicha población lesionados en el AT. Éstos, a su vez, serán una fracción del total

de sujetos implicados en el conjunto de AT ocurridos. Finalmente, los AT sólo pueden darse entre las personas expuestas al riesgo de sufrirlos, que serán una parte de la población total. La representación de esta secuencia puede hacerse en forma de pirámide (Figura 1), que refleja gráficamente cómo el volumen de muertes no es más que una fracción relativamente pequeña –la cúspide–, que procede de una población general –la base–, que ha debido atravesar sucesivos escalones antes de alcanzar (por desgracia), la cima de la pirámide.

**Figura 1. Pirámide Causal de las LCT**

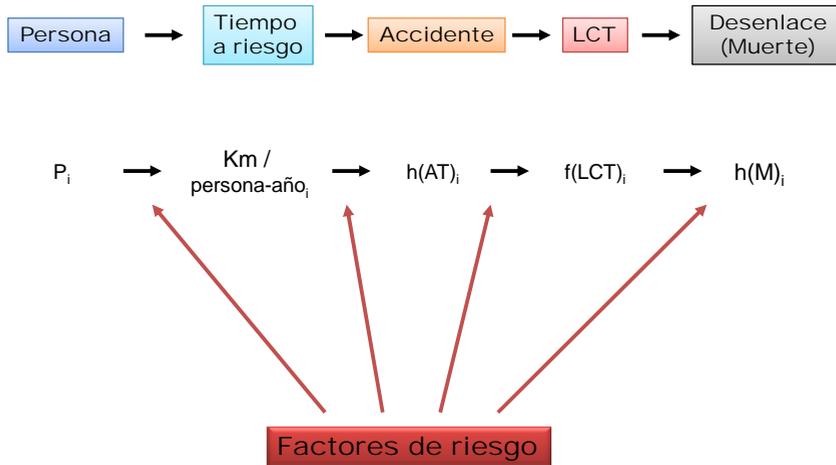


Como queda reflejado en la figura, la intensidad de paso de un escalón de la pirámide al inmediatamente superior depende de los componentes del modelo de descomposición mencionado anteriormente (con la salvedad de que, en la secuencia descrita en la pirámide, la letalidad aparece ahora descompuesta en lesividad (lesionados/N accidentes) y letalidad propiamente dicha (defunciones/N lesionados). La lesividad dependería, a su vez, de la intensidad de la transferencia de energía a los sujetos implicados en el AT, mientras que la letalidad se relacionaría con la gravedad (el pronóstico), de las lesiones.

No es difícil extrapolar este planteamiento secuencial a un abordaje causal individual de las LCT. Desde esta perspectiva, para que una persona muera por una LCT es necesario que previamente sufra una LCT, la cual sólo puede haberse producido tras haber sufrido un AT. Éste, a su vez, sólo puede haber ocurrido en un sujeto expuesto. Es fácil, a partir de este razonamiento, expresar el riesgo de muerte por AT (o cualquier otro desenlace indeseable), como el resultado de una cadena de eventos, cada uno de los cuales está asociado a un riesgo específico de aparición, en función del efecto de un conjunto de factores o marcadores de riesgo. Este planteamiento en términos de cadena causal de eventos permite, por una parte, descomponer el riesgo del desenlace final en términos de probabilidades condicionadas o, en última instancia, de hazards (de estar expuesto, de sufrir un accidente, de sufrir una lesión,

de morir). Por otra, permite individualizar el efecto y la magnitud de los factores de riesgo separadamente sobre cada uno de los marcadores (periodos a riesgo, probabilidades condicionadas o hazards) asociados a cada eslabón de la cadena. La Figura 2 ilustra gráficamente la cadena causal de las LCT.

**Figura 2. Cadena causal de las LCT**



En esta figura, la fila superior representa los eventos a tener en cuenta en la cadena causal; la fila inferior refleja la forma de estimar la intensidad de cada uno de ellos en un sujeto determinado ( $P_i$ ):  $h(A)_i$  sería la estimación del hazard de sufrir un AT a lo largo del período a riesgo en el sujeto  $i$ ;  $f(LCT)_i$  sería la probabilidad de sufrir una LCT en el sujeto  $i$ , condicionada a haber sufrido un AT; finalmente,  $h(M)_i$  sería el hazard de morir del sujeto  $i$  condicionado a haber sufrido una LCT.

El planteamiento de la causalidad de las LCT basado en una secuencia o cadena de eventos no es particularmente novedoso; ya el eje vertical de la matriz de Haddon delimita una secuencia temporal sobre la que actúan los diversos factores de riesgo. Probablemente, la aportación más relevante de este enfoque causal sea que, al centrarlo en la secuencia temporal y no tanto en el origen de los factores de riesgo (el eje horizontal de la matriz de Haddon), cambia la forma de orientar la metodología de estudio de la epidemiología analítica de las LCT: en lugar de centrarla sobre los factores de riesgo lo hace sobre los eventos de la cadena causal.

En conclusión, el método epidemiológico es plenamente aplicable a la epidemiología analítica de las LCT. Bajo esta perspectiva, es posible modelizar las LCT según una cadena causal constituida por diferentes eslabones. Así, el que un sujeto se accidente o finalmente resulte lesionado o muera, va a depender de una serie de factores y/o marcadores de riesgo que actúan a diferentes niveles de esta cadena. El conocimiento de dichos factores y/o marcadores nos coloca sin duda en una ventajosa posición para su prevención y rompe con el sentido fortuito y no prevenible del término accidente.

## **RELATORIAS DE LAS II JORNADAS NACIONALES DE DERECHO Y CIBERSEGURIDAD**

Evento académico desarrollado los días 19 y 20 de octubre de 2016, en el Salón de Grados de la Escuela de Ingenierías Industrial e Informática de la Universidad de León, coordinado por D. Francisco Pérez Bes (Secretario General de INCIBE, Abogado, Especialista en Derecho TIC) y por Dña. Isabel Durán Seco (Profesora Contratada Doctora, Acreditada Profesora Titular, de Derecho Penal de la Universidad de León)

**PRIMERA PONENCIA: "Escenario legislativo y tendencias regulatorias en el ámbito de la ciberseguridad"**

Ponente: **D. Francisco Pérez Bes**, Secretario General de INCIBE, Abogado, Especialista en Derecho TIC

Modera: **Dña. María José Santos**, Abogada, Coordinadora Departamento Jurídico de INCIBE

Relatoría: **Dña. Natalia Torres Cadavid**, Investigadora predoctoral del Área de Derecho penal de la Universidad de León

Una vez concluida la Inauguración de las II Jornadas Nacionales de Derecho y Ciberseguridad, la moderadora de la primera ponencia, Dña. María José Santos González, presenta al ponente, D. Francisco Pérez Bes, y sin dilaciones le concede la palabra. El ponente comienza su intervención con una introducción sobre el momento histórico que estamos viviendo, en el que no estamos presenciando una serie de cambios sino, en sí mismo, un cambio de época. Explica cómo en la última década han surgido servicios que han cambiado el mundo, la manera de comunicarnos y la forma de hacer negocios, tales como Facebook, Twitter, YouTube, Uber, Airbnb, Snapchat, Instagram, Fitbit, Spotify, Dropbox, Whatsapp, Nest, Box, Hulu o Jet. Los cuales plantean serios e importantes retos sociales pero también retos regulatorios. El ponente explica que los retos regulatorios a los que en la actualidad se enfrentan los diferentes países están relacionados con la determinación de los límites que deben tener los avances cibernéticos y tecnológicos que cada día van aumentando en número. En particular se refiere a los siguientes avances y a los riesgos que llevan aparejados: a) el big data y los problemas de privacidad relacionados con su análisis; b) los drones y los problemas relacionados con la privacidad (en grabaciones por ejemplo), con los usos militares y riesgos de usos criminales y terroristas, y la incidencia en vuelos cercanos a infraestructuras críticas; c) los coches sin conductor y las dudas que plantea la posibilidad de su regulación, por ejemplo la moral de los algoritmos que se diseñan

para tomar decisiones, ¿cómo tomar la decisión entre atropellar tres peatones o colisionar con otro coche en el que viajan cuatro personas?; d) el llamado internet de las cosas y los riesgos relacionados con la privacidad, al tener toda clase de aparatos conectados a Internet, e incluso la seguridad de los usuarios; e) el *cloud computing* y las herramientas de cifrado para garantizar la ciberseguridad; f) los avances tecnológicos en salud y las dudas relacionadas con la ética de estas modificaciones en los cuerpos de las personas, además de ciertas preguntas que surgen en este contexto, por ejemplo, cuándo una máquina podrá tener estatus de ser humano. A continuación Pérez Bes se refiere al estado actual de la legislación señalando los diferentes cuerpos normativos, entre ellos el Código de Derecho de la Ciberseguridad que se trata de una compilación de normas que existen en España y que regulan la materia de la Ciberseguridad. La normativa sectorial, representada por la Ley General de Telecomunicaciones y la Ley de Servicios de Seguridad de la Información. La Directiva NIS para la seguridad de redes y sistemas de información, la cual le plantea a España importantes retos en materia de liderazgo en la elaboración de normativas europeas y en el proceso de trasposición a la legislación nacional. Y finalmente, el Reglamento General de Protección de Datos y el Reglamento de Identidad Electrónica y Servicios de confianza, que completan el marco regulatorio. Ahora bien, el ponente puntualiza que todos estos retos y esfuerzos regulatorios se encuadran en el marco estratégico de la ciberseguridad en España, el cual fue diseñado en el año 2013 y que sirve de fundamento al Gobierno de España para desarrollar las previsiones de la estrategia de seguridad nacional en materia de protección del ciberespacio. Este documento se creó con el fin de implantar de forma coherente y estructurada acciones de prevención, defensa, detección, respuesta y recuperación frente a las ciberamenazas. No obstante, precisa que más allá del ámbito de los ciberdelitos, que parece ser el contexto en el que se concentra toda la atención actual, la ciberseguridad también está relacionada con la prevención y con la reacción oportunas. Para terminar, Pérez Bes presenta los retos y oportunidades que plantea la ciberseguridad para el mundo de la abogacía: a) capacitación, formación y especialización para la gestión de oportunidades de negocio en asesoramiento jurídico en las empresas (en particular IICC); b) acciones de concienciación y difusión, como BYOD (Conan, Servicio antibotnet), herramientas gratuitas de INCIBE para identificar problemas de ciberseguridad en las terminales electrónicas; c) planes de *compliance*, lo que trasciende el campo del *compliance officer* en materia penal a otros ámbitos también (DPO – protección de datos); d) nuevas tendencias de investigación, por ejemplo en el Derecho de seguros, en los ciberdelitos y en el manejo de la privacidad; e) responsabilidad legal relacionada con la implementación de mecanismos de ciberseguridad (contractual, extracontractual, de los administradores); f) en el contexto de la responsabilidad social empresarial todas las buenas prácticas que se desarrollen en materia de ciberseguridad pueden transformarse en responsabilidad social empresarial; g) deontología profesional, en la protección del secreto profesional; y finalmente, e) en la Universidad como centro capacitador en demanda sofisticada “investigación”, el ponente precisa que considera que la Universidad es el ámbito en el que deben abrirse espacios para formar a los futuros profesionales e investigadores que puedan satisfacer las necesidades del mercado en el ámbito de la ciberseguridad. Para discutir y establecer un marco de trabajo mutuo en este contexto, menciona el ponente, en el 2015 el INCIBE y el Consejo General de la Abogacía suscriben un acuerdo de colaboración, para la concienciación y preparación de los

abogados, en el que se trabaje en la difusión de las obligaciones, pero también de las oportunidades que da la ciberseguridad.

#### Comentarios de la relatora

En la actualidad nos encontramos ante todo un nuevo escenario de avances tecnológicos y cibernéticos que plantea serias dudas en materia de privacidad, seguridad y ética, el cual demanda un marco regulatorio que vaya al mismo ritmo y pueda dar respuesta a la incorporación de estos cambios a la vida cotidiana de las personas, al intercambio empresarial, a las actividades de los organismos no gubernamentales y a la acción de los gobiernos. La ciberseguridad es el mecanismo que permite hacer ese tránsito de manera razonable y segura, con medidas eficaces en materia de prevención y reacción ante ataques de la ciberdelincuencia, que cada vez es más sofisticada y potencialmente más dañina. El marco regulatorio se encuentra aún en ciernes, requerirá el esfuerzo común de todos los actores involucrados en el tránsito cibernético y, por ahora, plantea toda una serie de retos sobre los que hay que discutir intensamente desde diferentes perspectivas y ámbitos del conocimiento.

#### SEGUNDA PONENCIA: "Estado de la Ciberseguridad en España"

Ponente: D. Marcos Gómez Hidalgo, Subdirector de Servicios de Seguridad de INCIBE

Modera: Dña. Marisol Aldonza, Abogada, Departamento Jurídico de INCIBE

Relatoría: Dña. Nieves Alonso García, Personal Investigador en Formación, Área de Derecho Constitucional de la Universidad de León

La moderadora inicia su intervención señalando que la conferencia de D. Marcos Gómez Hidalgo es fruto del desarrollo de las tendencias en Ciberseguridad en torno a los incidentes surgidos en la Red. Asimismo, destaca el perfil profesional del ponente, que, entre otros, es miembro del Grupo de Expertos de Seguridad que asesoran a la ENISA (Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información de la Comisión Europea), Subdirector de Servicios de Ciberseguridad del INCIBE y profesor en los masters de Seguridad de la Información en diversas Universidades y responsable de Bases de Datos del ESNIC. Gómez Hidalgo comienza su exposición mencionando que es necesario conceptualizar la «Ciberseguridad» ante el establecimiento de la Estrategia General de Ciberseguridad, pudiéndose afirmar que su principal objetivo se centra en resolver la articulación de métodos de prevención y protección de la información en el Ciberespacio. Prosiguiendo en su ponencia, y conforme al título de la misma, se centra en dar respuesta a quiénes son los miembros del INCIBE, destacando que está compuesto por ochenta y cinco personas aproximadamente. El perfil más destacado en los trabajadores son ingenieros informáticos, de telecomunicaciones y de todas las ramas afines al ámbito cibernético, entre ellos, algunos alumnos de la Universidad de León. El marco jurídico sobre el que se asienta INCIBE es de Instituto Tecnológico financiado por los Presupuestos Generales del Estado. En España actualmente existen tres grandes entidades relacionadas de manera directa con el ámbito de la Ciberseguridad: el INCIBE; el

Mando Conjunto de Ciberdefensa, adscrito al Ministerio de Defensa y que da servicio a los tres ejércitos, cuyo cometido fundamental gira en torno a toda protección frente a cualquier amenaza (“ciberguerra”) y el Centro Nacional de Excelencia en Ciberseguridad. En este contexto, las Administraciones Públicas poseen la obligación de cumplir con una base de protección de seguridad e información al amparo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. De manera específica, el INCIBE trabaja en la protección de la privacidad de los usuarios, fomenta el establecimiento de mecanismos para la prevención y reacción a incidentes de seguridad de la información, minimizando su impacto en el caso de que se produzcan y promueve el avance de la cultura de la seguridad de la información a través de la concienciación, la sensibilización y la formación. Del cien por cien de los incidentes detectados por el INCIBE, aproximadamente el noventa por ciento es localizado por el Instituto, es decir, no es preciso que el usuario, una empresa o cualquier institución académica comuniquen tal suceso. Además, el INCIBE promueve en gran medida la formación a profesionales, así como la concienciación en la población; más en concreto, desde hace cuatro años, con la aparición de la Agenda Digital para España se fomentó la promoción e impulso de talento en ciberseguridad.

**PRIMERA MESA DE TRABAJO:**

**“La protección del consumidor en la adquisición de productos y servicios en línea”**, Dña. Helena Díez García, Profesora Titular de Derecho Civil (Acreditada Catedrática) de la Universidad de León

**“Derecho al olvido”**, Dña. Anabelén Casares Marcos, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de León

**“Retos de la ciberseguridad en los nuevos mercados financieros (información privilegiada)”**, Dña. Elena Fátima Pérez Carrillo, Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil de la Universidad de León

**“Tratamiento tributario de los nuevos medios de pago virtuales: las bitcoins”**, Dña. Marta González Aparicio, Becaria de Investigación FPU de la Universidad de León

Moderadora: Dña. Isabel Durán Seco, Profesora Contratada Doctora (Acreditada Profesora Titular) de Derecho Penal de la Universidad de León

Relatoría: Alfredo Alpaca Pérez, Investigador Contratado Predoctoral de la Universidad de León

La moderadora de la primera mesa de trabajo, Profesora Dra. Isabel Durán Seco, cede la palabra a la Profesora Dra. Helena Díez García, quien inicia su intervención señalando que en la actualidad existe una revolución jurídica en el marco de la regulación de la compraventa y de la prestación de servicios a distancia. Comenta la ponente que el 6 de mayo de 2015 la Comisión Europea presentó unas líneas de estrategia para el mercado único digital a nivel europeo. En ese marco, se calcula que creando un mercado único digital se puede incrementar el producto interior bruto de Europa en 250000 millones de euros (hay que tomar en cuenta que se cifran en 415000 millones de euros el coste de no existir ese mercado único digital). La ponente señala que para crear ese mercado único digital la estrategia que se plantea desde la Comisión consiste en incrementar los mecanismos que refuercen la confianza de los consumidores en el mercado digital y que también se favorezca la seguridad jurídica

de las empresas en ese mercado único digital. La Comisión Europea, ya a principios de diciembre de 2015, presentó dos iniciativas legislativas como son la propuesta directiva que regula determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes y la propuesta directiva específica sobre la contratación de suministros digitales en línea. De momento, estamos en fase de propuesta y no existen otras iniciativas al respecto (que se hayan cristalizado en una directiva comunitaria). Con las directivas se buscan incrementar las transacciones electrónicas. Por otra parte se observa que los consumidores podrían operar en línea y podrían ahorrarse hasta 11000 millones de euros. Por tanto, según Díez García, es necesario favorecer la confianza de los consumidores en estos mercados, sobre todo para que los consumidores y las empresas se abran al mercado transfronterizo. La ponente se refiere seguidamente a los instrumentos que se utilizan o se van a utilizar para potenciar ese mercado único digital. Estos son los instrumentos legales que colmen los vacíos existentes en estos momentos en la legislación europea y en la de los Estados miembros. Al respecto, según Díez García, se observa una gran disparidad en materia de remedios frente a la falta de conformidad y se observa también un absoluto vacío legal en la regulación de la compra venta de contenidos digitales. Con respecto a la regulación actual, la ponente señala que, sin perjuicio de que exista una regulación sectorial (por ejemplo en materia de contratación a distancia de servicios financieros), existen en el marco europeo la Directiva de 2000 sobre comercio electrónico (que fue transpuesta a través de la Ley 34/2002) y la Directiva 2011/83 que se refiere a los derechos de los consumidores (que fue transpuesta a través de la Ley 3/2014 que vino a reformar la regulación de la contratación a distancia en el seno del texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios). Díez García incide en que la normativa de la Ley 3/2014 del texto refundido se aplica a contratos a distancia (únicamente contratos que se formalizan sin la presencia simultánea de las partes contratantes), siempre y cuando una de las partes sea consumidor (es decir, que actúe al margen de una actividad profesional o comercial) y un empresario. Quedan al margen de esta normativa los contratos a distancia que se perfeccionen, por ejemplo, entre profesionales que se rigen exclusivamente por la Ley 34/2002. Díez García ahora se concentra en el texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios. Hay determinados aspectos que se regulan en la directiva y por lo tanto en la legislación interna de transposición que han permitido alcanzar una cierta uniformidad a nivel europeo en estos ámbitos. Y estos ámbitos son los que precisamente no se van a tocar en las proposiciones de directiva antes señaladas. Estos aspectos son: los referidos a la información precontractual, a los requisitos formales del contrato, al derecho de desistimiento que le asiste al consumidor, a la ejecución del contrato en relación con los periodos de entrega, los pagos adicionales, la transmisión del riesgo. El artículo 97, acogiendo lo que dice el artículo 7 de la directiva, obliga a todo empresario que actúe a distancia u ofrezca servicios o productos a distancia. Conforme a esto, le impone el deber de ofrecer una información precontractual antes de que el consumidor quede vinculado. Por tanto, la información debe ofrecerse, precisamente, antes de que se perfeccione cualquier contrato. ¿Cómo se debe informar? La ponente señala que el texto refundido dice que debe informarse “de forma clara y comprensible”. ¿Cuál es el contenido de la información? Díez García señala que se trata de un contenido excesivamente (a veces) detallado. En primer lugar debe identificarse qué es lo que se contrata (características del bien o del servicio, por ejemplo). Se tiene que identificar la persona con la que se

contrata. Se tiene que determinar cuánto debe pagarse por el producto o servicio (el precio y todos los costes adicionales). Se tiene que determinar cómo se va a ejecutar el contrato (en qué plazos, el lugar de la realización de la entrega, por ejemplo). En qué lengua se va a contratar. Se señala también si asiste o no al consumidor un derecho de desistimiento y como se puede ejercitar. Asimismo, se debe establecer si existen códigos de conducta por parte del empresario, la duración del contrato, las condiciones de resolución del contrato, si hay garantías financieras y cuáles son los mecanismos de resolución extrajudicial de controversias. ¿Cuál es el valor de la información? La ponente señala que todo este deber de información es lo que formará parte del contenido del contrato. Por tanto, la virtualidad de esa información es determinar cuáles son los derechos y obligaciones de las partes, lo cual es conforme con lo que dispone el artículo 65 del texto refundido. Por otro lado, el artículo 98 señala que el empresario tiene el deber de facilitar al consumidor o de poner a su disposición esta información obligatoria, lo cual se realiza conforme a las técnicas a distancia utilizadas en la contratación. Según Díez García, cuando la ley habla del “deber de facilitar” indica que el empresario tiene el deber de colocar a la información (¿apta?) para que el consumidor pueda acceder a la información. En ese sentido, según la ponente, los términos utilizados en la ley deben ser entendidos como “accesibilidad a la información”. No es importante que luego el consumidor acceda a la información, pues una vez que se suministra diligentemente por el empresario el hecho de que el consumidor no consulte esa información es irrelevante: él asume el riesgo de no acceder a la información. Es evidente que la información se debe proporcionar al consumidor antes de que este quede vinculado, esto es, antes de que el contrato se perfeccione. Esa antelación vendrá marcada por el medio a distancia que se utilice para la contratación (no es lo mismo vía internet que SMS, por ejemplo). De esta forma, según Díez García, la Ley nos habla de que para el comerciante tampoco tiene que suponer una carga excesiva facilitar esa información al consumidor. Aquí se emplea, para medir la diligencia del profesional, los criterios de razonabilidad y en términos de buena fe. La buena fe impone a las partes en la contratación un deber de lealtad recíproco, por lo que si bien el empresario tiene que suministrar la información pertinente, lo debe hacer en forma de lo que razonablemente él debe confiar en lo que debe conocer un consumidor. En esa línea, la información ha de resultar comprensible para el consumidor. Esto supone que se realice en términos de lo que razonablemente puede esperar un comerciante que actúa de buena fe en el mercado en relación con la diligencia que puede esperarse de un consumidor medio. El comerciante debe adaptar las condiciones de la información. Tiene que tener en cuenta cuáles pueden ser las circunstancias personales del grupo o del consumidor medio al que pertenece el grupo al que destina la oferta comercial o la oferta de contratación. Pero también tiene que tener en cuenta que puedan existir colectivos que por sus circunstancias no tengan tan fácil acceder a esa información. Al respecto, el Parlamento Europeo, en resolución de 22 de mayo de 2012, sostiene que se ha de atender a las condiciones del consumidor vulnerable en la contratación. La vulnerabilidad puede venir dada la dificultad de acceder a la información, de comprenderla o de la imposibilidad de acceder a internet de ese consumidor. Con respecto a la lengua, la ponente señala que si bien en el marco europeo se da absoluta libertad a los Estados miembros al respecto, el legislador español ha considerado que cualquiera sea la lengua que se utilice en la oferta o en la información precontractual o la contratación, tiene que ser siempre comprensible para el consumidor, además de que siempre se requiere la utilización del idioma castellano.

