




universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN



Facultad de Derecho

2017

4

número



universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho
Universidad de León

4

2017

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

Catedrático EU (integrado TU) 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

David Carrizo Aguado

Profesor Ayudante de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

Juan Damián Moreno

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

Yolanda García Ruíz

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valencia

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia (España)

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

Igor Mintegui Arregui

Profesor Agregado de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco

Mercedes Murillo Muñoz

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Rey Juan Carlos

Pablo Nuevo López

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Abat Oliba CEU

Joan Oliver Araujo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Islas Baleares (España)

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. 4

2017

ÍNDICE DE CONTENIDOS

	Página
A) Artículos doctrinales	1-164
María Emilia Casas Baamonde Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar	3-24
María José Santos González Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro	25-50
Péter Smuk Las constituciones europeas como fuentes de la ley de partidos y la Ley Fundamental de Hungría	51-65
Tommaso Pensabene Lioni Aspectos relevantes del intento de reforma constitucional en Italia en la cuestión de procedimiento legislativo y fuentes primarias/Aspetti rilevanti della tentata riforma costituzionale in Italia in tema di procedimento legislativo in fonti primarie	67-100
Antonio Vaquera García El principio de capacidad económica en España: ¿vigencia o superación de facto? Supuestos problemáticos en la imposición directa estatal y en el gravamen municipal sobre las plusvalías	101-134
Miguel Ángel Alegre Martínez Vigilando al vigilante: el Tribunal Constitucional y sus circunstancias	135-164
B) Comentarios de sentencias	165-187
Vanina Roldán y Adela Pérez del Viso Parejas de hecho: un fallo de avanzada. Una medida judicial argentina de acción positiva	167-187

	<u>Página</u>
C) Recensiones de libros y bibliografía	189-213
María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano <i>Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad.</i> Joan Oliver Araujo	191-197
Patricia Prieto Padín <i>Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva.</i> María de los Reyes Martínez Barroso	199