Aquí, sin embargo, debe destacarse que lo importante no es que se utilice el castellano, sino que se comprenda el contenido de la información que se entiende como obligatoria. Por otro lado, la Ley, siguiendo a la directiva, trata de adaptar el cumplimiento de sus presupuestos normales de los contratos a distancia a las herramientas que se utilizan en la contratación. Por ejemplo, se tiene en cuenta la posibilidad de que se utilice una herramienta a distancia que limite el espacio y el tiempo para facilitar la información (ofertas contractuales vía televisión, vía SMS). En este supuesto, lo que determina el texto refundido en su artículo 98, es que el empresario puede facilitar una mínima información y remitirse a otra fuente de información donde serán facilitados al consumidor todos los datos que conforman el contenido obligatorio de la información según el artículo correspondiente. Pero en esta nueva fuente de información esta debe ser accesible y comprensible para el consumidor. Por otra parte, en los contratos electrónicos a través de sitios web, en principio el legislador comunicatorio comenzó diciendo que no había ninguna dificultad para que a través de las páginas se web se suministre toda la información considerada como obligatoria. Sin embargo, sí se preocupa en el hecho de que, cuando se utiliza la web para contratar, al realizarse el procedimiento de manera rápida, el consumidor puede alegar luego un desconocimiento de algún aspecto de la contratación (por ejemplo, algo que el consumidor debía pagar pero que no sabía que tenía que hacerlo). Por ello, lo que exige la ley, siguiendo el criterio de la directiva, es que, antes de contratar, el comerciante tiene la carga de determinar en su propia página web que aquello que pide el consumidor supone una obligación de pago. Por otro lado, se tiene que informar al consumidor si se aplican o no restricciones a la entrega del producto (por ejemplo, que el producto esté condicionado a la disponibilidad de existencias, por ejemplo). Por esto, si no se produce la entrega, habrá lógicamente un incumplimiento de contrato, con lo cual el consumidor podrá resolver ese contrato y en su caso solicitar la indemnización por daños y perjuicios correspondiente. Con respecto a las formas de pago, según la ponente, pasa lo mismo: el comerciante debe informar al consumidor los medios de pago admitidos. En ese sentido, si no dice nada, el consumidor será libre para determinar la forma de pago sin que el comerciante pueda rechazarlo. Díez García señala seguidamente que en relación con los contratos electrónicos, aunque no se dice nada en el texto refundido, ni tampoco en la Directiva, parece obvio que el comerciante tiene que facilitar al consumidor cuáles son las condiciones generales que van a regir el contrato. Eso queda más claro, según la ponente, en el artículo 27 de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Se señala que antes de contratar, el comerciante tendría que facilitar al consumidor o al adherente una copia de las condiciones generales de contratación que lo van a vincular. Por otro lado, las condiciones generales forman parte de la información obligatoria, con lo cual no es suficiente con que estén en la página web, sino que tienen que estar accesibles, es decir, no pueden estar ocultas o mostrarse de forma equívoca (en el apartado de “ayuda”, por ejemplo). Si esto se produce, no se cumplirían las exigencias del artículo 5 de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Díez García señala que es una cuestión clave el hecho de que el empresario tenga la carga de confirmar el contrato con el consumidor mediante un soporte duradero. El contenido de esa confirmación depende de si previamente le ha facilitado la información obligatoria exigida por la ley, el soporte duradero o no. En todo caso, la confirmación debe proporcionarse en un soporte duradero. Un “soporte duradero” se define en el 59

bis del texto refundido. Un soporte duradero es todo aquel elemento que permite almacenar o guardar la información, que no se pueda manipular, que se pueda reproducir y que permita la conservación de los datos durante el tiempo del contrato. No se considera un soporte duradero, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la propia web del comerciante, pues en este no hay garantías que la información no se pueda manipular por parte del comerciante. Las páginas web normales no constituyen ningún soporte duradero, aunque sí lo pueden ser, según la ponente, los correos electrónicos o los mensajes de texto (SMS).

Posteriormente, toma la palabra la Profesora Dra. Anabelén Casares Marcos, quien comienza su intervención señalando que el denominado “derecho al olvido” es un derecho de nuevo cuño, fundamentalmente jurisprudencial pero que ya ha tenido cierto reconocimiento normativo. La evolución constante e imparable de las nuevas tecnologías (y su prácticamente ilimitado potencial para el tratamiento de información o datos personales), supone una amenaza o por lo menos pone en serios aprietos la capacidad de los ciudadanos de controlar toda la información personal que se refiera a ellos o que les afecte. Junto a las dificultades reconocidas por el desarrollo tecnológico, se suma la ausencia de respuestas para la solución de posibles controversias de trascendencia jurídica (del derecho comparado o del derecho internacional). Los ataques que tienen como objeto la información o los datos personales no sabe de fronteras: son agresiones esperables y explicables en el contexto socio-económico actualmente vigente en el que la información se erige, cada vez más, en instrumento de poder y en valor de cambio, desatando un voluminoso y difícilmente controlable tráfico de información. En este contexto el debate sobre el derecho al olvido brota a partir del denominado “efecto eterno” de la información en internet, fruto de la memoria total de la red. Casares Marcos señala que el derecho a la intimidad en su vertiente de derecho de “ser dejado en paz”, ha evolucionado como un nuevo “derecho al olvido”. Así, las diferentes instancias de protección de derechos se han enfrentado en los últimos tiempos a múltiples solicitudes de personas que exigen que sus datos sean retirados de páginas web, de directorios, de hemerotecas o de listas de resultados de búsquedas en internet. La ponente señala que las respuestas jurídicas sobre estos asuntos no son en absoluto simples. La normativa, aunque joven, ha supuesto muchos problemas para los tribunales en los que ha sido aplicada, pues los problemas que pretenden ser solucionados poseen una gran dinámica que les permite evolucionar con gran rapidez, en buena cuenta debido a que emergen en el marco de herramientas tecnológicas que a su vez suponen una importante complejidad. Casares Marcos señala que el derecho al olvido digital, de creación jurisprudencial, podría definirse como el derecho que tienen las personas físicas, cuyos datos han accedido a los buscadores de páginas web en internet, a que tales datos desaparezcan de los buscadores, de tal modo que no resulte viable seguir encontrando informaciones antiguas y/o desactualizadas que tras un periodo de existencia en la red, resulta justificado que el sujeto afectado solicite su desaparición. En este marco, muchas personas aparecen como involucradas en el posible conflicto (editor, el motor de búsqueda, el internauta, el propio protagonista, afectado o interesado). Esta diversidad de protagonistas se traduce, a su vez, en una gran diversidad de derechos afectados (protección de datos personales; honor, intimidad y propia imagen; integridad física o psíquica; dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad). No existe ningún derecho absoluto, por lo que un posible conflicto

conlleva necesariamente a una ponderación de derechos para determinar cuál de ellos debe prevalecer en el caso concreto. Desde una perspectiva material, el ejercicio del derecho al olvido puede proyectarse sobre dos tipos de contenidos: ilegales o legales. Casares Marcos dice que sobre los primeros se referirá muy poco, pues se encuentra suficientemente garantizado el ejercicio del derecho al olvido (de supresión o cancelación). Su materialización pasaría por acudir a la Agencia Española de Protección de Datos o a la vía judicial oportuna para ver protegido el correspondiente derecho (normalmente el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen). La legislación española establece que si los contenidos son manifiestamente ilegales, no es precisa una sentencia judicial o una resolución administrativa para solicitar al buscador la retirada del contenido en su lista de resultados. Mucha más compleja es la situación con los contenidos legales: aquellos contenidos cuya publicación en principio resulta inocua, cuando no incluso exigida por una norma jurídica. Pero el interesado, pasado el tiempo, desearía haber eliminado de internet. Según la ponente, el contenido que uno desea eliminar de internet es normalmente información pretérita, cuya publicación estuvo justificada en un momento dado, pero que ya ha perdido actualidad, interés y cuya inmediata disponibilidad es considerada por el perjudicado como gravosa, máxime cuando es extemporánea y aparece como uno de los primeros resultados de un buscador en la web, al ingresar el nombre y los apellidos de una persona en dicho buscador. En España, las publicaciones que con mayor frecuencia han sido objeto de petición de olvido son de dos tipos: 1) noticias de periódicos ubicadas en hemerotecas (cuya digitalización las mantiene siempre accesibles); y 2) resoluciones judiciales y administrativas cuya publicación en los boletines oficiales muchas veces es preceptiva, a tenor de la normativa aplicable. Casares Marcos señala que el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de perfilar los límites del derecho al olvido. Así, procede apreciar el derecho al olvido aunque el tratamiento de los datos pueda ser veraz, siempre que, no obstante, haya transcurrido tiempo, no tenga actualidad, no tenga interés, o inclusive pueda tener un efecto estigmatizador sobre el sujeto en la sociedad (sobre su inserción en la sociedad). El Tribunal Supremo llama la atención sobre que el derecho al olvido no significa un derecho del sujeto a “construir” un pasado a su medida, de tal manera, que no consiste en un derecho a impedir la difusión de cualquier información sobre hechos que no consideremos positivos ni tampoco justifica que se pueda solicitar la construcción de un currículum a la medida. El derecho en cuestión solamente justificaría la petición de los afectados de que los responsables de las hemerotecas digitales adoptaran medidas tecnológicas para que la página web de la hemeroteca digital en la que aparece esta información obsoleta y gravemente perjudicial no pueda ser indexada por los buscadores. Sin embargo, sí continuaría estando presente en la hemeroteca digital e incluso podría ser indexada por un buscador interno de la propia publicación, ya que entiende el Tribunal Supremo que en caso contrario se estaría restringiendo de manera excesiva la libertad de información. Casares Marcos hace referencia a continuación a la aprobación del nuevo reglamento de la Unión Europea 2016-679 de 7 de abril, relativo a la Protección de las Personas Físicas frente al Tratamiento de sus Datos Personales. El derecho al olvido se encuentra en el artículo 17, que se define como el derecho del interesado “a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales” al concurrir las circunstancias que el propio artículo señala. En todo caso, señala la ponente, el ejercicio del derecho de supresión por parte del

interesado recae sobre el editor del contenido, quien posee la obligación de informar sobre el particular a los buscadores, para que dejen de indexar y esos enlaces dejen de estar disponibles. Ha de facilitar, para ello, todos los medios que sean tecnológicamente razonables y las técnicas que puedan resultar oportunas, a fin de eliminar todos los enlaces a esos datos o cualquier copia o réplica de los mismos. Se refuerza con ello claramente (ahora ya en el plano normativo), el derecho al olvido en línea que ha venido sancionando y reconociendo la jurisprudencia tanto comunitaria como interna. El propio artículo 17 reconoce excepciones y admite que la normativa comunitaria como la de los Estados miembros recojan limitaciones acerca de los contenidos que puedan exigirse que sean borrados o suprimidos de internet. Interesante es al respecto lo señalado en el artículo 82 del reglamento, que establece un derecho de indemnización y responsabilidad por la infracción del mismo, y dentro de este, del precepto referido al derecho al olvido. Finalmente, Casares Marcos señala que, a la luz de los recientes pronunciamientos normativos y jurisprudenciales, europeos y nacionales, se ha llegado a cuestionar, incluso, la propia conveniencia de mantener la expresión de “derecho al olvido”. Primero, porque garantizar realmente el “olvido” es prácticamente una tarea imposible. Segundo, porque la denominación “derecho al olvido” ha sido utilizada para hacer referencia a pretensiones muy diferentes y casi siempre mucho más amplias de lo que los propios tribunales han reconocido, suscitando así una gran confusión. El derecho al olvido no supone un derecho de cada usuario a borrar toda la información que considere pertinente y que ha ido dejando con el tiempo en la propia red, sino que solo consiste en la capacidad de exigir la eliminación de uno o varios resultados de una lista ofrecida por un motor de búsqueda a partir del propio nombre, cuando tal sujeto desea que no sea mostrado, siempre que consiga demostrar que no existe un interés público prevalente en que se mantenga disponible y accesible para los internautas. En la doctrina han surgido algunos esfuerzos por intentar renombrar esta variante concreta del derecho de supresión, por ejemplo, “derecho a la oscuridad digital”, que pondría un mayor énfasis en los efectos reales del mal llamado “derecho al olvido”.

A continuación inicia su ponencia la Profesora Dra. Elena Fátima Pérez Carrillo, quien anuncia que abordará el tema de la ciberseguridad y mercados financieros, para lo que señala que, si bien su ponencia posee algunos aspectos comunes con las ponencias precedentes, se diferencia de las mismas en que abordará la relación con contratos o contrataciones en los que intervienen profesionales (y no tanto consumidores). También señala, con respecto a la posibilidad del denominado “derecho al olvido”, que estamos en un ámbito en el que hay que evitar el olvido o, en todo caso, a permitir registros de bastante duración. También en este aspecto, en relación con los mercados financieros, es necesario subrayar, según la ponente, que nos movemos en el límite entre la regulación administrativa y la regulación civil o mercantil. Los sectores financieros que destaca la ponente son tradicionalmente banca (mercado de valores, mercado de commodities y seguros). Todos ellos tienen planteado como uno de sus grandes retos, precisamente, el de la ciberseguridad. En materia de banca (la banca móvil, el mercado de divisas Forex, las transferencias digitales) prácticamente se está cambiando el modelo o el negocio y de hecho se ven los cambios que conducen a todos, precisamente, a una nueva banca. En materia de mercados, la cuestión de las anotaciones en cuenta de las acciones es ya muy antigua, aunque es relativamente nuevo el tema de los algoritmos (que las órdenes se procesan

mediante fórmulas matemáticas). Bastante más novedoso son los *traders*, los algoritmos de alta velocidad, donde las órdenes se transmiten de una manera prácticamente automática y que responden a sistemas programados por adelantado. Las plataformas de financiación (sobre la que existe regulación en España, la Ley 15 de 2015), pero sobre todo (responderían a mercados regulados de bolsas de valores) mecanismos de negociación y sistemas organizados de contratación (SOC), que son sistemas donde se negocian commodities. Estos últimos están evolucionando de forma muy rápida y configurándose en buena medida todavía hoy en día. Junto a lo señalado, Pérez Carrillo señala que en los seguros también tenemos muchos ejemplos (contratación, comparadores, contrataciones on line, seguros ad hoc). Dentro de lo que serían los mercados, dentro de los servicios financieros el aspecto de mercados, los bursátiles, mercados no bursátiles, mercados alternativos, mercados secundarios, mercados de commodities. Dentro de estos mercados hay dos tipos de sujeto o dos tipos de riesgos, todos ellos sometidos a ciberataques de formas diferentes. Por un lado, las infraestructuras, por otro, los intervinientes. En los intervinientes están los gestores, los emisores, los intermediarios (directos o indirectos) y los inversores. Todos estos intervinientes están sometidos a una fuerte regulación española y europea. Esta regulación, debido a la crisis económica de 2007, se está actualizando. En estas reformas (después de 2007) se están introduciendo algunas medidas que tienen que ver con la ciberseguridad. Por el otro lado la ponente destaca la existencia de las infraestructuras: las sociedades gestoras, las plataformas y las conexiones. Seguidamente, Pérez Carrillo comenta que detrás del conocido “Flash Crash” de 2010, parece haber existido un ciberataque muy peculiar: originado por operadores internos o *insiders* (de alguno de los agentes mencionados anteriormente). Esto conduce a pensar que además de las medidas técnicas, hace falta reflexiones y medidas estratégicas para conocer las vulnerabilidades o las amenazas y para establecer con más nitidez lo que se puede y no se puede hacer. En ese sentido, la ponente comenta las posibilidades de ampliar algunas instituciones clásicas, bien conocidas, a las necesidades de los mercados actuales, teniendo en cuenta, sobre todo, que la realidad ha cambiado debido a las nuevas tecnologías. En este contexto, es que en Estados Unidos y en Europa se ha comenzado con la redefinición o reforma de definiciones legales. En el europeo, Pérez Carrillo destaca la Directiva de 2014 que afecta la Ley de mercados y valores españoles sobre abusos de mercado. Este ámbito es importante pues uno de los abusos que puede suceder en el mercado tiene que ver con la información privilegiada, esto es, información de carácter concreto que se refiere a un instrumento financiero que no se ha hecho pública y que podría influir, de haberse conocido, en las cotizaciones. La ponente destaca que la tradicional idea del abuso de mercado por la cual uno conoce una información por alguien que la brinda de primera mano, está absolutamente superada con las nuevas formas que permite la tecnología de la información (que hace posible la comunicación de información en cuestión de segundos). Pérez Carrillo señala que, en estos casos, la rapidez es tal que no se sabe muy bien cómo reaccionar. En el plano internacional, a pesar de existir informes y guías que permiten flexibilidad para los reguladores de cada país, no hay aún un consenso sobre la materia. Al respecto, sostiene la ponente, que acaba de aprobarse una directiva de 2016 de ciberseguridad que es general, que afecta a las infraestructuras de mercado pero no afecta ni a los agentes ni a los intermediarios o emisores aludidos con anterioridad. La directiva 2016/1148, sobre ciberseguridad, establece la imposición de sistemas para controlar las órdenes (vigente desde 2018),

para facilitar los análisis así como generación de alertas. Esta directiva de ciberseguridad afecta bastante poco a emisores o intermediarios, pero sí afecta a los operadores de mercados. Así, les obliga a establecer medidas de mantenimiento de redes y sistemas de información y a controlar (o mejor, registrar) incidentes en el mercado. Finalmente, Pérez Carrillo señala que en España, en materia de ciberseguridad sobre servicios financieros, por un lado, va a tener que haber una adaptación al sistema comunitario que Europa impone. Las sugerencias de las organizaciones internacionales son: más gobernanza esto es, establecimiento de sistemas, mecanismos o protocolos por los cuales los ataques se comuniquen o se identifiquen; protección, detección, de recuperación (lo que significa difusión pero sin más daños al mercado); posibilidad de suspender cotización cuando se verifican órdenes extrañas (incluso si no llegan a ser un ciberataque). Se mencionan, además, otras medidas: Registros PAAE, retención de datos personales, ajuste de seguridad de cada mercado y emisor, mecanismos específicos administrativos procesales para la exigencia de responsabilidades (de internos y de terceros).

Seguidamente inicia su ponencia la Investigadora Marta González Aparicio, quien aborda lo relacionado a la fiscalidad de las bitcoins partiendo de algunas ideas básicas sobre estas monedas virtuales. La ponente destaca que este es un tema que engloba asuntos diversos como criptografía, ingeniería de software, economía y derecho. Un bitcoin es una moneda virtual o, dicho de manera más técnica, una criptomoneda, que se ha obtenido a partir de un procedimiento informático y que (y esta es la primera diferencia con el dinero tradicional) carece de soporte físico tal y como lo entendemos, así como tampoco es emitido por organismo o banco central alguno (segunda diferencia). Se trata de una moneda creada siguiendo una serie de protocolos informáticos y que, al poseer un valor, es susceptible de ser utilizada en el tráfico comercial y mercantil. El protocolo de las bitcoins proviene del año 2009, momento a partir del cual su uso se ha incrementado de manera exponencial. Las monedas poseen un valor, pero no es un valor fijo, sino que fluctúa según la oferta y la demanda. Este valor es único para todos los bitcoins en circulación. La ponente señala que la cotización del bitcoin se caracteriza también por su gran volatilidad. Así, en el año 2016, el valor de cotización de estas monedas ha fluctuado entre los 400 y 700 dólares. Por lo tanto, nos encontramos ante un activo con una volatilidad muy alta. Por otro lado, los bitcoins se pueden partir, esto es, se puede comprar un bitcoin o se puede comprar una parte de un bitcoin. Lo mismo sucede para pagar (con un bitcoin o con una parte del mismo). González Aparicio formula las preguntas: ¿Cómo funcionan las transacciones realizadas con bitcoins? ¿Qué pasa cuando un sujeto paga con bitcoins? La cadena de operaciones es como sigue: Cuando un sujeto A envía un pago con bitcoins a un sujeto B, la transacción pasa a la red, donde se convierte en un bloque de datos cifrados. Los “mineros” son los que descifran esos datos, esto es, desbloquean los datos, verifican la transacción y la aprueban. El primer “minero” que descifra el bloque de datos cifrados, a cambio de su actividad, obtiene una recompensa, también en bitcoins. Verificada la transacción por el sistema, el bloque se añade a una “cadena de bloques” (“*blockchain*”) que es el fundamento del funcionamiento del bitcoin, que no es otra cosa que un libro contable público, replicado en todos los ordenadores de los usuarios del sistema y que reflejan todas las transacciones que se realizan con estas criptomonedas. Todo este proceso permite que el sujeto B reciba los bitcoins. A primera vista, González Aparicio destaca la participación de varios sujetos en este

proceso. Esto es muy importante desde el punto de vista tributario, pues no todos ellos van a tributar igual. Los “mineros” son los creadores de las criptomonedas y obtienen su remuneración en bitcoins. Otra figura es la conocida como “*exchanger*” que son las personas físicas o jurídicas cuya actuación consiste en la compraventa e intermediación en la transmisión de bitcoins, percibiendo a cambio de sus servicios una comisión. Por otro lado, los particulares o personas físicas que utilizan los bitcoins como medio de pago o bien para mantenerlos como una suerte de activos de inversión y proceder a una posterior venta. Finalmente, están las empresas que, al igual que los particulares, pueden adquirir monedas o bien admitirlas como forma de pago por servicios para mantenerlas en su activo y revenderlas posteriormente o bien para pagar con ellas los productos y servicios necesarios para su actividad. Por tanto, González Aparicio señala que el bitcoin es una moneda virtual, con valor económico, que se emplea en el tráfico comercial y que (y esto es lo más importante desde el punto de vista tributario) las operaciones realizadas con bitcoins denotan capacidad económica. El principio de capacidad económica es un principio básico en materia tributaria para someter las rentas obtenidas a tributación. Ante este panorama, la ponente considera que Hacienda no puede permanecer al margen y, de hecho, no lo hace. Esto conduce directamente a preguntar cómo deben tributar en la práctica las operaciones y los sujetos que emplean y crean bitcoins. En primer lugar, hay que clasificar o determinar la naturaleza jurídica de los negocios que emplean bitcoins, tal como exige el artículo 13 de la Ley General Tributaria. Ante esto hay dos posibilidades. Por un lado, considerar los bitcoins como bienes (de modo que los negocios jurídicos llevados a cabo con estas criptomonedas, deberán ser calificados como permutas, en los términos establecidos en el Derecho civil) o aproximar los bitcoins al concepto de dinero, tal y como comúnmente lo entendemos (lo que equipara estas monedas a los medios de pago de general aceptación establecidos en la normativa iusprivatista). La ponente señala que argumentos a favor y en contra de cada una de las opciones hay varias. Al respecto, González Aparicio es partidaria de considerar a los bitcoins como bienes o commodities, entre otras cosas, porque para poder ser empleados, necesitan el previo acuerdo entre comprador y vendedor. En contra de esta postura se ha manifestado tanto la Dirección General de Tributación Española (en diversas consultas vinculantes) como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en sentencia de 22 octubre de 2015), aproximando los bitcoins a las monedas de curso legal. ¿Qué implicaciones de esta postura se verifican en el ámbito tributario? La ponente señala que hay que comenzar diferenciando entre la imposición directa y la imposición indirecta y dentro de ella analizar qué figuras impositivas resultan aplicables a qué operaciones y cómo se deben aplicar. Tomando en cuenta la relación de sujetos intervinientes (particulares, “mineros”, “*exchanger*”, empresas), en materia de imposición directa son varias las figuras impositivas que pueden gravar estas operaciones. Las dos principales son: el impuesto sobre la renta de las personas físicas y el impuesto sobre sociedades. También se pueden encontrar supuestos de aplicación del impuesto sobre actividades económicas, impuesto sobre el patrimonio y el impuesto sobre sucesiones y donaciones. González Aparicio se encarga de relacionar cada uno de los intervinientes con el impuesto sobre la renta de las personas físicas y el impuesto sobre sociedades. Con respecto a la imposición indirecta, la ponente señala que son dos las figuras tributarias que pueden recaer en estas operaciones: el impuesto sobre el valor añadido y el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Esta sería la tributación, de manera rápida y resumida,

la tributación de los bitcoins. Para finalizar, González Aparicio comenta que si bien en sus inicios esta moneda estaba ligada a actividades fraudulentas (que estaban al margen de la administración tributaria), en la actualidad, debido al incremento de las operaciones que se realizan con las criptomonedas, se ha tomado cartas en el asunto y se han asumido actuaciones de cara a controlar cómo se utilizan aquellas. Por ejemplo, desde la Agencia Tributaria se están enviando requerimientos a aquellas empresas que admiten el pago con bitcoins para que justifiquen las cuantías recibidas. La ponente considera que el propio funcionamiento de la “*blockchain*” favorecería el control por parte de la administración, la que deberá esforzarse pues el control de tal libro contable no es nada sencillo.

### Comentarios del relator

Las intervenciones de las ponentes en la Primera Mesa de Trabajo han dejado muy claro la trascendencia de las nuevas tecnologías y de la informática en el ámbito jurídico: en el ámbito del Derecho civil (contrataciones entre empresas y particulares, de cara a la prestación de servicios a distancia); en el ámbito del Derecho constitucional (el llamado “Derecho al olvido” y la determinación de qué información personal uno puede decidir o no que se muestre en las redes); en el ámbito del Derecho mercantil (la contratación de profesionales y la necesaria seguridad de la información relevante en el ámbito bursátil) y en el ámbito del Derecho tributario (reflexiones desde el ámbito fiscal sobre las bitcoins, así como el tratamiento jurídico-tributario de los intervinientes en todo el proceso que implica la utilización de las mencionadas criptomonedas). Las reflexiones planteadas por las intervinientes, a mi modo de ver, dejan dos asuntos que resulta necesario destacar. Primero, el incontestable enfoque interdisciplinar que supone el abordaje de diversos aspectos en los que, como medio para configurar relaciones de trascendencia jurídica, aparecen la tecnología y la informática. En la actualidad se ha vuelto algo común realizar compras por internet, llevar a cabo pagos de servicios por medio de tarjetas de crédito o elaborar contratos de las más diversas formas con una contraparte que se encuentra inclusive en otro país, con la que posiblemente el único elemento común sea el acceso a un dispositivo electrónico con acceso a internet. Estos escenarios deben ser amparados por el Derecho, el que debe ser configurado a partir de las propias características de los recursos y elementos que provee la tecnología y la informática. Segundo, el referido a la ciberseguridad, esto es, a los mecanismos de control de entrada y salida de información, así como de protección de las bases de datos en los que pueden contenerse importantísima información mercantil, civil o tributaria (relacionada a empresas, a las relaciones entre estas y sus proveedores, a los contratos entre estas y su personal, a sus informes o balances tributarios y financieros, etc.). Pero el tema no parece limitarse a estos ámbitos, sino que también se extiende al espacio de la información personal, esto es, a todos aquellos datos de una persona que pueden aparecer en la red. La virtualmente incontrolable fuerza que posee internet, en el que se acumula información de lo más variada, sin discriminación cronológica o de origen, debe corresponderse con la necesidad de que los ciudadanos gocen de una protección jurídica relativa a la supresión de la información personal irrelevante o que pueda resultar perjudicial para su desarrollo individual. Los esfuerzos del Derecho comunitario y nacional parecen haber reconocido este asunto, por lo que es de esperar un mayor desarrollo legislativo y jurisprudencial en los próximos años.

**TERCERA PONENCIA: “Prevención y concienciación en ciberseguridad”**

Ponente: D. Jorge China López, Técnico de ciberseguridad INCIBE

Modera: D. Francisco Pérez Bes, Secretario General de INCIBE, Abogado, Especialista en Derecho TIC

Relatoría: Tamara Álvarez Robles, Personal Docente Investigador en Formación, Contratada Predoctoral en el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de León

D. Jorge China López comienza su exposición planteando la siguiente pregunta ¿qué es la ciberseguridad? Para dar respuesta a tal cuestión parte del concepto de información. La información que se almacena en los diferentes dispositivos tecnológicos, tanto a nivel personal como por las distintas entidades, y que es confidencial, es susceptible de ser protegida mediante la aplicación de las distintas medidas de seguridad existentes. Protegiendo esos dispositivos, que almacenan la información, de manera adecuada estaremos protegiendo debidamente nuestro principal activo, la información. La información ha de ser protegida frente a los ciberdelincuentes, quienes intentan acceder a la información para proceder a su venta en el mercado negro de la ciberdelincuencia. Si bien, la ciberseguridad no sólo se traduce en posibles ataques a esos medios que contienen información por parte de los ciberdelincuentes sino que afecta a la pérdida de información a consecuencia de incendios, de picos de tensión, etc. El ponente explica cuáles son las motivaciones de los ciberdelincuentes debiendo destacar las siguientes: primero, motivaciones de tipo económico, debido a la venta de información en el mercado negro; segundo, publicidad y notoriedad: fundamentalmente asociada al terrorismo; y, tercero, dañar la imagen de un tercero: mediante ataque dirigidos a la competencia o a un tercero. El ponente señala seguidamente con la explicación de la técnica del “*phishing*” (técnica utilizada para la consecución de datos de carácter personal como nombres de usuarios y contraseñas, detalles de tarjetas financieras, etc.). Luego, explica la necesidad de implantar medidas de seguridad en las empresas, en el día a día, para de ese modo generar la confianza necesaria. China López resume en tres las medidas fundamentales a implantar para garantizar unos niveles mínimos de seguridad: el uso de contraseñas, la realización de copias de seguridad y la actualización de equipos. Respecto de la primera medida, el uso de contraseñas, reseña la importancia de utilizar distintos caracteres, mayúsculas y números; junto a ello el uso de distintas contraseñas para los diversos servicios y su cambio periódico. En cuanto a la realización de copias de seguridad, el ponente facilita varias pautas que han de seguirse: la selección de información crítica, la actualización de los antivirus, comprobación de las copias creadas y mantener copias fuera de la red interna o del dispositivo copiado. En este punto el ponente hace partícipe a los asistentes del virus “*Ransomware*” también conocido como “virus de la policía”, cuya proliferación ha causado numerosos problemas a distintas empresas y personas. Se trata, dice, de un virus que accede a nuestro sistema y nos roba información, tras lo cual se contacta al usuario y se pide un rescate para devolver la información sustraída. Para combatir este virus es importante tener una copia de seguridad dado que mediante la restauración de la misma no causaría en el medio plazo y en un primer momento, tantos daños. Por último, el ponente destaca la importancia de mantener los equipos y aplicaciones actualizadas a fin de evitar dejar expuestos los mismos a hackers. Se trata, en

definitiva, de corregir las deficiencias de seguridad advertidas mediante la actualización de sistemas operativos, aplicaciones o antivirus. Para concluir este apartado el ponente resalta que estas medidas han de ser completadas con dos acciones igualmente importantes, cuales son la formación y la concienciación de aquellas personas que tienen en su poder información sensible, personal y confidencial. Es por ello que debemos conocer la Ley Orgánica de Protección de Datos, esto es, la parte legislativa de la ciberseguridad, dice el ponente, para de ese modo proteger de una manera más adecuada la información que se gestiona en el día a día. Concluye Chinaa López su intervención con la reiteración de la necesidad de implementar las pautas o medidas de seguridad aludidas en su intervención para conseguir proteger la información.

#### Comentarios de la relatora

En estrecha relación con la intervención de D. Jorge Chinaa López, considero necesario profundizar el conocimiento de la Ley Orgánica de Protección de Datos, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal, para de ese modo poder ejercitar los derechos que asisten a las distintas personas, derechos relacionados con la posesión y divulgación de los distintos datos que obran en posesión de terceros, debiendo resaltar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y consecuencia de estos el derecho al olvido. Esta norma fundamental unida al conocimiento y uso de los mecanismos de seguridad expuestos por el ponente son imprescindibles de cara a proteger nuestra información de prácticas abusivas, de malos usos, etc. La importancia de la seguridad de los datos es tal que la citada norma la incorpora como uno de los principios, junto a la calidad de los datos y al consentimiento, dedicándole su artículo 9 y desarrollado reglamentariamente en Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

#### CUARTA PONENCIA: **“Aspectos sustantivos de la ciberdelincuencia”**

Ponente: D. Fernando Javier Muñoz Tejerina, Magistrado del Juzgado de Instrucción N° 1 de León

Modera: D. Miguel Díaz y García Conlledo, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León

Relatoría: Alfredo Alpaca Pérez, Investigador Contratado Predoctoral de la Universidad de León

El moderador, Profesor Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo, agradece a los organizadores del seminario y seguidamente presenta al ponente, D. Javier Muñoz Tejerina, Magistrado del Juzgado de Instrucción Número 1 de León, quien toma la palabra y comienza su ponencia señalando que el tema que se encargará de abordar es un tema muy vasto. El ponente afirma que lo primero que uno se pregunta cuando aborda lo referido a la ciberdelincuencia, específicamente, los delitos informáticos, es, precisamente, si esta clase de delitos existe. Esta inquietud preliminar tiene sentido pues, señala el ponente, hay muchos autores en la doctrina que afirman que la

mencionada clase de delitos no existe, sino que en realidad se tratan de modalidades especiales de comisión de delitos tradicionales que afectan a bienes jurídicos individuales (patrimonio, intimidad, etc.). Por el contrario, existen opiniones que señalan que los delitos informáticos son todos aquellos delitos que no se podrían cometer si no existiera la informática ni el internet (concepción más sociológica). Muñiz Tejerina señala que el concepto de delito informático no es novedoso: desde hace treinta años ya se viene hablando de esta categoría de delitos. En ese sentido, se ha venido definiendo al delito informático como todas aquellas conductas punibles o dignas de punición en las cuales el ordenador es el instrumento o el objeto del delito. Debido a que este concepto es aún bastante amplio, Muñiz Tejerina se refiere a otro un poco más delimitado: delitos informáticos serían aquellos en los que se tipifican conductas consistentes en atacar sistemas o datos informáticos o determinados contenidos, especialmente aptos para ser vulnerados por las nuevas tecnologías. Muñiz Tejerina señala que con la aparición de las nuevas tecnologías se habla, más que de delitos informáticos, de delitos tecnológicos. Asimismo, teniendo en cuenta el carácter transnacional de la delincuencia informática o ciberdelincuencia, se habla en la actualidad de “ciberdelitos”, los cuales adquirieron una carta de naturaleza en el Convenio sobre ciberdelincuencia (conocido también como “Convenio de Budapest sobre ciberdelincuencia”) de 2001, que constituyó el primer tratado internacional orientado, entre otras cosas, a hacer frente a los delitos informáticos y los delitos cometidos mediante internet. ¿Cómo se enfrenta el legislador a esta clase de delincuencia? Dos serían las vías, según el ponente: castigar mediante “tipos de equivalencia” o mediante la creación de nuevos tipos penales. La primera vía supone la creación de cláusulas complementarias a tipos penales que ya existen (el delito de estafa, por ejemplo). La ventaja más clara de esta primera alternativa es que desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica, se delimitarían bien las conductas que se quieren sancionar penalmente. Como contrapartida, su desventaja radicaría en que se impide que se puedan sancionar nuevas formas de criminalidad como la que aquí se aborda, que es dinámica y que va mucho más rápido que los cambios legislativos. Con respecto a la segunda vía (el establecimiento de nuevos tipos penales), el ponente sostiene que mediante la creación de nuevas figuras delictivas orientadas a hacer frente a los ciberdelitos no solo se protegen los bienes jurídicos tradicionales, sino otros, como la integridad de las redes o los sistemas informáticos de los programas que sirven para el almacenamiento de datos. Si se llega a la conclusión que intereses como estos pueden ser entendidos como bien jurídico, el ponente afirma que se justificaría el tratamiento de figuras delictivas de carácter independiente a otras de carácter más tradicional. Muñiz Tejerina reitera que el concepto de ciberdelitos adquiere carta de naturaleza a partir del convenio sobre ciberdelincuencia, que fue ratificado por España el 20 de mayo de 2010 y que entró en vigor el 01 de octubre de 2010. Este convenio se complementa con el Protocolo Adicional al Convenio sobre ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, que entró en vigor el 11 de noviembre de 2014 y que entró en vigor el 01 de abril de 2015. El convenio, según el ponente, contiene una serie de definiciones muy importantes de cara a la interpretación de los tipos delictivos. Así, se propone definiciones para importantes categorías como “sistema informático”, “datos informáticos”, “proveedor de servicios” o “datos sobre el tráfico”. Asimismo, en el Protocolo se propone una definición auténtica de “material racista y xenófobo”.

Asimismo, en el Convenio, hay un apartado denominado “Derecho penal sustantivo”. Aquí se establece una lista de categoría delictivas que el ponente caracteriza como “ciberdelitos”: acceso ilícito, interceptación ilícita, interferencia en los datos, interferencia en el sistema y abuso de los dispositivos. Estos delitos son denominados en el Convenio como “delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos”. En el propio Convenio se reconoce también como “delitos informáticos” a la falsificación informática y al fraude informático. Como “delito relacionado con el contenido”, según el Convenio, está el delito relacionado con la pornografía infantil. Finalmente, en el Convenio se reconocen también a los “delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines”. Sobre esta tipificación, España no ha formulado reserva alguna, según señala el ponente. Por otro lado, el Protocolo contempla una serie de categorías delictivas denominadas por el ponente como “delitos de odio”, entre las que están: la difusión de material racista y xenófobo mediante sistemas informáticos; amenazas con motivación racista y xenófoba; los insultos con motivación racista y xenófoba; y la negación, minimización burda, aprobación o justificación del genocidio o de crímenes contra la humanidad. Ahora bien, refiriéndose en concreto al Derecho español, el ponente hace referencia a las disposiciones pertinentes: el artículo 18 de la Constitución Española en el que se reconoce el derecho a la intimidad, el Convenio de Budapest, el Protocolo, la Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto de 2013, sobre ciberdelincuencia (que sustituye la Decisión Marco 2005/222/JAI de 24 de febrero de 2005) y el Código Penal (modificado por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio y por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo). Seguidamente, el ponente reconoce algunos de los delitos establecidos en el Código Penal que son relevantes para la materia. Por ejemplo, la estafa informática (artículo 248, 2. b)), las defraudaciones de fluido eléctrico y análogos (artículos 255 y 256); los daños informáticos (artículo 264); la denegación de servicio o sabotaje informático (artículo 264 bis) y el abuso de dispositivos (artículo 264 ter). Asimismo, los delitos relativos a la propiedad intelectual (artículo 270); delitos relativos a los secretos de empresa (artículo 279); los delitos relativos al acceso a servicios cerrados de radiodifusión (artículo 286); la falsedad de documentos electrónicos (artículos 390 a 399); el blanqueo de capitales (artículo 301); el sabotaje de redes de telecomunicaciones (artículo 560). Por otro lado también reconoce a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (artículo 197 ter), el *cyberbullying* (artículos 169, 171, 173, 197, 205, 206, 208 y 209); los delitos informáticos intrusivos y de daños con finalidad terrorista (artículo 573.2); el delito de distribución o difusión de mensajes o consignas que incitan a cometer los delitos de terrorismo (artículo 579).

### Comentarios del relator

El tema abordado por D. Javier Muñoz Tejerina constituye uno de actualidad y de gran relevancia si se toma en cuenta el estado actual del desarrollo tecnológico e informático. Los grandes avances que esto implica, especialmente en lo relacionado a las nuevas tecnologías de la información, han pasado a ser parte de nuestra vida diaria. Como sucede en muchos ámbitos vitales, la incorrecta utilización de los medios tecnológicos e informáticos deben reflejar un adecuado tratamiento jurídico, más aún, si tal incorrecta utilización supone la afectación grave de intereses personales importantes como la intimidad, el honor, el libre desarrollo de la personalidad y la

libertad, entre otros. Por esto, el planteamiento de D. Javier Muñoz Tejerina resulta de importancia, sobre todo, al discutir la forma en la que el Derecho penal debe abordar estos nuevos escenarios caracterizados por su complejidad: aplicación de tipos penales ya conocidos (estafa, hurto, etc.), a los que se integrarían cláusulas específicas referidas a la utilización de medios tecnológicos o recursos informáticos; o la creación de nuevas figuras penales, que reflejen con exactitud el contenido del desvalor jurídico-penalmente relevante que se pretende combatir. Parece ser que la última vía es la más adecuada: la creación de nuevos tipos penales obliga al legislador a reflexionar sobre los escenarios (y, en definitiva, entenderlos) en los que aquellos pretenden ser aplicados y, evidentemente, exige una importante concentración sobre lo que resultaría punible y lo que quedaría impune (¿Qué se castiga y qué no? ¿Por qué una conducta se castiga y otra no?), esto es, una deliberación profunda de lo que quedaría aún dentro de los márgenes de lo permitido al ciudadano (lo que representa una discusión muy importante, tomando en cuenta la masividad del uso de las tecnologías en la vida diaria de las personas). Asimismo, esta segunda vía necesita inexorablemente un abordaje interdisciplinar, en donde lo jurídico-penal puede quedar eventualmente condicionado a lo técnico, esto es, a las referencias que de la informática y la tecnología se puedan obtener de cara a la delimitación de los alcances de las nuevas figuras delictivas.

**QUINTA PONENCIA: "La responsabilidad penal frente a la robótica, la inteligencia artificial y el internet de las cosas"**

Ponente: D. Ignacio Martínez San Macario, Abogado, Vocal de ENATIC

Modera: D. Fernando Rodríguez Santocildes, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de León

Relatoría: Stephania Serrano Suárez, Doctoranda del Programa "Estado de Derecho y Gobernanza Global" de la Universidad de Salamanca, Colaboradora Honorífica del Área de Derecho Penal de la Universidad de León

D. Ignacio Martínez San Macario inicia su intervención señalando que no hay una regulación específica sobre esto, por tanto, lo único que se puede hacer es filosofar sobre la implicación de la inteligencia artificial y la robótica en la vida, en el ámbito de la tecnología y en el Derecho penal. Y en este sentido, señala el ponente, la posibilidad de actos relevantes para el Derecho penal que puedan ser cometidos por androides. Asimismo, Martínez San Macario refiere que trataría la responsabilidad penal "in vigilando", esto es, la responsabilidad por el hecho de no haber instalado, por ejemplo, un antivirus. El ponente inicia formulando una pregunta amplia: ¿Qué es y para qué sirve el Derecho penal? Responde señalando que este se entiende como ese acuerdo que tenemos entre todos, esos diez mandamientos, es el acuerdo de unos mínimos para poder convivir. Destaca al respecto que el Código penal es inmenso. En ese sentido, cita a Gimbernat Ordeig y dice que se trataría inclusive del Código Penal más duro de Europa. Esto sería así pues contiene las penas de prisión privativas de libertad más duras, a las cuales últimamente se han sumado penas limitativas de la libertad, como la libertad vigilada, que en el peor de los supuestos podrían llegar a sumar una pena de 60 años, 40 años de prisión, más 20 años de libertad vigilada. En este ámbito es importante reconocer el concepto de delito, pues de este se puede

desprender si se puede aplicar la responsabilidad penal a entes humanos o no. En el Código Penal se regula la posibilidad de condenar no solamente a personas físicas, sino también a personas jurídicas, lo cual implica la condena de un ente abstracto. Esto deja la duda si se puede aplicar la responsabilidad penal a una máquina, a un androide o un ente de inteligencia artificial. El ponente también se plantea: ¿se pueden aplicar penas corporales sobre las máquinas? ¿Cuáles serían las penas para un androide si no tiene sentimiento de libertad? A su vez presenta otro cuestionamiento: ¿Podría sustituir o suprimir, al juez o a los abogados la inteligencia artificial? esta última posibilidad se está presentando con los contratos inteligentes. Y por último: ¿Compraría un coche que elegiría matarte para salvar otras vidas?, ¿a quién quieres que atropelle tu coche? Martínez San Macario afirma que nuestra vida actualmente es diferente, hemos cambiado el bar por las redes sociales. Esto conlleva que la gente que camina por la calle mirando el móvil es peligrosa, es un arma. Se trata de cómo incrustar la tecnología en la vida real, y eso en el Derecho penal está teniendo un anclaje regular. La justicia penal lleva sus ritmos para garantizar el supremo valor de la presunción de inocencia. Se ha dicho “los juicios son lentos, si queréis algo rápido ahí tenéis los prejuicios”, esto debido a que se requiere una investigación con garantías. El ponente afirma que la tecnología no es buena si se reúnen personas y no se hablan entre sí por estar utilizando un dispositivo móvil. El impacto de la tecnología también se puede ver en las redes sociales, pues al eliminar a alguien de Facebook, por ejemplo, esa persona se siente despreciada. También el desarrollo tecnológico y virtual en las relaciones familiares puede tener otras consecuencias en un futuro cierto o incierto. Otra consecuencia que se presenta es que los dispositivos se hacen más pequeños y los seres humanos se hacen más gordos. De otra parte, el ponente señala que los abogados son un colectivo digitalmente inculto. Los juristas han llegado tarde al mundo digital, entre otras cosas porque contaban con el fax que lo solucionaba todo. En el mundo jurídico esta falta de cultura digital se traduce en el desconocimiento del abogado al presentar una prueba tecnológica y el desconocimiento que tiene el juez a la hora de valorarla. Seguidamente, Martínez San Macario presenta un *tweet* con insultos y amenazas de muerte. Ante esto, pregunta: ¿Qué pasaría si ese *tweet* lo escribiera una máquina? (esto es, una máquina de inteligencia artificial que ha aprendido con su propio sistema a relacionarse con los humanos). En España es muy habitual relacionarnos con insultos tanto para mal o como para bien. La máquina entiende que no sería responsable, pero, ¿qué sucedería con quien la programó? La solución a este problema es compleja, a pesar de que pueda quedar claro que la lesión de derecho es gravísima. Martínez San Macario presenta varios cuestionamientos en el siguiente sentido: ¿Cómo se condena a una máquina o a su propietario cuando la máquina es autora? Al respecto, hace una cita de unas noticias publicada en internet: “Google creó un coche sin conductor ni pasajeros” y “El coche sin conductor de Tesla cruzará datos con Facebook para decidir a quién atropella”. Tesla insiste en que el 90% de los accidentes que ocurren en carretera son fallo humano, y que con sus coches se va a reducir en un 90% los accidentes. Pero, y la decisión de ¿Cómo programamos nuestro coche para que mate a los demás o para que si el daño social es menor nos mate a nosotros mismos?, ¿quién toma esa decisión?, ¿optamos por protección interior o protección de la lesión socialmente más grave?, si yo elijo proteger a mi hija, ¿soy responsable penalmente? porque mi decisión ha sido programar una máquina para decida acabar con la vida de alguien, no la mía. ¿Tiene esto sentido? Respecto al desarrollo de los androides, el ponente expone una noticia de un androide y su creador:

“en pocos años no podremos distinguir entre robots y humanos”. El creador se dedica a hacer androides que hagan lo mismo que hacen los humanos, con sus virtudes y con sus defectos. Ante eso, el ponente pregunta: ¿Conseguiremos un autor criminal? y en ese caso, ¿qué hacemos con él, con su propietario o incluso con quien se ha comprado un androide? Martínez San Macario señala que a lo mejor con la herramienta viene la obligación de su responsabilidad, de su mantenimiento, pues nuestra falta de cuidado podría generar un daño para alguien. De otra parte, el ponente plantea que si tiene un expediente en el ordenador y desaparece, esto sería un problema, porque a lo mejor ese cliente no quiere que se enteren que tiene más de 20 antecedentes penales (datos penales sensibles). Esta actuación puede generar en el perjudicado un perjuicio. En el caso de que ese descuido se cometa por una máquina que tiene inteligencia artificial por yo haberme descuidado lo suficiente, ¿generaría responsabilidad penal en mí? El ponente cree que en ese caso particular no. Martínez San Macario señala que los grandes bufetes están utilizando trabaja con datos que no son apreciables a simple vista. Es evidente que un escrito de acusación de un Fiscal, se merece un escrito de defensa en consecuencia, pero el analizar el sentido de la sentencia de un juzgado determinado para poder alegar determinadas cosas, implica una gran cantidad de datos que una persona humana no es capaz de hacer bien, lo que el sistema Watson (inteligencia artificial) entra a suplir. ¿Va a suprimir eso al abogado?, ¿el diagnóstico del a defensa de tu defendido lo va a hacer una máquina?, ¿si utilizas la máquina y le condenan estás sujeto a responsabilidad civil? El ponente concluye señalando que, desde su punto de vista, lamentablemente va a suceder que la evolución de nuestro Derecho penal va a ir por donde viene, esto es, legislar a golpe de telediario o también que la dureza del Código Penal es directamente proporcional con el número de votos. Al respecto, señala que es muy probable que en breve tengamos una responsabilidad penal “in vigilando” de quienes no hayan cumplido los deberes de control sobre una “cosa” delincuente, lo que, para él, sería algo como un “nuevo Lombroso”. Finalmente Martínez San Macario refiere que le gustaría que sucediera la total transversalidad del derecho: hay que mirar qué daño se ha producido y ver si la consecuencia es que el androide ingresa en prisión 25 años o si la consecuencia es que el humano responsable tiene que resarcir de alguna manera, es decir, más responsabilidad civil y menos responsabilidad penal. Pero esto, sostiene el ponente, no va a suceder.

#### Comentarios de la relatora

Si bien las personas nos estamos acostumbrado a la facilidad de las relaciones y de ciertas tareas por medio de las nuevas tecnologías, resulta útil plantearse futuros interrogantes que pueden surgir con el auge de la vida artificial y la inteligencia artificial. El surgimiento de sistemas expertos, redes neuronales artificiales, robots móviles y agentes autónomos múltiples sin duda están planteando retos para el derecho penal y el derecho civil. Razón por la cual es de gran importancia la capacitación de los nuevos juristas en estos ámbitos.

## SEGUNDA MESA DE TRABAJO:

**“Las nuevas medidas de investigación tecnológica y garantías constitucionales. Estabilidad del proceso penal con un pie en cada siglo”, D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de León**

**“La libertad de conciencia ante el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, D. Salvador Tarodo Soria, Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de León**

**“Internet y la contratación electrónica en el escenario tecnológico internacional”, D. David Carrizo Aguado, Profesor Ayudante de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León**

Modera: **Dña. Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de León**

Relatoría: **Alfredo Alpaca Pérez, Investigador Contratado Predoctoral de la Universidad de León**

El Profesor Dr. Álvarez Sánchez de Movellán comienza agradeciendo a los organizadores por la invitación y por llevar a cabo el seminario, para luego afirmar que presentará algunas ideas generales para comprender la modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. El ponente alude al título octavo, que tiene el nombre de “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución” (83 artículos). Al respecto, señala que el panorama es absolutamente diverso, lo tangible desaparece y reina lo tecnológico. Según el ponente, el punto de inflexión entre el antiguo título octavo y el actual título octavo está en el artículo 18 de la Constitución, que tiene que ver con la intimidad, inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. La Constitución y muy particularmente el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, tirando de la analogía mucho más allá de lo que esta permite. En opinión del ponente, aquella labor jurisprudencial ha tenido alguna ventaja, pues ha permitido, gracias al esfuerzo de los tribunales, una labor de síntesis y de reflexión muy útil y que está muy presente en la reciente reforma. Seguidamente, Álvarez Sánchez de Movellán presenta la estructura de la reforma. Se ha contemplado el capítulo cuarto de disposiciones comunes; el capítulo quinto, referido a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; el capítulo sexto, referido a la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; el capítulo séptimo, sobre la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización; el capítulo octavo, sobre registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; el capítulo noveno, sobre registros remotos sobre equipos informáticos; y el capítulo décimo, relativo a las medidas de aseguramiento. El ponente desea concentrarse en el capítulo cuarto pues, desde su punto de vista, ahí se encuentran los principios, esto es, lo que él denomina la “ideología” del legislador. En ese sentido, Álvarez Sánchez de Movellán propone una ruta para entender el capítulo cuarto. Una primera ruta (denominada “de garantías” por el ponente) vincula la solicitud (artículo 588 bis b), la resolución (artículo 588 bis c) y el control (artículo 588 bis g). Esto es así pues la solicitud va a marcar lo que se puede otorgar por parte

del Juez. La resolución, a su vez, como medida ejecutiva, va a permitir la delimitación del contenido (el cómo, el qué, el cuándo) de la nueva investigación. El control de la medida, por su parte, va a ser el elemento de cierre, esto es, lo que permita constatar que la resolución está siendo eficaz, que la resolución se adapta a lo que se ha solicitado y por lo tanto que lo que cabe esperar de toda la diligencia es algo válido. Una segunda ruta (denominada “cronológica” por el ponente) para entender las disposiciones comunes puede ser mediante la vinculación entre la duración (artículo 588 bis e), la solicitud de prórroga (artículo 588 bis f) y el cese de la medida (artículo 588 bis j). En esta segunda ruta entran en juego los principios de efectividad o motivación. Por último, una tercera ruta (de “garantías específicas”) contiene al secreto (artículo 588 bis d), la afectación a terceras personas (artículo 588 bis h), la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales (artículo 588 bis i) y la destrucción de registros (artículo 588 bis k). Todas tienen como referente común el garantizar los derechos que se ven afectados por las medidas. Ahora bien, con respecto a los principios rectores de las disposiciones comunes (artículo 588 bis a), el ponente señala que en estas disposiciones están contenidos diversos principios (especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad) que responden a la misma idea común: restricción. Seguidamente, el ponente desarrolla cada uno de tales principios, según lo dispuesto por el propio precepto. Para finalizar, Álvarez Sánchez de Movellán se vuelve a referir a las disposiciones comunes para profundizar algunas apreciaciones. Sobre la solicitud, que se prevé que sea de oficio (Ministerio Fiscal o Policía Judicial), se ha generado interés, pues según el ponente, se entiende que esta restricción responde al carácter público de este tipo de investigaciones. Estas actuaciones propias del proceso penal; se entiende, siempre y cuando se entienda que es una legitimación directa (el Ministerio Fiscal puede ir directamente, por ejemplo), pero que indirectamente las partes podrían solicitarlas, aunque esto es algo que está en discusión. Entre la solicitud y la resolución, señala el ponente, que el perfil es prácticamente el mismo. Es importante el tema de la finalidad, por lo que la resolución debe decirse cuál es la finalidad a la que responde la medida que se va a acordar, ya que esa finalidad va a ser elemento de chequeo para el control (recordar aquí la primera ruta descrita por el ponente) y si esa finalidad no se obtiene no se alcanzará la medida. El secreto, que, como antes señaló el ponente, está al servicio de la tutela de derechos, siempre se trata de actuaciones secretas aunque no se haya acordado el secreto en el sumario. Con respecto a la duración, más que a los plazos, se trata más bien de la referencia a un tiempo imprescindible, pues al tratarse de afectación de derechos, habría que tratar de resolver en el menor plazo posible.

Seguidamente, toma la palabra el Profesor Dr. Salvador Tarodo Soria, quien comienza agradeciendo a los organizadores por permitirle estar presente en el seminario y así compartir algunas ideas sobre la libertad de conciencia ante el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. El ponente considera importante comenzar señalando qué es lo que entiende por libertad de conciencia: que cada uno pueda tener sus propias ideas y convicciones y que se tenga la libertad de expresarlas o no. Asimismo, señala que le gustaría subrayar que es muy importante que cada uno pueda comportarse de acuerdo a sus ideas y creencias porque no solo es un derecho fundamental, sino que es también necesario para la propia existencia de la democracia: si no tuviésemos cada uno nuestras propias ideas o creencias no existiría el sistema

democrático. Tarodo Soria anuncia que dividirá su intervención en dos partes: primero, se dedicará a proponer una reflexión a partir de un libro; y, segundo, se dedicará a recorrer algunos de los aspectos jurídicos en el que se ven afectados desde la libertad de conciencia. El libro desde el que el ponente propone un acercamiento al tema es un libro de 1990, llamado “La sociedad transparente” de Gianni Vattimo (representante de la “corriente débil” al que también pertenecía Umberto Eco), que defendía la idea del “fin de la modernidad”, que supone que hay que analizar la realidad de forma parcial. El autor, en este libro, señala que esa necesidad de avalar esos grandes relatos que ya no son posibles para acercarse a la realidad proviene de dos factores: primero, el fin del colonialismo (que hace que pierdan vigencia todas las tesis etnocentristas de la interpretación de la realidad); y, segundo, el desarrollo de los *mass media*. El ponente quiere llamar la atención sobre una interrogante que se plantea Vattimo: ¿el desarrollo de los *mass media* (pensando el autor, conforme a su época – 1990–, en la televisión y en la radio) provoca una mayor homogeneización de la sociedad en la que todos vemos la realidad desde los mismos parámetros? ¿O provoca justo lo contrario: una explosión y multiplicación de las distintas visiones del mundo? Ante esta disyuntiva, el ponente ofrece su punto de vista: los *mass media* y las nuevas tecnologías de la información no provocan por sí solo ninguno de los efectos antes mencionados, sino que es el uso que hagamos de ellas: es el uso de los *mass media* y las nuevas tecnologías de la información lo que puede llevar a una mayor homogeneización o empobrecimiento o a una mayor diversidad o pluralismo. Seguidamente Tarodo Soria se pregunta: ¿qué necesitamos para garantizar un buen uso? Para esto se necesita, entre otras cosas, la intervención del derecho, esto es, que se adopten medidas para garantizar algún tipo de autorregulación o algún tipo de control o regulación por parte del Estado. Aquí es cuando el ponente anuncia la segunda parte de su ponencia, relacionada al abordaje jurídico del tema. ¿Qué aspectos son relevantes desde el punto de vista de la necesidad de proteger que cada uno tenga sus propias convicciones? En primer lugar, la intimidad, que es un derecho básico. La intimidad, entendida no solo como un espacio de abstención de la intervención de terceros, sino también un espacio en el que uno se autorealiza como persona. En segundo lugar, el derecho a la educación. Allí donde no hay educación, no es posible tener un juicio autónomo, y si no hay juicio autónomo, no es posible interpretar todas las informaciones que tenemos a nuestro alcance (que hoy en día se encuentran principalmente en internet). Por tanto, si los *mass media* homogenizan o no homogenizan, depende de la capacidad crítica del receptor, y esa capacidad crítica depende, a su vez, de la protección del derecho a la educación. En tercer lugar, el derecho a la libertad de información y de expresión, que tienen una peculiaridad jurídica: además de ser derechos fundamentales, son también, según el Tribunal Constitucional, garantías institucionales (son garantías de una opinión pública libre) y, por lo tanto, requieren de una protección reforzada cuando entran en conflicto con otros derechos.

Posteriormente, toma la palabra el Profesor David Carrizo Aguado, quien comienza agradeciendo a los organizadores por la invitación al seminario y señala que su ponencia gira en torno a dos cuestiones: primero, cómo internet, como tal, está regulada en el ámbito internacional; y, segundo, lo relativo al comercio electrónico, específicamente, cuándo interviene el elemento internacional en este tipo de contratación on line. Es conocido que la evolución tecnológica en la que nos

encontramos en la actualidad ha conducido a una expansión masiva de los servicios electrónicos de tipo interactivo. En el plano técnico, el elemento fundamental es internet, pues hace que podamos afirmar que el entramado mundial de redes vinculadas entre sí haga posible la comunicación inmediata (o casi inmediata) desde cualquier dispositivo electrónico en cualquier lugar del mundo. De esta afirmación deduce el ponente el elemento internacional, presente en el ámbito de las comunicaciones y principalmente en el sector del comercio electrónico. Es conocido que esta globalidad en la comunicación implica ciertos riesgos sobre los que el derecho debe dar una respuesta efectiva. La manipulación de contenidos o la vulneración de derechos (principalmente en el campo del derecho al consumo internacional) suponen escenarios complejos que parecen acentuarse cuando se realizan en un escenario transfronterizo. En cuanto a las estructuras de gobernanza de internet, se puede decir que los Estados siempre se han mantenido al margen, por lo que parece haber una omisión en cuanto a la regulación de este asunto concreto. Si bien ha habido una intervención de gobiernos u organizaciones no gubernamentales del sector privado o inclusive la sociedad civil, no ha sucedido lo mismo con los Estados como tales, esto es, como agentes de los que emana legislación. Un asunto importante que ya se destacó en 2012 en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, es el referido a que los Estados deben promover y facilitar el acceso a internet y a la cooperación internacional encaminada al desarrollo de los medios de comunicación e información en todos los países. A pesar de que esto puede reflejar una preocupación de los Estados en este ámbito, el ponente señala que no se ha dado un paso más allá. Carrizo Aguado propone mencionar brevemente qué instituciones existen en la actualidad que garantizan un funcionamiento seguro y un desarrollo de internet a través de ciertos protocolos y líneas de actuación emanados de estas instituciones. Fundamentalmente son cuatro: Internet Society o ISOC (intervienen de manera directa para delimitar los estándares técnicos que giran en torno a la utilización de la red de redes); Internet Architecture Board o IAB (busca investigar y desarrollar las tecnologías en ese sector); World Wide Web Consortium o W3C (que formula numerosas recomendaciones o estándares principalmente centrados en el ámbito del software) e Internet Assigned Numbers Authority o IANA (que se concentra en emitir informes sobre los nombres de dominio en el campo de internet). De todas estas instituciones interesa, según el ponente, reconocer que no son organismos estatales y solamente crean ciertas reglas escritas y estándares que siempre quedan supeditados a la aprobación de leyes por parte de las instancias estatales pertinentes. Inclusive podríamos cuestionar, según el ponente, la legitimidad que tienen estas instituciones para diseñar la línea jurídica en torno al campo de internet. Lo que no se puede negar es que constituyen una ayuda para fijar los estándares tecnológicos y la ordenación técnica de internet, pero, desde el ámbito jurídico, es posible encontrar ciertas deficiencias. Esta es entonces, de manera muy genérica, cómo se organiza la gobernanza de internet en el ámbito internacional. En cuanto a la segunda parte de su intervención, el ponente señala que la contratación electrónica constituye un campo bastante amplio que merece un abordaje más detallado. Carrizo Aguado parte reconociendo que la parte débil de una contratación on line puede ser el consumidor. Esta situación se complica, pues dado que tal contratación se realiza en el ámbito internacional, muchas veces uno contrata sin saber con quién lo hace, o dónde en el mundo se encuentra la persona con la que se realiza la contratación, qué legislación puede ser aplicable, dónde y ante quién reclamar en caso haya un incumplimiento

contractual. Todo esto podría sugerir una intranquilidad para el consumidor. En la práctica, una cuestión muy común tiene que ver con las cláusulas de sumisión a los tribunales: en el ámbito de la contratación electrónica es bastante usual que el empresario (que el consumidor, como antes se dijo, no conoce) introduzca una cláusula que señala que en caso de conflicto o incumplimiento contractual serán competentes los tribunales del domicilio del empresario. Esto va en detrimento de los derechos del consumidor. Carrizo Aguado, tomando en cuenta los reglamentos comunitarios pertinentes, señala que, en el ámbito de la contratación electrónica, parece ser que, en este caso, el pacto sería nulo: cualquier cláusula de sumisión establecida con anterioridad al surgimiento del litigio es nula. A pesar de esto, diariamente se encuentra esta situación en la red (por ejemplo, mediante la compra on line de billetes de avión). El ponente señala que los tribunales han incidido en la forma de resolución de este problema: ofreciendo mayor información (o información más clara o más directa) en la propia página web. En el marco de los contratos electrónicos, ante un eventual incumplimiento, es bastante común que el consumidor quede indefenso pues no sepa dónde reclamar o cómo interponer una reclamación. En los hechos, el procedimiento es complejo y costoso, pues la actuación jurisdiccional no es sencilla para el consumidor medio. Por ello, una de las últimas novedades al respecto a nivel comunitario tiene que ver con el tratamiento de la complejidad para el acceso a la vía jurisdiccional a partir de una contratación electrónica: mediante la habilitación de la vía extrajurisdiccional para efectuar reclamaciones en materia de contratación electrónica. Carrizo Aguado señala que el objetivo del establecimiento de esta vía extrajudicial es que un tercero neutral interceda en los intereses de las partes para intentar solucionar el conflicto que emana de una contratación electrónica o que surge de cualquier plataforma tecnológica habilitada al efecto. Esta regulación se sustenta en el principio de confianza que posee el consumidor para resolver el litigio y en la adhesión voluntaria del empresario a la resolución por la vía extrajudicial. Finalmente, destaca en ponente que, en cuanto a mecanismos extrajudiciales, existen dos normas: la Directiva 2013/11 (que no ha sido aún transpuesta por el Estado español a su legislación) y un Reglamento Europeo 524-2013 (de cumplimiento obligatorio a partir de 9 de enero de 2016, aunque España aún no ha habilitado la correspondiente plataforma en internet).

#### Comentarios del relator

Las intervenciones de los participantes en la segunda mesa de trabajo constituyen un claro ejemplo de las diversas manifestaciones que la utilización de internet supone en diversos ámbitos de la vida y que tienen trascendencia para el derecho. Primero, cómo las técnicas de investigación de hechos (en este caso, de delitos) deben actualizarse y adaptarse a la propia dinámica de las tecnologías de la información, de tal manera que puedan poseer una real capacidad de rendimiento de cara a una suficiente determinación de hechos que puedan resultar relevantes en el marco de un procedimiento penal. Este asunto es muy importante pues, como es evidente, tanto la delincuencia común como la de mayor complejidad (económica, por ejemplo) recurre frecuentemente a la utilización de dispositivos electrónicos (para facilitar la comunicación entre los participantes, para organizar el plan criminal, etc.) o a la utilización de bases de datos en donde conste información técnica (contable, financiera) que resulte funcional a la realización (y ocultamiento) del hecho. En ese

marco, la adecuación de las técnicas de investigación a las nuevas tecnologías, al suponer una intervención en esferas de índole privada (comunicaciones personales mediante correos electrónicos, mensajes de texto, etc.), genera necesariamente un debate sobre hasta qué punto es legítima esa capacidad de intervención en aras de la búsqueda de elementos de prueba a ser incorporados a un proceso. Segundo, cómo la libertad en el uso de las nuevas tecnologías de la información implica, como consecuencia, la responsabilidad de quien no lo haga correctamente. Qué criterios permitirían (o harían legítimo y razonable) una autorregulación o una regulación por parte del Estado, constituye un asunto que debe abordarse desde el ámbito del derecho. En ese sentido, como señaló el ponente, ha de tomarse en cuenta la concurrencia de los derechos que están en juego en este debate: el derecho a la intimidad, el derecho a la educación y el derecho a la libertad de información y expresión. Cualquier decisión que se tome sobre el tema representará, sin lugar a dudas, un escenario necesario de tensión entre los mencionados derechos. Constituirá una labor del jurista interesado en estos temas plantear una solución razonable y conforme a principios. Tercero, cómo el derecho debe resolver asuntos relativos al incumplimiento de contrataciones en escenarios, hasta hace unos años, completamente atípicos: donde las partes no se conocen, se encuentran espacialmente en lugares distintos (países e inclusive continentes diferentes) y cuyo único factor común puede ser el acceso a un dispositivo electrónico con internet. La proliferación actual de actos jurídicos que tienen por objeto bienes y servicios por medio de internet posiblemente sea un ámbito en el que falta perfilar aspectos específicos, de cara a nivelar las condiciones de los contratantes y, en la medida de lo posible, asegurar una situación de igualdad. Las cláusulas generales de contratación o las cláusulas de sumisión podrían constituir elementos que precisan de un mayor análisis jurídico, no solo para garantizar al consumidor que el bien o servicio objeto de su prestación será entregado o realizado conforme a sus expectativas, sino también para condicionar las actividades del empresario a una necesaria previsibilidad en los casos de conflictos emanados por incumplimiento de contrataciones electrónicas.



## **ACTAS DEL III SEMINARIO SOBRE RELACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES: EL RETO DE LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES Y SU REPERCUSIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA**

Y actividades realizadas en el Curso de Verano titulado “Status jurídico de los extranjeros en la UE y su implicación en las políticas de integración y en el seno del IV Seminario sobre Relaciones Jurídicas Internacionales: avances y retrocesos en la política migratoria europea

**Profa. Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez**

Profesora TU, acreditada Catedrática, de Derecho internacional privado  
Universidad de León

**Prof. D. David Carrizo Aguado**

Profesor ayudante de Derecho internacional privado  
Universidad de León

### **I. INTRODUCCIÓN Y DATOS A RESALTAR**

La celebración de estas jornadas sobre la incidencia de los desplazamientos de personas de carácter transfronterizo, concretamente el III Seminario sobre Relaciones Jurídicas Internacionales celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de León, los días 14 y 27 de octubre de 2015 se centró en “El reto de la integración de los inmigrantes y su repercusión en la UE”; y el IV Seminario sobre Relaciones Jurídicas Internacionales: Avances y retrocesos en la política migratoria europea, impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de León los días 27 y 28 de septiembre de 2016, nos permite apuntar que se ha conseguido consolidar y dar continuidad a las reuniones celebradas al Seminario anual sobre Relaciones Jurídicas Internacionales.

Cabe recordar que las reuniones anuales comenzaron su andadura con el I Seminario sobre Relaciones Jurídicas Internacionales: Familia e Interculturalidad. El Grupo (INNAIN) de la Universidad de León contó con la colaboración de cuatro universidades extranjeras: Université Abdelmalek Essaadi (Marruecos), Universidad Autónoma del Estado de México (México), Università della Calabria (Italia), Universidad de Cartagena (Colombia), impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de León, los días 6 y 13 de noviembre de 2013. Contó con 15 ponentes (siete españoles, ocho extranjeros) y fue seguido –presencialmente y a través de la plataforma Moodle– por 526 alumnos inscritos dentro y fuera de España. Y, al II

Seminario sobre Relaciones Jurídicas Internacionales: Inmigración, Educación e Interculturalidad, impartido en la Escuela de Ingenierías Industrial e Informática de la Universidad de León, los días 13 y 20 de noviembre de 2014.

La directora del área de Derecho internacional privado de la Universidad de León, Aurelia Álvarez Rodríguez, es la responsable tanto del Grupo de Investigación relativo a la regulación de los flujos migratorios (INNAIN) como del Grupo Innovación Docente de la ULE sobre “Inmigración, nacionalidad e interculturalidad” (GID-INI). De los trabajos conjuntos de todos los miembros que constituyen los dos grupos señalados han llevado a cabo cuatro ediciones del Seminario sobre Relaciones Jurídicas Internacionales y un Curso de Verano.

No cabe duda que lo que se pretende es dar a conocer una visión general de la política migratoria europea y española desde una perspectiva multidisciplinar de carácter teórico-práctica. Entre sus objetivos fundamentales destacan dos aspectos: distinguir claramente los diferentes regímenes normativos según el colectivo y el origen de las disposiciones legales; además de divulgar no solo las normas sino también la interpretación de las mismas, analizando la jurisprudencia más relevante, en materias tales como: matrimonios poligámicos, diálogo intercultural, sustracción de menores, expulsiones forzadas, trata de seres humanos, integración de inmigrantes, entre otros.

## **II. ACTAS DEL III SEMINARIO SOBRE RELACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES: EL RETO DE LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES Y SU REPERCUSIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA**

Este encuentro se inició con unas palabras de bienvenida por parte del Dr. Juan José Fernández Domínguez (Decano de la Facultad de Derecho) y Dr. José Luis Chamosa González (Vicerrector de Relaciones Internacionales y Relaciones Institucionales de la ULE).

En la primera jornada, el día 14 de octubre tras la presentación por parte de las autoridades académicas, se comenzó con un trabajo intenso que contó con una Ponencia general marco y una mesa redonda.

**TÍTULO PONENCIA: “Análisis de los flujos migratorios procedentes de África”**  
Ponente: D. Jesús García Luengos, Investigador del Grupo de Estudios Africanos (GEA) de la UAM. Evaluador de proyectos de la AECID

La ponencia aborda algunas claves de una dimensión que normalmente permanece oculta a nuestra mirada y conocimiento, y que los medios de comunicación abordan de forma superficial y esporádica. Esta dimensión hace referencia a las condiciones de vida de los migrantes africanos, sus causas, y a aquellos actores –fundamentalmente políticos y económicos, tanto africanos como externos– que desempeñan un papel clave en esta cuestión. El análisis se centra en la región de África Subsahariana y, sobre todo, en los países ricos en recursos naturales (en torno a 30

países de un total de 49). Se estima que un tercio de las reservas minerales del mundo se encuentran en dicha región y en torno a un 10% de las reservas de petróleo.

La premisa de partida es que para un conocimiento completo de todo el fenómeno migratorio –y, por tanto, para la adopción de medidas consecuentes– resulta primordial ampliar la perspectiva y profundizar en el conocimiento de dichos países de origen. Estos países se caracterizan por mantener relaciones económicas muy relevantes con numerosos actores internacionales y por un grado considerable, en muchos casos, de dependencia, tanto en relación a la Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD) que reciben como para el desarrollo de sus industrias extractivas (son las empresas occidentales y de algunas potencias emergentes, como China, las que poseen el capital financiero y la tecnología necesaria), entre las que destacan los hidrocarburos y los minerales. A dichos efectos, el análisis de la trayectoria histórica de estos países –durante su etapa de colonización como en su fase postcolonial– es determinante.

Se trata de países por tanto con una gran riqueza que, sin embargo, han incurrido en la denominada "maldición de los recursos" por obra y gracia de un sistema de expolio protagonizado por las elites africanas en alianza con las multinacionales internacionales, respaldadas frecuentemente por sus respectivos gobiernos. Este sistema de explotación se caracteriza por un expolio de las riquezas sustentado en la utilización de paraísos fiscales (lo que se traduce en ingentes volúmenes de fondos –que superan la AOD– objeto de evasión y elusión fiscal) y una gran corrupción. El resultado son estados rentistas que no han diversificado sus economías y que, por otro lado, han fortalecido sus fuerzas de seguridad, de carácter netamente represivo. A la ausencia de libertades y derechos fundamentales en estos países, se le añaden altos índices de inestabilidad (con el estallido recurrente de conflictos violentos), unos servicios sociales básicos absolutamente deficientes, unos indicadores de desarrollo humano bajo mínimos y amplias capas de la población en condiciones de pobreza extrema.

Este expolio ha generado, en consecuencia, en muchos países, el caldo de cultivo perfecto para que cientos de miles de jóvenes –conectados cada vez más a través de las nuevas tecnologías y las redes sociales a lo que sucede en otras latitudes– decidan emprender la aventura migratoria (en una buena parte de casos, dentro de la propia región subsahariana), aún a riesgo de perder con muchas probabilidades su vida en el intento. El conocimiento de todas estas cuestiones se revela por tanto primordial si realmente se quiere atender al origen y raíz de dicha problemática, de forma multidimensional y con estrategias consecuentes a medio y largo plazo. Hasta el momento, sin embargo, los actores responsables de la situación descrita, continúan con sus dinámicas de explotación de los recursos naturales (marcadas por sus propios intereses económicos, geopolíticos y de seguridad energética) dejando completamente al margen al conjunto de la población africana, que es en realidad la legítima titular de dichos recursos.

**Primera Mesa Redonda sobre “Aspectos jurídicos de la integración de inmigrantes en el ámbito penal y laboral”**

Moderadora de mesa: **Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez**

Título Ponencia: **“La integración social del extranjero según su talento”**

Ponente: **Dr. Juan José Fernández Domínguez**. Catedrático de Universidad. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

Abordar en Derecho el análisis del movimiento internacional del talento supone, como tarea previa, interrogarse sobre sus causas, direcciones e intereses en presencia.

Respecto de los motivos, conviene significar su coincidencia con cuantas actúan en los movimientos migratorios generales, con el catalizador fundamental de las razones económicas-laborales, al cual cabrá añadir los demo-geográficos y los político-sociales.

Convendrá advertir, empero, sobre la diferente incidencia (sector del mercado, mayores facilidades, etc.) que también repercuten en los distintos destinos, pues siendo el Sur-Norte el preponderante en ambas corrientes, cuestiones singulares se abren para los más cualificados, como la batalla entre los países del Norte, la senda Sur-Norte abierta por las multinacionales o la importante influencia del volátil I+D+i.

El debate fundamental quedará situado, no obstante, en explicar si esta es una “fuga de cerebros” que perjudica al receptor (problemas de integración o pérdidas de estímulos educativos), al emigrante (en particular por la infraocupación) y al país de origen (inversiones en educación, falta de personal cualificado, pérdida de inversiones, ...) o, por el contra, un movimiento donde todos salen ganados, incluso quienes deben desprenderse de los mejores y más valiosos (incentivos al estudio, recuperación de “cerebros”, aprovechamiento de su propiedad intelectual, remesas o actuación de las diásporas). Sobre el balance final se ha de asentar la reflexión jurídica, con un doble y grave hándicap de partida: de un lado, existe un derecho universal a emigrar, pero no el correlativo a inmigrar; de otro, en esa “guerra” por el talento todo vale, abandonando el problema a leyes nacionales tan cicateras con el resto, como favorables cuando vislumbran un beneficio más que potencial.

Para un estudio más detallado, *vid.* FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El movimiento internacional de trabajadores altamente cualificados: claves previas para su análisis en los ordenamientos jurídicos europeo y español”, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (Dir.), ÁLVAREZ CUESTA, H. (Coord.), *Empleo juvenil: Un reto para Europa (Youth employment: A challenge for Europe)*, Civitas Aranzadi, 2016.

Título Ponencia: **“Integración laboral de las mujeres inmigrantes”**

Ponente: **Dr. Roberto Fernández Fernández**. Profesor Titular de Universidad. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

Un repaso por las diferentes actuaciones de los poderes públicos en materia de fomento del empleo y la ocupación de las mujeres inmigrantes lleva a colegir que la perspectiva de género no ha sido incorporada a las políticas de empleo destinadas a los inmigrantes por parte de las Administraciones españolas. En este sentido, las trabajadoras extranjeras únicamente pueden acceder a las medidas de inclusión en el mercado laboral español por su condición de mujer o por su estatus de inmigrante, si bien esta última condición tampoco ha sido objeto de reconocimiento expreso por parte del legislador español a la hora de desarrollar y ejecutar su política de empleo, más allá de su reconocimiento como personas con dificultades de integración en el artículo 19.octies.1 de la Ley 56/2003.

A la circunstancia normativa anterior, cabe hacer referencia a cuanto ha sido denominado un triple factor de discriminación que dificulta la inserción laboral de las mujeres inmigrantes en España: en primer término, su género, habida cuenta el sistema español de relaciones laborales dista mucho de alcanzar la tan ansiada igualdad de trato entre hombres y mujeres; en segundo, el lugar de nacimiento, pues el tratamiento hacia el extranjero está cargado de estereotipos y tópicos comunes que impiden una adecuada incorporación al mercado laboral; en fin, la incorporación de este colectivo de trabajadoras en actividades y sectores de empleo oculto o sumergido y, en ocasiones, ilícito y, cuando encuentran un trabajo legal, lo hacen en sectores netamente precarizados, en los cuales las condiciones laborales no son las más óptimas, como puede ser el servicio doméstico o el cuidado de dependientes.

De ahí, que no falten voces que abogan por solicitar de los poderes públicos una atención específica para este colectivo, estableciendo medidas tendentes a fomentar su contratación e incorporación al sistema español de relaciones laborales, luchando contra las desigualdades que las mujeres extranjeras sufren en el acceso a un empleo.

Título Ponencia: **"La integración laboral de las víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual"**

Ponente: **Dra. Henar Álvarez Cuesta**. Profesora Titular de Universidad. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

La trata de seres humanos es un fenómeno de preocupantes dimensiones que constituye una de las más escandalosas y sangrantes formas de reducción del ser humano a simple mercancía, y representa una de las violaciones más graves de los derechos humanos. La trata de seres humanos con fines de explotación sexual, especialmente de mujeres y de niñas, sus principales víctimas, constituye una de las vertientes más crueles de este ilícito comercio. Es, en realidad, una manifestación más de la situación de desigualdad en la que se encuentran las mujeres en muchos lugares del mundo y constituye una clara expresión de la violencia de género.

La integración social camina por la senda del empleo (o autoempleo), y tal sucede también con las víctimas de trata de seres humanos o explotación sexual. Sin embargo, y a salvo la autorización temporal destinada sólo a inmigrantes "irregulares", no

existía medida específica alguna destinada a favorecer el acceso de estas mujeres a un trabajo digno.

A nadie escapa que constituyen un colectivo en claro riesgo de exclusión social, sin embargo, ni la Ley 5/2011, que regula la economía social; ni la más específica Ley 44/2007, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, incluyen de manera directa a las víctimas de trata de seres humanos o de explotación sexual. Bien es cierto que, de forma indirecta, sí lo hace esta última, al considerar en riesgo de exclusión a cualquier persona que esté percibiendo una renta mínima de inserción (o no pudiera acceder a dichas prestaciones por faltarle el período exigido de residencia o empadronamiento) o provenga de centros de alojamiento alternativo o de servicios de prevención e inserción social.

Al examinar los requisitos impuestos por las distintas Comunidades Autónomas para resultar beneficiario de dichas rentas (o la propia de renta estatal), de nuevo, salvo error u omisión, ninguna prevé excepción alguna que favorezca su otorgamiento a este colectivo (similares, por ejemplo, a las previstas para las víctimas de violencia de género). Por tanto, las víctimas de trata de seres humanos o explotación sexual son sometidas a los férreos requisitos comunes; únicamente, la Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de Inclusión social de Galicia, regula la tramitación abreviada para su concesión.

De trasladar esta ausencia de consideración legal específica a las distintas políticas activas de empleo previstas en las normas españolas, y pese a que la Ley 56/2003 señala entre sus objetivos asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente –entre otros–, mujeres, las distintas medidas fruto de las sucesivas reformas legales en este ámbito han olvidado también prestar atención (y por ello, diseñar ayudas *ad hoc*) para este colectivo. Ni el contrato indefinido de apoyo a emprendedores; ni las bonificaciones previstas en la Ley 43/2006, las menciona expresamente (como sí hace con las víctimas de violencia de género) y sólo accederán a estos instrumentos si han sido considerados previamente trabajadores en situación de exclusión social (conforme a las reglas comunes anteriores).

Por su parte, las Leyes 11 y 14/2013, ambas de apoyo al emprendimiento, mantienen el silencio sobre las víctimas de trata de seres humanos o explotación sexual, centrando su atención en los jóvenes, personas con discapacidad o parados de larga duración.

Pero esta falta de sensibilidad del legislador, traducida en carencia de instrumentos específicos que favorezcan la inserción laboral de las víctimas, no siempre fue tal. El pretérito contrato para el fomento de la contratación indefinida sí contemplaba, como colectivo incluido, a las “mujeres desempleadas víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos” (disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio), introducido este colectivo por la Ley 35/2010, de 27 de septiembre y derogada esta disposición por el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero. Su recorrido fue, en definitiva, muy corto, hasta el punto de no poder hacer una valoración sobre su alcance y efectividad.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su disposición final 8ª introduce un nuevo apartado 4 ter en el art. 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo: “los empleadores que contraten indefinidamente a víctimas de trata de seres humanos, identificadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y que, en su caso, hayan obtenido la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, sin que sea necesaria la condición de estar en desempleo, tendrán derecho, desde la fecha de celebración del contrato, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado, de 125 euros/mes (1.500 euros/año) durante 2 años.

**Título Ponencia: “El Derecho penal al servicio de la integración de los inmigrantes en España: el delito de matrimonio forzado”**

**Ponente: Dra. María Anunciación Trapero Barreales.** Profesora Titular, acreditada Catedrática, de Derecho Penal. Universidad de León

En la comunicación se aborda la utilización del nuevo delito de matrimonio forzado en la lucha contra determinadas prácticas atentatorias contra derechos fundamentales que suelen afectar particularmente a mujeres y niñas procedentes de determinados países.

Como cuestión previa se contextualiza esta práctica, haciendo hincapié en la necesaria delimitación conceptual, para evitar que, bajo el pretexto de la lucha contra los matrimonios forzados, se utilice el Derecho penal para la prevención de determinadas prácticas producto de tradiciones y culturas diferentes, convirtiéndose así el delito de matrimonio forzado en un mero delito cultural. Porque en una sociedad plural de un Estado social y democrático de Derecho se ha tener especial cuidado para el máximo respeto de culturas y tradiciones de las personas que, por distintas razones, llegan a nuestro país, huyendo de cualquier política que suponga su asimilación. El respeto a tradiciones y culturas ha de estar garantizado, con el límite de que no supongan un atentado contra un derecho fundamental (como puede suceder con la práctica del matrimonio forzado).

Tras la delimitación conceptual, se ofrece información sobre la incidencia de esta clase de matrimonios en nuestro país, una práctica escasamente conocida en España, salvo algún dato estadístico recogido en Cataluña, explicado este hecho porque la legislación autonómica de esta Comunidad Autónoma sobre la violencia de género o violencia contra la mujer de manera específica alude a este tipo de prácticas.

En esta fase previa, dirigida a delimitar claramente el problema de los matrimonios forzados, se insiste en dos aspectos importantes: existe íntima relación o conexión entre matrimonio forzado y violencia de género o contra la mujer, por un lado, y entre matrimonio forzado e inmigración, por otro lado. Pero esta conexión o relación no significa identificación, ni con uno ni con otro fenómeno.

A continuación, se aborda de qué manera se ha pretendido utilizar el Derecho Penal en la prevención de los matrimonios forzados, porque en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se ha introducido en este texto legal un nuevo delito con este *nomen iuris*. Se hace especial hincapié en los aspectos problemáticos que plantea esta nueva figura delictiva, a la vista de los elementos que configuran esta nueva modalidad delictiva, pensada para dar un tratamiento agravado a este ataque contra la libertad, pero que, en comparación con otras figuras delictivas ya existentes, puede resultar el efecto contrario al perseguido: un tratamiento benévolo.

Finalmente se destacan los cambios que en la reforma de 2015 también se han realizado en otra figura delictiva, el delito de trata de personas, en concreto, con la introducción expresa de una nueva finalidad, la celebración de matrimonios forzados. Un cambio legislativo que va a provocar enormes problemas concursales entre este delito, dirigido a la protección de la dignidad, y el delito de matrimonios forzados, pensado para la protección del derecho a contraer matrimonio libremente (y en igualdad, en términos planteados por el Consejo General del Poder Judicial).

Título Ponencia: **“La mutilación genital femenina desde el punto de vista del Derecho penal”**

Ponente: **Dra. Isabel Durán Seco**. Profesora Contratada Doctora (acred. Titular) de Derecho Penal. Universidad de León

El fenómeno migratorio supuso un mayor pluralismo cultural, religioso e ideológico, lo que hizo que la mutilación genital femenina llegase a España. El Estado no puede admitir, bajo el alegato a la libertad de conciencia o amparo de la tradición y de la costumbre, todas las actuaciones que según criterios individuales sean conformes a los dictados de la conciencia, pues esto supondría olvidar la afectación de bienes jurídicos de fundamental importancia como, por ejemplo, pueden ser la vida o la integridad física.

Las razones que se alegan para practicar en ciertos grupos humanos la mutilación son múltiples. Las consecuencias que con esta práctica se producen son tanto lesiones físicas como psíquicas.

La relevancia jurídico-penal de esta conducta es indiscutible, pues se considera que la práctica de mutilaciones genitales (normalmente femeninas) supone un atentado a la integridad física y mental, concretamente un delito de lesiones recogido en los artículos 147 ss. del CP. Entre las distintas modalidades de lesiones que se distinguen en nuestro CP encontramos la que diferencia, a la hora de imponer la pena, entre que se haya causado la pérdida o inutilidad de un miembro u órgano principal o no principal.

La cuestión en esta materia estribaría en determinar si el clítoris es un miembro u órgano principal, y de ese modo castigar la conducta con mayor pena, en concreto con la pena de 6 a 12 años o, si, por el contrario, se considera no principal y castigarlo con la pena de 3 a 6 años de prisión.

Fue la LO 11/2003 la que decidió darle el carácter de principal y modificó art. 149 CP. La reforma consistió en la introducción de forma expresa de la mutilación genital, es decir, en que la mutilación genital pasase a constituir un delito autónomo, al igual que ocurre en muchos países de la UE. Asimismo, se previó la posibilidad, si la víctima fuese menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, de imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

Más importante era el problema del enjuiciamiento por parte de nuestros tribunales de estos hechos cuando se habían realizado fuera de nuestro territorio, pues atendiendo al principio de territorialidad ello no era posible. De ahí que a través de la LO 3/2005 se modificase el art. 23 LOPJ permitiendo que se pudiese aplicar la ley española a supuestos de mutilación genital, aunque no hubieran ocurrido en España (principio de universalidad o de justicia universal).

**En la segunda sesión, el día 27 de octubre, en jornada de mañana y de tarde se impartieron varias ponencias y se realizó una mesa redonda.**

Título Ponencia: **“La integración de inmigrantes a través del acceso a la nacionalidad española: especial análisis de la Ley 12/2015”**

Ponente: **Dra. Marina Vargas Gómez-Urrutia**. Profesora titular de Derecho internacional privado. UNED

La profesora Vargas Gómez-Urrutia da cuenta en su ponencia de las novedades establecidas en la Ley 12/2015, de 24 de junio que ha venido a establecer un “nuevo procedimiento” para la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza para los sefardíes originarios de España.

Tras una breve exposición sobre la tramitación parlamentaria de la Ley 12/2015 en que se puso de relieve las vicisitudes del proyecto de Ley tanto en el Congreso como en el Senado y, en particular, se destacó la falta de coherencia entre el texto finalmente aprobado y la Exposición de Motivos, la ponencia se centró en el análisis del nuevo procedimiento que establece la Ley.

De modo sintético, se destacó la complejidad del procedimiento (electrónico) que obedece, en opinión de la ponente, a la multiplicidad de autoridades administrativas intervinientes y a la difícil, y en ocasiones innecesaria, prueba de la condición de sefardí originario de España y el reconocimiento de su vinculación con España.

Por lo que respecta a las autoridades intervinientes, la ponente destacó la multiplicidad de autoridades, lo que puede restar eficacia al procedimiento, y se centró en la comparecencia ante Notario (una vez presentada la solicitud en la plataforma habilitada al efecto por el Ministerio de Justicia) siendo esta autoridad la que habrá de verificar la certeza de los hechos en que se funda la solicitud de la nacionalidad.

Otra de las novedades de la Ley, quizá la más relevante (también se exige en el nuevo procedimiento de adquisición de la nacionalidad española por residencia regulado en el RD 1004/2015) se refiere a la prueba de integración articulada en torno al obligatorio test del Instituto Cervantes.

La norma establece que si el interesado es mayor de dieciocho años –y no tiene la capacidad modificada judicialmente–, se exigirá la superación de dos pruebas, una de conocimiento básico de la lengua española (con obtención de un diploma de español como lengua extranjera DELE de nivel A2 o superior) y otra sobre la Constitución y la realidad social y cultural españolas. Esta cuestión dio lugar a un interesante debate entre los asistentes.

Título Ponencia: **“La integración de inmigrantes a través del acceso a la nacionalidad española: especial análisis del Proyecto de Reglamento de naturalización por residencia”**

Ponente: **Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez**. Profesora titular, acreditada Catedrática, de Derecho internacional privado. Universidad de León

La Disposición final 7ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil imponía una reforma sobre la forma de acreditar el requisitos exigido para obtener la nacionalidad española por residencia. El 15 de octubre entraba en vigor un nuevo procedimiento de naturalización por residencia. Ahora bien, su adopción se demoró tres semanas, al no ser aprobado hasta la reunión celebrada por el Consejo de Ministros de 6 de noviembre de 2015, en el que se dio el visto bueno al RD 1004/2015. De sus disposiciones se deducen varios cambios muy importantes en la tramitación de las solicitudes de naturalización por residencia: se regula un procedimiento de carácter netamente administrativo, basado en la tramitación electrónica en todas sus fases con el fin de acortar sensiblemente los plazos de resolución. Así pues, tramitación del procedimiento tendrá carácter electrónico y su instrucción corresponderá a la DGRN; el requisito sustantivo relativo a los plazos de residencia exigidos si bien continua regulado en el Código Civil, su acreditación así como la exigencia de buena conducta y la suficiente integración en la sociedad española deberán ser probadas mediante los documentos y demás pruebas previstas en la ley y reglamentariamente. La acreditación del suficiente grado de integración en la sociedad española requerirá la superación de dos pruebas que serán diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes. Además, este procedimiento estará sujeto al pago de una tasa de 100 euros a abonar por la iniciación de la petición para obtener la nacionalidad española por residencia. Dicha tasa no incluye los precios de las pruebas de examen DELE y de conocimientos constitucionales y socioculturales de España (CCSE).

Título ponencia: **“Requisitos lingüísticos y conocimientos constitucionales y socioculturales para la obtención de la nacionalidad española”**

Ponente: **Dra. Milka Villayandre Llamazares**. Profesora de la Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de León

La entrada en vigor en octubre de 2015 de las Leyes 12/2015 y 19/2015 ha significado, además de otros requisitos, la necesidad de superar dos pruebas para aquellos que desean acceder a la nacionalidad española: una prueba de conocimientos lingüísticos y otra de conocimientos constitucionales y socioculturales, ambas diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes a instancias del Ministerio de Justicia.

Los destinatarios son aquellas personas mayores de edad que quieran obtener la nacionalidad española, incluidos los sefardíes originarios de España. Quedan exentos de la realización de las dos pruebas los menores de edad y las personas tuteladas; y de la prueba de conocimientos lingüísticos, los nacionales de países o territorios en los que el español es idioma oficial.

En concreto, la prueba lingüística que se exige es el Diploma de Español como Lengua Extranjera (DELE) de nivel A2 o superior, título oficial que otorga el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en España, con reconocimiento internacional. Este examen es obligatorio para todos los candidatos no hispanohablantes.

No se trata de una prueba nueva, sino que forma parte de las certificaciones en los seis niveles (A1, A2, B1, B2, C1 y C2) que reconoce el Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas en el contexto europeo. La superación del DELE A2 “acredita que el candidato es capaz de comprender frases y expresiones cotidianas de uso frecuente relacionadas con áreas de experiencia que le son especialmente relevantes (información básica sobre sí mismo y su familia, compras, lugares de interés, ocupaciones, etc.)”.

Este examen consta de dos partes: una centrada en las destrezas de lectoescritura (comprensión de lectura –60 minutos–, y expresión e interacción escritas –50 minutos–) y la otra, en las destrezas orales (comprensión auditiva –35 minutos– y expresión e interacción orales –15 minutos–). El candidato debe superar las dos partes con un mínimo de 30 puntos en cada una (el máximo posible en el examen son 100 puntos) para poder obtener calificación de apto.

Existen cinco convocatorias ordinarias al año, fijadas por el Instituto Cervantes, en abril, mayo, julio, octubre y noviembre. La inscripción se abre el 15 de febrero. Para el 2016, las fechas son: 15 de abril (inscripción hasta el 16 de marzo), 21 de mayo (inscripción hasta el 13 de abril), 15 de julio (inscripción hasta el 8 de junio), 21 de octubre (inscripción hasta el 14 de septiembre) y 26 de noviembre (inscripción hasta el 19 de octubre).

No obstante, cada centro examinador decide, en función de sus recursos y planificación, en qué convocatorias participar, es decir, no todos los centros administran todas las convocatorias. En el caso de la Universidad de León se ha optado por examinar del DELE A2 en todas ellas. Además, en 2016, el Instituto Cervantes se ha visto obligado a realizar una convocatoria extraordinaria el pasado 19 de febrero, ante la gran demanda de candidatos a los que les caducaba la validez de otros documentos.

El coste del examen DELE A2 es de 124 euros, tarifa fijada y aprobada anualmente por el Instituto Cervantes. La inscripción y pago de las tasas de examen debe realizarse directamente a través de la página web del Cervantes (<https://ccse.cervantes.es/>), y es válida únicamente para un nivel y convocatoria, por lo que si el candidato no supera el examen debe volver a inscribirse y abonar las tasas correspondientes. Los resultados son comunicados por el Instituto Cervantes al candidato en un plazo aproximado de dos meses (a través de la web, con el código de inscripción). Cuando el candidato obtiene el apto, el diploma acreditativo es enviado al centro examinador por el Instituto Cervantes seis meses después de la fecha de examen. El centro se lo envía después al candidato por correo certificado. El diploma tiene una validez indefinida. La otra prueba exigida, en este caso obligatoria para todos los candidatos con independencia de su lengua materna, se refiere a conocimientos constitucionales y socioculturales de España (CCSE). Consta de 5 tareas y 25 preguntas de respuesta cerrada (tipo opción múltiple o verdadero/falso). El 60% de los contenidos abarca conocimientos sobre gobierno, legislación y participación ciudadana en España; el 40% restante está relacionado con cultura, historia y sociedad españolas. La superación de la prueba (apto) exige un mínimo de 15 respuestas correctas. La realización de la misma dura 45 minutos, desde las 18.00 hasta las 18.45, aunque los candidatos son convocados a las 17.30 para efectuar la comprobación de identidad y la colocación en el aula de examen. Para la preparación del examen, disponen de un manual, actualizado cada año, con una batería de 300 preguntas de las que se extraen las del examen.

Este está elaborado siguiendo la norma culta del español contemporáneo peninsular. Por lo tanto, implica un cierto nivel de exigencia lingüística y el dominio de la comprensión lectora, además de los conocimientos específicos que evalúa. El Instituto Cervantes señala que se realiza una adaptación del nivel lingüístico en la formulación de las preguntas con el objeto de facilitar su comprensión, lo que conlleva una merma de la precisión jurídica en algún caso.

Esta prueba (CCSE) se realiza el último jueves de cada mes, excepto en agosto y diciembre. Por lo tanto, los candidatos disponen de 10 convocatorias al año aunque, como en el caso del DELE, cada centro examinador decide en qué convocatorias participa (tiene obligación de hacerlo en el 75% de las mismas). La Universidad de León, como centro examinador acreditado, ha decidido participar en todas las convocatorias.

La inscripción para la prueba se efectúa en la web específica del Instituto Cervantes (<https://ccse.cervantes.es/>), previo registro. Las tasas de examen tienen un coste de 85 euros y dan derecho a presentarse a dos convocatorias, en el mismo centro de examen, dentro de 18 meses, si suspende o no se presenta a la primera convocatoria.

Desde la citada web, el candidato tiene acceso a los detalles de su inscripción, a la revisión de la calificación y a la descarga del certificado (cuando supera el examen). La vigencia del certificado es de 4 años desde la fecha de la convocatoria en que se obtiene.

**En la jornada de tarde del día 27 se prosiguió con las ponencias y la realización de una mesa redonda.**

Título Ponencia: **“Luces y sombras de la inmigración en la UE desde la perspectiva económica”**

Ponente: **Dra. Nuria González Rabanal**. Profesora. Facultad de CC. Económicas y Empresariales de la ULE. Decana del Ilustre Colegio de Economistas de León. Directora del proyecto “The europeans citizens Racing the integration challenges”

Si el tema de las migraciones despierta el interés y la controversia a nivel jurídico y social, qué duda cabe que también lo hace a nivel económico.

Para la Unión Europea el reto de las migraciones va más allá de la frontera del debate moderado que siempre ha dominado sus instituciones políticas en tiempos de bonanza, dado que en el momento en el que nos encontramos –una Europa dividida por la crisis económica donde emergen los radicalismos ideológicos– ya no sólo hay que pensar hacia fuera sino también hacia dentro.

El problema migratorio adquiere dimensión poliédrica cuando se intentan al mismo tiempo garantizar los derechos de quienes huyen del conflicto armado o las guerras éticas –fuertemente vinculadas con la mala interpretación del islamismo– en busca de un bienestar que parece ofrecerles la UE, con la protección del bienestar y seguridad de quienes siempre prometimos ese refugio y la garantía de solidaridad siempre hablada pero nunca tan necesaria como hasta ahora.

Durante años se ha pensado en los inmigrantes como una solución más que un problema en Europa. Con una población longeva y creciente en número y unas tasas de natalidad bajas, la llegada de mano de obra que contribuya al sostenimiento del Estado del Bienestar es siempre bienvenida. Sin embargo, ese espejismo se desvaneció con la crisis económica, crisis que arrojó al desempleo a millones de trabajadores europeos del mal llamado pero real “sur” de Europa, puerta de entrada además de los flujos de refugiados. El masivo desempleo sometió a estrés las políticas públicas de los Estados miembros que tenían además de unas menguadas cuentas, un déficit público que les impedía gastar más e ingresar más. El resultado es que allí donde llegan más refugiados es donde más estranguladas están las ayudas públicas y donde nacionales y recién llegados compiten por la garantía de los derechos básicos.

Otra de las caras del problema lo representa el propio problema de integración de los inmigrantes y su nivel de cualificación. Si algo está claro incluso para los propios desempleados europeos es que el mercado de trabajo es muy dinámico y que la formación es clave para resolver el desempleo. Si le resulta difícil a la UE adecuar su propia mano de obra a los cambios del mercado de trabajo, cuanto más no le resultará formar mano de obra que además ha de enfrentarse a una barrera idiomática y cultural.

Por último debemos pensar en el sostenimiento del Estado del Bienestar. Europa, con sus diferencias internas ha sido considerada un ejemplo –susceptible de mejora– en materia de educación, sanidad, y pensiones. En una coyuntura en la que la austeridad

domina como regla de medida para la salida de la crisis, donde no es posible aumentar el gasto público, en el que los que los sistemas de pensiones están forzando no sólo a un aumento de la edad de jubilación, sino a una quiebra a largo plazo del mismo... ¿Dónde encajan la necesaria solidaridad que ha pregonado la UE?

**Mesa Redonda: "Aspectos de la integración de extranjeros en España y América Latina: visión multidisciplinar"**

Moderador de mesa: D. David Carrizo Aguado

Título Ponencia: **"Respuestas jurídicas a la integración de las minorías religiosas en España"**

Ponente: **Dr. Salvador Tarodo Soria**. Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad de León

Las políticas de integración deben perseguir el objetivo de hacer compatible la igualdad de derechos y deberes con una diversidad enriquecedora. Consecuencias de esta perspectiva serían políticas de visibilidad de la diferencia y la presencia en el espacio público de las diferentes opciones de vida. Las opciones religiosas no deben ser confinadas al ámbito de lo privado, lo que no significa que puedan confundirse con los poderes públicos ni que puedan utilizar directa o indirectamente los instrumentos coactivos del Estado para finalidades propias del grupo religioso.

En nuestro ordenamiento jurídico puede constatarse una falta de sensibilidad jurídica hacia el reconocimiento de las minorías étnicas, culturales y religiosas. La prácticamente inexistente presencia de minorías étnicas en el origen de nuestro Estado, su configuración en torno a un monismo ideológico y religioso que ha perdurado durante buena parte de nuestra Historia o la relativamente reciente aparición del pluralismo cultural, moral y religioso, pueden ser algunos de los factores histórico-sociológicos que expliquen estas carencias.

La normativa específica sobre minorías es muy escasa, genérica y de efectos muy limitados. La Constitución únicamente contiene referencias a las nacionalidades (art. 2 CE) y a las distintas modalidades lingüísticas (art. 3.3 CE) y los tratados internacionales ratificados por España en materia de minorías han restringido su aplicación a las minorías nacionales, lingüísticas y étnicas que ya se encuentren arraigadas en nuestro país, quedando fuera las minorías no arraigadas o formadas por no nacionales, que en una España, cuyo pluralismo proviene en buena medida de la reciente inmigración, serían la inmensa mayoría. Los instrumentos jurídicos internacionales se muestran, de esta forma, claramente insuficientes para atender la especificidad de la situación española.

Las minorías étnicas, culturales y religiosas, se ven obligadas, de esta forma, a buscar el reconocimiento de sus singularidades a través de otros dos sectores del ordenamiento jurídico: la normativa de extranjería y la normativa que regula el ejercicio colectivo de la libertad religiosa.

La reciente normativa de extranjería aun cuando contempla la integración de los extranjeros como un objetivo prioritario de las políticas públicas, ha resultado decepcionante en su desarrollo. Además, la asociación del discurso de la diversidad a la extranjería provoca una estigmatización de las minorías y un rechazo de la sociedad de acogida, impidiendo un tratamiento diferenciado de las cuestiones jurídicas sobre minorías y dificultando que las respuestas jurídicas atiendan a su verdadera problemática y fundamentación, que es distinta en el caso del extranjero que en el de las reivindicaciones minoritarias.

El otro eje por el que los grupos minoritarios pueden obtener reconocimiento jurídico de algunas de sus demandas es agrupándose en torno al elemento diferencial de carácter religioso. La asociación del discurso de la diversidad al ejercicio colectivo de la libertad religiosa se ve afectada por la existencia de un régimen jurídico desigual e impulsa a las minorías étnicas y culturales a nuclearse en torno al fenómeno religioso, planteando serios problemas de compatibilidad con la igualdad, la laicidad y la seguridad del Estado.

La regulación del ejercicio colectivo de la libertad religiosa mediante un régimen jurídico diverso y escalonado tiene efectos muy perniciosos respecto a las minorías étnicas y culturales, pues si quieren verse beneficiadas de un régimen jurídico favorable se ven abocadas a constituirse e identificarse en torno al factor religioso. Algo que parece contrario a varios principios: (1) en primer lugar, al principio de igualdad, ¿qué argumento permite sostener que la identidad religiosa es más relevante y merece más protección jurídica que la identidad étnica o cultural?; (2) en segundo lugar, al principio de laicidad, pues hay una valoración positiva del fenómeno religioso, respecto a otras creencias no religiosas; e incluso (3) a la propia seguridad del Estado, pues estamos dando a las minorías recién llegadas un mensaje contradictorio, por un lado, les decimos que llegan a un país laico en el que tal vez tengan que renunciar a determinadas convicciones que impliquen una confusión entre poder político y poder religioso y, por otro lado, que obtienen un mayor reconocimiento jurídico si se organizan en torno al elemento religioso.

Para un estudio más detallado, *vid*: TARODO SORIA, S., “Minorías, identidades abiertas y libertad de conciencia”, en ABAD CASTELOS, M/ BARRANCO AVILÉS, M.C. / LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup>. C. (Eds.), *Derecho y Minorías*, Dykinson, 2015, pp. 79-116.

Título Ponencia: **“Modelos de integración socio-cultural en un mundo globalizado”**

Ponente: **Dña. Tamara Álvarez Robles**. PDI en formación. Universidad de León

El objeto de mi participación en el III Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de León, es darles a conocer de forma esquemática e introductoria algunos de los modelos existentes sobre integración socio-cultural, tomando para ello la visión estatal y no tanto la del migrante que accede al Estado en cuestión.

De este modo, pudimos observar como el Estado receptor de la inmigración se sitúa, en un primer momento, en una posición de aceptación, gestión si se prefiere, o bien de rechazo, cerrando sus fronteras e impidiendo cualquier entrada de inmigración.

Tras ese primer posicionamiento, y en el caso de que optase por la integración, en un segundo momento, hablaríamos de una triple categorización, en función del grado de aceptación de diversidad cultural, de modelos de gestión, a saber: la aculturación, la integración socio-cultural, en sus diferentes formas, e incluso podría producirse un modelo intercultural o multicultural.

La aculturación, tendría lugar cuando la inmigración es vista como un problema, pues supondría la pérdida de la identidad cultural nacional, hablamos de un adoctrinamiento que se produce generalmente en aquellos Estados en los cuales hay un fuerte arraigo del concepto tradicional de Estado-Nación o un fuerte componente religioso unido al mismo.

La verdadera aceptación del inmigrante pasa por los distintos grados de integración cultural. En este caso, los inmigrantes son equiparados a los nacionales, por lo que no es tanto un problema como un factor condicionante que ha de ser tratado con el mayor respeto a los derechos de los inmigrantes y con las respectivas garantías, y sólo en caso de confrontación de culturas habrán de ser ponderadas prevaleciendo aquella que respeta los derechos fundamentales e indisponibles de las personas e internacionalmente reconocidos (límite). A su vez han de acaecer dos circunstancias: que el Estado permita al inmigrante la elección de mantener o no su cultura a la par que brinda mecanismos, políticas públicas y normas, para que esa persona pueda elegir libremente, sea reconocido y participe activamente en el propio Estado, y, por otro lado, que las culturas de origen y destino se encuentren abiertas o permeables favoreciendo la interculturalidad.

Una pauta de actuación que va más allá de la propia integración cultural supondría hablar de la gestión de la multiculturalidad, una vez que entendemos esa aceptación del inmigrante, implica el rechazo a los prejuicios, el respeto a la diversidad, el reconocimiento mutuo de las diferentes culturas y la garantía de derechos y valores universales de dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. Hablamos de interculturalidad, entendiendo por lo tanto no sólo la presencia de distintas culturas sino la interacción y la convivencia armónica de éstas.

Respecto al plano estatal interno, y una vez definidas las tres categorías, cabría preguntarse hasta dónde puede un Estado intervenir culturalmente y hasta donde no, dado que uno de los resultados de la globalización es la cohabitación de varias culturas, etnias o grupos dentro de un mismo Estado. Ante esta situación pluricultural podríamos decir que existe una predilección por aquellos modelos de gestión de la inmigración que defienden la tesis de que el Estado no debe mostrar posturas bien de rechazo de la inmigración o bien de aculturación, sino que ha de optar preferiblemente por aquellas de asimilación e integración.

De este modo el Estado, en sus diferentes niveles, estará legitimado para intervenir participando mediante políticas públicas del fomento de la interculturalidad,

corrigiendo aquellos efectos perversos que pudiesen originarse como el surgimiento de guetos, la xenofobia, la marginación, la falta de representación... a la par que asegura los derechos fundamentales y humanos a los inmigrantes; sin embargo no sucedería lo mismo ante posiciones que pasen por la aculturación, por la búsqueda de una homogeneidad cultural y el exterminio de toda diferencia socio-cultural.

Todos los intervinientes por orden de aparición:

Título de la Ponencia: **"La integración en Colombia: lo que la historia nos aporta" el fenómeno migratorio y la trata de personas"**

Ponente: D. Juan Pablo Uribe Barrera. Contratado Predoctoral. Universidad de León

La ponencia parte de una simple premisa: los ordenamientos jurídicos actuales (pensados, de manera general, para sociedades monoculturales o con pequeñas manifestaciones de algún pluralismo cultural) sufren complejas tensiones con motivo de los constantes flujos económicos derivados del modelo económico global y de la inestabilidad política de ciertas regiones. Ante el reto que surge de este panorama, se propone que puede resultar de algún interés, como caso de estudio, observar, no sin problematizar ni analizar críticamente, el abanico de soluciones jurídicas que se han generado en Colombia para dar un tratamiento a situaciones de corte similar. Más concretamente, se propone dirigir la mirada sobre las alternativas jurídico penales que se han elaborado en aquel país para aceptar el reto de proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos sin afectar con ello la riqueza étnica y cultural de la nación, que allí se representa, entre otras muchas formas, con la existencia de cientos de grupos indígenas que a pesar de siglos de lucha por su exterminación, han logrado permanecer anclados a ciertos territorios en las periferias del país.

En una primera fase de la exposición, se trata de enseñar entonces que la situación ha adquirido la máxima relevancia constitucional, pues precisamente la Constitución Política de 1991 asienta los pilares del tratamiento jurídico que se propone para enfrentar los conflictos multiculturales que se puedan presentar en el territorio colombiano. El expreso reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, así como la obligación que se adjudica al Estado y a los ciudadanos para protegerlas (artículos 7 y 8); la consagración de un derecho a la igualdad que a su vez obliga al Estado a, por una parte, promover condiciones para que la igualdad sea efectiva y real adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados, con especial atención a aquellos que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y, por otra, a sancionar aquellos abusos o maltratos que contra éstos se cometan (artículo 13); el reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven el país (artículo 70); y, por fin, la creación de una figura denominada fuero especial indígena, a través de la cual se confiere a las autoridades de los pueblos indígenas la posibilidad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que éstos no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.

En la segunda fase de la ponencia, luego de enseñar algunos de los desarrollos normativos que se han producido bajo la égida de los comentados parámetros constitucionales, se abordan las diversas problemáticas que han tenido estas estructuras normativas al ser puestas en práctica por los operadores jurídicos. Se enseña que la práctica judicial, a juicio del ponente, se ha mostrado, por una u otra razón, corta en explotar todas las posibilidades y alcances que la Constitución Política colombiana ofrecía. Sin ser el espacio para desarrollar cada uno de los problemas que en la ponencia se abordaron con detalle, si cabe aquí adelantar que el hilo conductor en la resolución jurídica de conflictos permite observar diáfamanamente una valoración que va en contravía de los valores constitucionales. Es así que, mientras la Constitución Política anuncia el reconocimiento de la igualdad y la dignidad de cada cultura, la jurisprudencia ha dejado ver una evidente tendencia a hacer primar en cada caso los intereses y la visión moral del mundo propios de la cultura hegemónica.

Para concluir, si cabe, parece entonces indicarse que el reto permanece indemne en aquel país y, porque no decirlo, en países con tradiciones jurídicas de corte similar. En efecto, los ordenamientos jurídicos tradicionales parecen tener una evidente tendencia a fagocitar cuerpos culturales y morales que les resultan extraños, no pudiéndose aún procesar cosmovisiones sustantivamente diferentes de ver el mundo con resultados plenamente satisfactorios.

Título de la Ponencia: **"El fenómeno migratorio y la trata de personas"**

Ponente: **D. Alfredo Alpaca Pérez**. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Doctorando en Derecho Penal. Universidad de León

La migración es un fenómeno que acompaña al hombre prácticamente desde su origen. En efecto, es posible reconocer en la historia una serie de acontecimientos caracterizados por un amplio y continuo flujo o movimiento constante de personas de un lugar a otro. La posibilidad de que una persona se desplace de un lugar a otro ha sido incorporada al ámbito internacional de protección jurídica que se le confiere al individuo. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 13, establece no solo que "toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado", sino también que "Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país". Independientemente de que este artículo genere una amplia discusión en la doctrina, referida a que tal disposición solo reconoce el derecho que tiene una persona a salir de su país (emigrar), pero no el derecho de entrar en otro (inmigrar), sobre las cuales, por el poco tiempo del que dispongo, no puedo referirme, queda claro que en el ámbito internacional existe la pretensión de otorgar una cobertura jurídica al individuo que de manera libre se desplaza de un lugar a otro. Ciertamente, según las mencionadas normas internacionales, aunque existe un derecho de salida del propio país, nada se dice sobre un derecho de entrada a otro país, salvo en los casos en que se huya de persecución (política, étnica o religiosa), en los que resultará aplicable el derecho de asilo. Como es posible observar, a pesar de que en la legislación internacional se reconozca un "derecho a emigrar", se ignora su lógica contrapartida, a saber, un "derecho a inmigrar". Este derecho, a lo estar reconocido y menos aún recogido en

algún instrumento internacional, no resulta vinculante para los potenciales Estados receptores.

Una persona puede decidir salir de su país de origen y llegar a otro por múltiples razones. Existen motivos económicos, políticos o sociales que hacen que una persona se desplace a otro lugar y fije en este su lugar de residencia. Precisamente, las condiciones de desigualdad económica y social en la que vive una persona en su lugar de origen pueden motivarlo a trasladarse a otro país, en el que pueda tener seguramente mayores posibilidades de un desarrollo económico o social. Pues bien, este escenario es aprovechado generalmente por organizaciones criminales de diversos alcances, orientadas a la captación de personas para que, a través de ellas, o utilizándolas, se concreten una serie de actividades que pueden significar para aquellas entidades una innegable fuente de beneficios económicos.

Por ello, es posible decir que la trata de personas y la inmigración clandestina son fenómenos vinculados íntimamente con la inmigración. En lo que aquí importa, es posible decir que la trata de personas, aunque de ninguna manera se trata de un fenómeno nuevo, alcanzó relevancia en la política migratoria de los Estados europeos en la segunda mitad de los años noventa, cuando se evidenció un aumento del flujo migratorio ilícito proveniente de Europa del este, Latinoamérica, Medio Oriente, Asia y África, circunstancia en la que la criminalidad organizada internacional ostentó una importante participación. Asimismo, es importante destacar, como factor que acentuó la necesidad de abordar la trata de personas en el ámbito internacional, la gran atención que ha recibido por parte de los medios de comunicación lo relacionado a los fenómenos de los inmigrantes clandestinos y la trata de mujeres para fines de explotación sexual. La estrecha relación entre la trata de personas y la inmigración se evidencia al tomar en cuenta que la mayoría de víctimas de la trata de personas son extranjeros en el país en el que son identificadas como víctimas. Así, según el Reporte de la UNODC (Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito) de 2014, de 10 víctimas del delito de trata de personas, como mínimo 6 son extranjeras (UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2014*, New York, 2014, pp. 29 ss).

Entonces, ¿qué es la trata de personas? El Protocolo de las Naciones Unidas sobre Trata de personas (que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y en el que, además, se abordó por primera vez el fenómeno de la trata de personas en el ámbito jurídico-internacional) señala, en su artículo 3, que hay tres elementos constitutivos de la trata de personas: el acto, los medios y el propósito. Estos tres elementos deben estar presentes para calificar un determinado caso como de trata de personas. El “acto” alude a la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas. Los “medios” se refieren a la realización de los actos mencionados a través de la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Finalmente, el “propósito” implica la realización de todo lo anterior, teniendo el agente una finalidad de explotación. La explotación contempla a la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de

órganos. Según la definición empleada por el Protocolo, la comprensión que se ofrece sobre lo que es la trata de personas es bastante amplia, lo cual permite a los Estados parte del Protocolo una considerable discrecionalidad al momento de incorporar el delito de trata de personas en sus respectivos ordenamientos internos. Por ello, la regulación del delito de trata de personas puede poseer una configuración distinta de un país a otro.

Conociendo entonces los alcances, bastante amplios, de la definición de la trata de personas en el ámbito internacional, me encargaré ahora, para terminar, de exponer algunas ideas sobre la reforma del delito de trata de personas en el ordenamiento jurídico español, a partir de la última reforma del 2015. En España, el delito de trata de personas está tipificado en el artículo 177 bis del Código Penal español. Este delito había sido introducido en el Código Penal en la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Por ello, es posible decir que el delito de trata de personas es relativamente joven en el ordenamiento jurídico nacional.

Las modificaciones introducidas se justifican, hasta donde entiendo, en la necesidad de una completa transposición de la Directiva 2011/36/UE, que a su vez se fundamenta en la necesidad de postular una perspectiva más orientada a las víctimas del delito. La Directiva 2011/36/UE permite entonces el traslado de una orientación criminocéntrica a una victimocéntrica, focalizada en los derechos humanos de las víctimas (IGLESIAS SKULJ, Agustina, «De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP», en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Director), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2.<sup>a</sup> edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 595 ss). Dicho esto, los principales aspectos de la reforma del artículo 177 bis del Código Penal español son los siguientes:

- 1) En el ámbito de las conductas típicas, se suprime la conducta de “alojar”, lo cual no resulta trascendente, pues el artículo 177 bis mantiene las conductas típicas de “recibir” o “acoger”. La supresión de la conducta de “alojar” no parece tener una justificación lo suficientemente relevante. En todo caso, se puede decir que la supresión de la mencionada conducta responde al hecho de que esta no se haya prevista en el artículo 2.1 de la Directiva 2011/36/UE o el artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio de Varsovia) de 2005.
- 2) Se incluye la modalidad típica “o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima”. Mediante esta inclusión, prevista en el artículo 2.1 de la Directiva 2011/36/UE, al parecer, se busca esclarecer supuestos específicos de trata de personas, como puede ser las actividades de venta, la permuta o alquiler de las víctimas (IGLESIAS SKULJ, Agustina, «De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP», *op. cit.*, p. 597).
- 3) Se agregan como conductas típicas, el “intercambio o transferencia de control sobre esas personas”. Esta incorporación proviene de lo dispuesto en el artículo 1 de la Directiva 2011/36/UE. El “intercambio” puede hacer referencia al cambio de personas por otras, o de personas por cosas (por ejemplo, drogas o armas) o por servicios. El “transferir” puede aludir a una cesión de una persona, mediante el pago de una determinada de dinero o sin él (QUERALT JIMÉNEZ,

- Joan, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 194).
- 4) Se suprime el término “trabajo forzado” y se mantiene solamente la referencia al “servicio forzado”. La razón de esta supresión puede deberse, posiblemente, a la similitud entre ambos términos. Sin embargo, la supresión resulta problemática pues el Convenio 29 de la OIT reconoce expresamente y define el concepto de “trabajo forzado”. Por lo demás, esta supresión no parece ser acorde con la motivación general de la reforma, que como se dijo busca hacer posible una completa transposición de la Directiva 2011/36/UE, pues el “trabajo forzado” se encuentra reconocido de manera expresa en el artículo 2.1.3 de la mencionada directiva (IGLESIAS SKULJ, Agustina, «De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP», *op. cit.*, p. 598).
  - 5) Se incluye como nuevo supuesto de explotación a la “explotación para realizar actividades delictivas”. Este supuesto ya estaba contemplado en el artículo 2.3 de la Directiva 2011/36/UE. Por “actividades delictivas” habría que entender la realización de cualquier delito, aunque los más frecuentes sean los patrimoniales y de tráfico de drogas (QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 196).
  - 6) Se incluye como nuevo supuesto de explotación a la “celebración de matrimonios forzados”. Esta finalidad ya estaba contemplada en el considerando 11 de la Directiva 2011/36/UE, pero que, sin embargo, no la incluyó en el artículo 2.3 de la misma, en la que define las finalidades dentro del concepto de “explotación”. Esta incorporación puede generar problemas interpretativos (concursales) con el delito de matrimonio forzado, tipificado en el artículo 172 bis del Código Penal.
  - 7) Se incluye una cláusula general (interpretativa) que dice “Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”. Con esta cláusula se pretende acabar con la indeterminación de conceptos como “situación de necesidad” o “vulnerabilidad”. La Directiva 2011/36/UE solo hace referencia a una “situación de vulnerabilidad” (IGLESIAS SKULJ, Agustina, «De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP», *op. cit.*, p. 599).
  - 8) Se incluyen como tipos cualificados dos circunstancias: primero, el poner en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito; y, segundo, que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad, situación personal o sea menor de edad. Estas modificaciones cumplen de manera más detallada lo dispuesto en la Directiva 2011/36/UE.

Título de la Ponencia: **“Trata de personas: Aspectos jurídicos penales en Colombia”**

Ponente: Dña. Stephania Serrano Suárez. Doctoranda. Universidad de Salamanca

Colombia es un país de origen, tránsito y destino de trata de personas. Como causas de este fenómeno se evidencian, entre otras, la pobreza, la violencia hacia las mujeres, las altas tasas de desempleo y la ausencia de condiciones básicas para una vida digna. Este fenómeno se presenta con una agravación importante, como es la existencia de

un conflicto armado interno que ha permanecido por décadas y que actualmente pretende ser finalizado mediante los diálogos de paz que mantiene el gobierno colombiano con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo (FARC-EP). A pesar de evidenciarse esfuerzos para combatir la trata de personas, Colombia no cumple plenamente con las normas mínimas para eliminar este flagelo considerado como la esclavitud del siglo XXI. Así lo indica el Informe Mundial del Secretario General de los Estados Unidos (<http://www.state.gov/documents/organization/245365.pdf>), que señala que Colombia se encuentra en el nivel 2 de lucha contra la trata de personas porque no cumple con los estándares mínimos del protocolo de Palermo. Lo mismo ocurre con la mayoría de países de la región latinoamericana, a excepción de Chile, que se ubica en el nivel 1.

La Convención de las Naciones Unidas para la Delincuencia Organizada y Transnacional, llamada también «Convención de Palermo», fue complementada con tres Protocolos («Protocolos de Palermo»): Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de personas, especialmente mujeres y niños; Protocolo de las Naciones Unidas para el Contrabando de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; y, Protocolo de las Naciones Unidas contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego. El artículo 3 del Protocolo de Palermo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente la de mujeres y niños, del año 2000, estableció que la trata de personas, como fenómeno criminal, contemplaba la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o de la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares, servidumbre o extracción de órganos.

En efecto, la trata de personas, implica tres elementos fundamentales: la actividad, los medios y la finalidad. Respecto a la actividad, ha de decirse que el tipo penal de trata de personas que se encuentra tipificado en el artículo 188A del Código Penal Colombiano en su estructura contempla, como primera conducta típica, la conducta de «captar», que presupone el reclutamiento de la víctima o atraerla para controlar su voluntad para fines de explotación. Con respecto a la conducta de «trasladar», recogida en el delito tipificado, es importante mencionar que en la regulación internacional se han establecido los comportamientos consistentes en «transportar» y «trasladar». Sin embargo, la figura delictiva reconocida en la legislación penal colombiana solo alude al verbo rector «trasladar». Este comportamiento, según la DRAE, alude al «llevar a alguien o algo de un lugar a otro». Con respecto a «acoger» o «recibir» –también señalados, como vimos, de manera expresa en el artículo 3 del Protocolo de Palermo–, se afirma que se tratan de términos homologables. Sin embargo, en la doctrina jurídico-penal se ha planteado algún criterio que permite establecer una diferenciación (aunque sea muy tenue) entre las mencionadas conductas: mientras el «recibir» puede definirse como la admisión física de la víctima, el «acoger» puede suponer el mantener a la víctima en un lugar seguro. Respecto a los medios utilizados para la comisión de este delito, se resaltan el engaño, el fraude, la

coerción entre otros, y sobre la finalidad, no existe duda de que debe ser la explotación de un ser humano. Del tipo en cuestión, ha de decirse que es de conductas alternativas, mutilado de dos actos y con tendencia interna trascendente. En relación a las modalidades en las que este delito se aplica, ha de tenerse lo preceptuado por el Protocolo de Palermo. Así, se puede configurar este delito en los siguientes supuestos: Explotación sexual, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, mendicidad ajena y explotación de órganos (*Vid. Villacampa Estiarte, C., El Delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada por el Derecho Internacional*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters-Aranzadi, 2011; Iglesias Skulj, A., *La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político criminal y de género*, Buenos Aires, Didot, 2013).

La trata de personas puede presentarse de forma externa o interna. Se considera que aquella es externa si el proceso tiene lugar en territorios de diversos países, mientras que la interna se presenta dentro de las fronteras de un mismo país. La trata de personas externa con fines de explotación sexual genera altísimos ingresos, especialmente en los lugares turísticos de la zona costera colombiana. De igual forma, cobra gran importancia en este país la trata de personas interna en dos situaciones particulares: el reclutamiento forzado y la explotación de menores. El reclutamiento forzado se presenta como fenómeno directamente relacionado al conflicto armado, el cual presenta un proceso de externalización de los impactos, esto quiere decir, que afecta directa y crecientemente a la población civil. Esta situación dio lugar a que en el artículo 162 del Código Penal Colombiano se tipificara el comportamiento de reclutamiento ilícito, conforme a la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional (*Vid. Corte Constitucional Colombiana C-240 de 2009. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo*). En principio, la conducta reprochada en este tipo se considera trata de personas puesto que el reclutamiento ilícito implica captación, traslado, acogida y recepción, y además, tiene como finalidad la explotación que se exige para la configuración del delito de trata de personas. No obstante, la razón de ser de este tipo penal, es su especialidad, debido a que los sujetos pasivos del delito son los niños, niñas y adolescentes, aunado a que la conducta requiere ser ejecutada en el contexto específico del conflicto armado. Razones por las cuales cuando se presenta un reclutamiento por parte de los grupos armados al margen de la ley, cuyas víctimas sean mayores de edad, se aplicará el delito de trata de personas. En caso contrario, se aplicará lo dispuesto por el artículo 162 del Código Penal Colombiano.

Por otra parte, la reciente jurisprudencia colombiana señala que la explotación de menores y la trata de personas son delitos autónomos. A pesar de lo cual, considero que la tipificación del delito de explotación de menores en el Código Penal Colombiano es deficiente y genera problemas de índole constitucional en la medida en que, el delito que se debe aplicar en los casos en que un individuo utiliza coactivamente a menores de edad para mendigar o pedir limosnas es el delito de trata de personas, entre otras cosas, porque la mendicidad ajena como finalidad se encuentra contenida en el tipo de trata de personas, y en este caso, a diferencia de lo referido anteriormente sobre el delito de reclutamiento ilícito, no es dable aplicar el principio de especialidad del tipo. La relación existente entre el delito de trata de

personas y el delito de explotación de menores es la de un concurso aparente de leyes, que debe resolverse mediante la aplicación del principio de consunción. Esto quiere decir que, en la medida que el delito de trata de personas incluye el desvalor del delito de explotación de menores, el concurso aparente de leyes existente entre ambas figuras delictivas debe resolverse a favor de la aplicación de la primera de ellas (Sobre el principio de consunción como elemento para la resolución de casos de concurso aparente de leyes (Vid., por todos, Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9.<sup>a</sup> edición, Barcelona, Reppertor, 2011). De modo que no se comparte la conclusión de la Corte Constitucional Colombiana que, al admitir la diferenciación de los ámbitos de proyección de los delitos de trata de personas y de explotación de menores, afirma que entre estas figuras delictivas no existe una «identidad típica». En ese sentido, debe entenderse que el delito de explotación de menores se encuentra subsumido totalmente en el delito de trata de personas (Vid. Corte Constitucional Colombiana C-464 de 2014 Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos).

Como colofón, la Directora del Seminario, Dña. Aurelia Álvarez, junto con la Secretaria de la Facultad de Derecho, Dña. Isabel Durán en representación del Sr. Decano, procedieron al acto de clausura, en la que se puso de manifiesto que en el desarrollo del III Seminario se ha podido llevar a cabo un análisis de la panorámica de la integración de extranjeros desde variados ámbitos del Derecho, comprobando así que las diferentes ramas del Derecho presentan conexiones sumamente interesantes.

### **III. ACTIVIDADES REALIZADAS EN EL CURSO DE VERANO TITULADO “STATUS JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS EN LA UE Y SU IMPLICACIÓN EN LAS POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN” Y EN EL SENO DEL IV SEMINARIO SOBRE RELACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES: AVANCES Y RETROCESOS EN LA POLÍTICA MIGRATORIA EUROPEA**

Durante el año 2016, debemos resaltar la visualización de dos eventos que tuvieron lugar en el mes de septiembre de 2016 en la Universidad de León: el Curso de Verano titulado “Status jurídico de los extranjeros en la UE y su implicación en las políticas de integración, ¿realidad o ficción?, del 19 al 22 de septiembre y el IV Seminario sobre Relaciones Jurídicas Internacionales: Avances y retrocesos en la política migratoria europea, impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de León los días 27 y 28 de septiembre.

En ambas reuniones se pretendía dar a conocer una visión general de la política migratoria europea y española desde una perspectiva multidisciplinar de carácter teórico-práctica. Entre sus objetivos fundamentales destacan dos aspectos: distinguir claramente los diferentes regímenes normativos según el colectivo y el origen de las disposiciones legales; además de divulgar no solo las normas sino también la interpretación de las mismas: analizando la jurisprudencia más relevante.

En el primero de los eventos se plantearon debates sobre los siguientes temas: la gestión de la frontera exterior UE y la respuesta europea a la actual crisis de los refugiados; las situaciones de irregularidad administrativa en cuanto a las detenciones, el internamiento y las expulsiones; la protección de los colectivos más vulnerables tales como menores extranjeros no acompañados y mujeres; la integración de los inmigrantes en la sociedad española desde las perspectiva social, laboral y penal; y, finalmente, la materia de la nacionalidad española en relación a su adquisición (nuevos procedimientos) y la libre circulación de personas en el espacio europeo de los familiares no comunitarios de los nuevos nacionales. Para llevar a cabo esta actividad contamos con los siguientes ponentes y participantes: Dra. Elena Arce Jiménez, Abogada y Asesora del Defensor del Pueblo de España; Dra. Susana Cuadrón Ambite, Abogada del ICAM y Tutora UNED; Dra. Isabel Duran Seco, Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal ULE; Dña. Paloma Favieres Ruiz, Abogada de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR); Dr. Roberto Fernández Fernández, TU de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ULE; D. Rafael Martínez Fernández, Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias; Dr. Jacobo Muñoz Comet, Profesor de Sociología UNED; Dr. Paulino Cesar Pardo Prieto, TU de Derecho Eclesiástico del Estado ULE; Dr. José Miguel Sánchez Tomás, Letrado del Tribunal Constitucional y TU Derecho Penal. Rey Juan Carlos de Madrid; Dr. Salvador Tarodo Soria, TU de Derecho Eclesiástico del Estado ULE; Dra. María Anunciación Trapero Barreales, TU, acreditada Catedrática, de Derecho Penal ULE; y la Dra. Marina Vargas Gómez-Urrutia, TU de Derecho internacional privado UNED.

En el IV Seminario sobre Relaciones Jurídicas Internacionales centró su atención en los “Avances y retrocesos en la política migratoria de la UE”. En la primera ponencia el Dr. Andrés Rodríguez Benot, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide, delimitó el marco regulador general a nivel comunitario en torno al Derecho de Familia internacional, tales como, régimen económico matrimonial, divorcio, sucesiones, parejas de hecho, etc. Incidió en los trabajos que la Comisión Europea está realizando en el Reglamento (CE) 2201/2003 en materia de disolución del matrimonio y responsabilidad parental. A continuación se desarrolló la mesa redonda con aspectos interdisciplinarios en torno al Derecho migratorio actual. Se trataron cuestiones acerca de la problemática actual que supone la no atención sanitaria a los inmigrantes que carecen de residencia legal y la imposibilidad de acceso a las diversas prestaciones de Seguridad Social del colectivo extranjero irregular. Además también se abordó el pluralismo cultural en el ámbito sanitario sin olvidar que el derecho a la salud presenta protección constitucional en nuestro Estado. En la sesión de tarde, el Dr. Dionisio Llamazares, dedicó sus minutos de conferencia a incidir en la importancia que supone la tolerancia y el diálogo efectivo en el marco de la sociedad plural y multicultural que está inmerso España. Finalmente, y como cierre de la jornada del martes 27, se constituyó una mesa redonda en la que se aludió a la protección jurídica de colectivos vulnerables; en concreto, extranjeros privados de libertad con especial atención a la prisión de Villahierro, los refugiados a la luz del Acuerdo UE-Turquía y su fracaso en el amparo a los asilados, y las mujeres inmigrantes en el escenario de las familias monoparentales. Al día siguiente, se comenzó el acto con la ponencia del Dr. Javier García Medina, Director del Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Valladolid. Situó a todo

el aforo asistente en una cruda realidad: la trata de seres humanos, en la que se resaltó sus causas, consecuencias y la fuerte problemática en la que están inmersas las víctimas. Seguidamente, tuvo lugar la mesa redonda conducida al análisis de la Ciudadanía europea, Brexit e identidad territorial. Se destacaron asuntos de los eventuales perjuicios y beneficios de la salida de Reino Unido de la UE, no sólo desde la óptica jurídica sino también económica. También han realizado su especial contribución en este IV Seminario los siguientes comunicantes: Dña. Nieves Alonso García, Doctoranda en Derecho Constitucional ULE; Dña. Tamara Álvarez Robles, Doctoranda en Derecho Constitucional ULE; Dña. Natalia Cañiz García, Asesora Jurídica de ACCEM CyL; Dr. Roberto Fernández Fernández, TU de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ULE; Dña. María García Álvarez. Fundadora y Presidenta de la Fundación de Familias Monoparentales Isadora Duncan; Dra. Nuria González Rabanal, Decana del Ilustre Colegio de Economistas de León y Profesora de la Facultad de CC.EE. y Empresariales ULE; D. Rafael Martínez Fernández, Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias; Dr. Paulino Cesar Pardo Prieto, TU de Derecho Eclesiástico del Estado ULE; Dr. Salvador Tarodo Soria, TU de Derecho Eclesiástico del Estado ULE.

Por otra parte, algunas de las intervenciones orales tanto del IV Seminario como del Curso de Verano han sido reflejadas por escrito y han sido objeto de publicación en el número monográfico de la Revista “*Unión Europea Aranzadi*”, núm. 2, febrero 2017 bajo el título “Inmigración en la UE: Pocas luces y muchas nubes negras”, dirigido por Aurelia Álvarez Rodríguez y coordinado por D. David Carrizo Aguado. Los autores y trabajos que integran el volumen mencionado son los siguientes: Nieves Alonso García, “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular a la luz de la STC 139/2016, de 21 de julio de 2016: Universalidad vs. Gratuidad”; Tamara Álvarez Robles, “Las identidades nacionales en la configuración de la Ciudadanía Europea”; Aurelia Álvarez Rodríguez y David Carrizo Aguado: “El fenómeno migratorio en el contexto de la Unión Europea: el silencio ensordecedor que apaga el grito de los más vulnerables”; Natalia Cañiz García, “Sistema Europeo Común de Asilo bajo el Acuerdo UE-Turquía: ¿Refugiados sin ley?”; Susana Cuadrón Ambite, “La Directiva de retorno y su interpretación a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 23 de abril del 2015”; Roberto Fernández Fernández, “La protección laboral de los trabajadores extranjeros en situación irregular: criterios jurisprudenciales en torno al salario y los despidos”; Javier García Medina, “Trata de seres humanos: la vulnerabilidad de sus víctimas”; Paulino Cesar Pardo Prieto, “Tensión entre identidad y pluralidad: Inmigración en Malta”; María Anunciación Trapero Barreales, “La reforma de 2015 en el Derecho penal de extranjeros: la tipificación del delito de matrimonio forzado (siguiendo el modelo de los países de la Unión Europea), ¿una nueva manifestación del uso simbólico del Derecho penal?”; y Marina Vargas Gómez-Urrutia, “Reflejos de la idea de integración en las normas de extranjería y de nacionalidad. Especial referencia al nacido en España hijo de extranjeros”.

Para concluir, debemos poner de manifiesto que todo ello no hubiese sido posible sin la labor realizada por todos los profesores e investigadores que forman parte del Grupo ULE de Innovación Docente “Inmigración, Nacionalidad e Interculturalidad” y del Grupo de Investigación Relativo a la Regulación de los Flujos Migratorios

(INNAIN/GID-INI) junto con el Grupo de Investigación: Extranjería y Migración UNED. Ello, sin olvidar, la inmensa deuda contraída con la Dra. Marina Vargas Gómez-Urrutia, codirectora del Curso de Verano por su admirable trabajo e intensa colaboración, sin la cual no hubiese sido posible lograr el éxito obtenido en el desarrollo del mismo.

En todo caso, cabe reseñar que las actividades descritas pueden consultarse en los materiales audiovisuales editados por la ULE: I Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: familia e interculturalidad (<https://videos.unileon.es/es/serial/95.html>); II Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: Inmigración Educación e Interculturalidad (<https://videos.unileon.es/es/serial/132.html>); III Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: El reto de la integración de los inmigrantes y su repercusión en la UE (<https://videos.unileon.es/es/serial/154.html>); IV Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: Avances y retrocesos en la política migratoria de la Unión Europea (<https://videos.unileon.es/es/serial/189.html>); Curso de Verano: Status jurídico de los extranjeros en la UE y su implicación en las políticas de integración, ¿realidad o ficción? (<https://videos.unileon.es/es/serial/187.html>).





DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO  
ÁREAS DE DERECHO PENAL Y DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

# XVII SEMINARIO INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO PENAL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y DERECHO PENAL

Jueves, 7 de julio

10 horas

PRESENTACIÓN Y DEFENSA DE COMUNICACIONES

16.30 horas

*Del Modelo Clásico al Behavioral Law and Economics.*

Prof. Dr. Nuno Soares de Oliveira Garoupa, Catedrático de Derecho. Texas A&M University School of Law (Estados Unidos de América).

*¿Vale la pena lo que cuesta?*

Prof. Dr. Juan Antonio García Amado, Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León.

Viernes, 8 de julio

10 horas

*Análisis económico y distribución de recursos en la política criminal: del homo oeconomicus al análisis coste-beneficio.*

Prof. Dr. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Profesor Titular i. de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid.

*Costes, incentivos y crímenes. ¿Qué puede hacer la Economía por el Derecho penal?*

Prof. Dr. Pedro Mercado Pacheco, Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Granada.

16.30 horas

DISCUSIÓN DE COMUNICACIONES

CONCLUSIONES DEL SEMINARIO

LUGAR: SALÓN DE GRADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

FECHA: 7 Y 8 DE JULIO DE 2016

INSCRIPCIÓN GRATUITA. SE ENTREGARÁN DIPLOMAS.

SE ADMITEN COMUNICACIONES HASTA EL 6 DE JULIO DE 2016.

MÁS INFORMACIÓN: TFNO.: 987291370 FAX: 987293270

E-mail: [jagara@unileon.es](mailto:jagara@unileon.es)

Actividad desarrollada en el ámbito de la UIC 166 de C y L, del GID DP-ULE, de los GI DPULE y DAR, de los Proyectos de Investigación DER2013-47511-R y DER2013-47662-C2-1-R (MINECO) y del Programa de Doctorado "Responsabilidad Jurídica. Estudio Multidisciplinar" (ULE)



Coorganizan y patrocinan:



## COMUNICACIONES SEMINARIO FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO PENAL 2016

ALLUÉ FUENTES, Alfonso: La inclusión de las tasas judiciales en la tasación de las costas del proceso: posiciones doctrinales y solución legal.

BAYARRI MARTÍ, María Luisa: La fiscalidad de las costas procesales.

CARRASCO DELGADO, Nicolás: La sanción penal como mecanismo para el pronto inicio del concurso alemán: un ejemplo de un buen funcionamiento de incentivos de eficiencia.

DE CARVALHO LEAL, Virginia: Análisis Económico del Derecho de Daños, Responsabilidad y Justicia Ambiental: reflexiones introductorias.

DE LEÓN JIMÉNEZ, María del Carmen: La responsabilidad civil derivada del delito. La plasmación económica del resarcimiento de la víctima en el proceso penal.

DÍEZ GARCÍA, Javier y USCANGA BARRADAS, Abril, La contratación internacional de menores en clubes de fútbol: ¿Es legítimo evadir la ley cuando esta no es justa? Análisis desde la perspectiva de España y México.

DOMÍNGUEZ DUEÑAS, Guadalupe: La pena de multa. Parámetros de fijación y destino de las cantidades obtenidas.

ESCUADERO MUÑOZ, Marta: El coste económico de la prisión permanente en España.

FONSECA FORTES FURTADO, Regina Helena: Análisis coste-beneficio de los carteles económicos de núcleo duro.

FRANCHY PIÑA, Fernando: El análisis económico del Derecho en el acceso a la justicia civil.

FUSTERO BERNAD, Amalia: El comiso del vehículo en los delitos contra la seguridad vial.

GUTIÉRREZ GALLARDO, Rocío: ¿Cuánto vale un preso en España?

JUÁREZ VASALLO, Francisca: Análisis económico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

LEÓN ALAPONT, José: La responsabilidad penal de los partidos políticos: una aproximación desde el análisis económico del Derecho.

MOTOS BUENDÍA, Eva María: La pena de multa. ¿Dónde va destinado este dinero?

MUÑOZ COMPANY, María Jesús: La nueva regulación del decomiso en el Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio y SAN MARTÍN SEGURA, David: Programas de cumplimiento y sujeto prudencial: La responsabilidad penal como gestión (administrativizada) de riesgos en materia económica

ROIG TORRES, Margarita: Coste de la prisión versus eficacia preventiva. ¿Está justificada la prisión indefinida?

ROSALES PEDRERO, Silvia: La pena de multa. Parámetros de fijación y destino de las cantidades obtenidas: ¿Han de ser destinadas a financiar la mejora de la administración de justicia?

RUIZ BOSCH, Sacramento: Receptación, encubrimiento real y blanqueo: Repercusión sobre la economía.

RUIZ SIERRA, Joana: La víctima y el nuevo proceso penal: sus gastos y sus costes.

SÁNCHEZ ROMERO, Daniel: La condena en costas en el ámbito civil y penal y su repercusión económica.

SERRANO PÉREZ, Inmaculada: La responsabilidad civil derivada de la infracción penal. El valor económico del resarcimiento de la víctima.

SIQUEIRA LOUREIRO OLIVEIRA, Silvia Regina: Alguns aspectos da preservação ambiental na União Europeia.

VARELA, Lorena, Modelos de la racionalidad humana en el juicio de imputación penal.

VIVÓ CABO, Silvia: La repercusión de los gastos procesales en el ámbito penal. Su determinación.



## MÉTODO Y NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS PARA LOS AUTORES

### Método de publicación de los artículos

El método de publicación de los artículos será el de proceso anónimo de revisión por pares, y se realizará de la siguiente forma:

A) Los artículos se remitirán por los autores al Director o Director Adjunto de la Revista Jurídica de la Universidad de León durante el plazo aprobado por el Consejo de Redacción, dejando el Director constancia de la fecha de recepción.

Los artículos podrán remitirse a una dirección de correo electrónico propia de la Revista Jurídica de la Universidad de León o a la de algún miembro del Consejo de Redacción, quien los transmitirá a la misma.

Igualmente pueden remitirse, a su dirección postal, en cuyo caso se adjuntará, junto al ejemplar impreso, una copia en formato electrónico, a la atención del Director de la Revista, Facultad de Derecho, Universidad de León, Campus de Vegazana s/n, 24071, LEÓN.

B) El Director o Director Adjunto lo remitirá en el plazo de 20 días hábiles desde su admisión por el Consejo de Redacción a dos evaluadores vinculados al Área de conocimiento sobre la que verse el contenido del artículo, siempre que previamente cumplan las condiciones descritas en este Reglamento para su publicación.

Ambos evaluadores, uno de los dos o ninguno, podrán ser miembros el Comité Científico/Evaluador de la Revista. Deberán emitir su informe en un plazo máximo de 30 días hábiles.

En caso de discrepancia en los informes, la Dirección podrá enviar el original a un tercer evaluador o someterlo a la consideración del Consejo de Redacción. Los evaluadores podrán condicionar su informe favorable para la publicación a la realización de modificaciones que mejoren, a su juicio, el trabajo evaluado.

C) La remisión será, en todos los casos y sin excepción, anónima para el evaluador, es decir, sin que el evaluador tenga acceso el nombre del autor, y se hará por cualquier medio de comunicación, en particular por correo electrónico. Para ello se evitará reenviar directamente por correo electrónico el artículo presentado por el autor, determinando un modo que impida reconocer la autoría del artículo.

D) Para ser publicado deberá ser aceptado por los dos evaluadores, quienes valorarán:

- a. Originalidad del contenido y/o conclusiones.
- b. Rigor investigador, esto es, manejo y justificación de las fuentes doctrinales, bibliográficas, jurisprudenciales y normativas en que se apoyen las argumentaciones y/o conclusiones expuestas, según sea el caso del contenido del artículo.

E) La evaluación será anónima con indicación de:

- a. Originalidad del contenido y/o conclusiones: apto/no apto.

- b. Rigor investigador: apto/no apto.
  - c. En el caso de que un artículo se considere no apto deberán exponerse sucintamente los motivos.
- F) El evaluador entregará una plantilla con una ficha a rellenar, con indicación de:
- a. Título del artículo.
  - b. Aptitud o no de la originalidad y rigor investigador del artículo.
  - c. Caso de no ser apto explicación sucinta de los motivos.
  - d. A estos efectos la plantilla de la ficha tendrá carácter uniforme para todos los artículos, se elaborará por el Director o Directores de la Revista y será aprobada por el Consejo de Redacción.
  - e. La ficha de evaluación podrá enviarse y recibirse por medios telemáticos tales como correo electrónico.
- G) El autor podrá tener acceso a la evaluación pero, en todos los casos y sin excepción, tendrá carácter anónimo para evitar disensiones entre los miembros de la comunidad científica e investigadora del Derecho. Para ello se evitará reenviar directamente por correo electrónico la valoración notificada por el evaluador, determinando un modo electrónico que impida reconocer la autoría de la evaluación.
- H) El Director tomará constancia de la fecha de aceptación del artículo y lo hará reflejar en la publicación del mismo.

### **Estructura de la Revista Jurídica de la Universidad de León**

El objetivo de la Revista Jurídica de la Universidad de León es la publicación de artículos doctrinales de investigación jurídica, procurando la difusión tanto de autores de la Facultad de Derecho de la Universidad de León como de otras Facultades y Centros de dicha Universidad, así como de juristas españoles y extranjeros, quienes podrán publicar en su propio idioma siempre que hayan podido ser evaluados positivamente por los evaluadores de la Revista.

También podrán publicarse comentarios de sentencias, reseñas de libros y noticias de interés jurídico-académico, éstas últimas a criterio del Consejo de Redacción.

A estos efectos la estructura será la siguiente:

- A) Artículos Doctrinales:
  - a. Autores de la Universidad de León.
  - b. Autores de otras Universidades nacionales o extranjeras
  - c. Un apartado especial para la conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort.
- B) Comentarios de sentencias, ya sean de Tribunales Nacionales o Internacionales.
- C) Recensiones de libros, nacionales o extranjeros, y en especial los publicados por los miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.
- D) En su caso, noticias de interés jurídico-académico.

E) Cualquier otro bloque temático que el Consejo de Redacción pueda considerar de interés para su inclusión en la Revista.

Constituye requisito indispensable para la publicación de artículos que los autores interesados en publicar en la Revista Jurídica de la Universidad de León respeten las normas de publicación expresadas en este Reglamento y que se incluirán al final de cada uno de los números que se editen.

### **Contenido de la publicación de los artículos doctrinales**

Esta Revista entiende que los artículos presentados son originales y no han sido publicados con anterioridad o no están en proceso de publicación en otro lugar. Cada artículo constará de las siguientes indicaciones y se deberá ajustar a las siguientes especificaciones:

- Mecanografiado a espacio sencillo, por una sola cara y con márgenes superior, inferior, izquierdo y derecho de 3 cm.
- En el artículo deberá constar:
  - a. Autor.
  - b. Cualificación académico-profesional del autor e institución a la que se adscribe.
  - c. Título del artículo.
  - d. Resumen en el idioma original del artículo.
  - e. Abstract del artículo en inglés. En caso de que el idioma original del artículo fuera distinto al castellano, el resumen se realizará también en este idioma.
  - f. Palabras clave.
  - g. Palabras clave en inglés.
  - h. Fecha de recepción y aceptación de originales tras su evaluación.
  - i. Índice de contenido.
  - j. Contenido.
  - k. Bibliografía citada.
- Las páginas se numerarán de forma consecutiva, correspondiendo la primera al título, autor/es del trabajo, dirección de contacto, resumen y palabras clave, tanto en español como en inglés.

El resumen deberá tener una extensión máxima de 200 palabras y se especificarán entre 3 y 10 palabras clave que proporcionen una idea rápida de su contenido y faciliten su informatización.

- A continuación, en la siguiente página, comenzará el texto del trabajo, con la inclusión de epígrafes, apartados o secciones numeradas consecutivamente, iniciándose en números romanos para los principales y posteriormente en arábigos y letras en el correspondiente orden alfabético.

- I.
- II.
- 1.
- 2.
- 2.1.
- 2.2.

- A)
- B)
- C)

### **Método de notas al pie y de bibliografía**

Las notas se realizarán a pie de página y no en el texto o al final del trabajo. El sistema será el consuetudinario del ámbito jurídico, con indicación de:

- a. Autor en mayúsculas.
- b. Título del trabajo citado.
- c. Tipo de publicación:
  - c.1. Monografía: poniendo el título en cursiva sin comillas, seguido del número de edición si es posterior a la primera.
  - c.2. Artículo de revista: poniendo el título entre comillas, seguido del título de la revista a que pertenece, en cursiva este último.
  - c.3. Capítulo de libro: poniendo el título entre comillas, e indicando el libro al que pertenece en cursiva y el nombre del director/es y, en su caso, del coordinador/es.
  - c.4. Libro de una serie, indicando la colección a que pertenece, seguido del director y del número de edición si es posterior a la primera.
  - c.5. Capítulo de libro de una serie de libros, siguiendo las reglas del capítulo de libro.
- d. Número, volumen y año si es una revista.
- e. Traductor, si la obra es una traducción.
- f. Lugar de edición y editorial si es una monografía o capítulo de libro.
- g. Página/s que se citan.

### **Extensión de los artículos**

La extensión de los artículos dependerá de la sección en la cual vaya a enmarcarse, incluidos todos los apartados anteriormente señalados: título, abstract, índice, contenido, citas y bibliografía.

En el caso de artículos doctrinales, la extensión podrá ser de entre 15 y 30 páginas.

En el caso de los comentarios de sentencias, la extensión oscilará entre 4 y 10 páginas.

En el caso de las reseñas la extensión máxima será de 3 páginas.

En el caso de las noticias, su extensión podrá ser variable, dependiendo de la decisión del Consejo de Redacción, que efectuará el análisis individual de cada una de ellas.

## **SITIO WEB DE LA REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN**

### **Sitio web**

La Facultad de Derecho promoverá y procurará la creación de un espacio web desde el que difundir la Revista Jurídica de la Universidad de León, inclusive sus contenidos, cometido que se podrá encargar a difusores externos especializados en esta actividad.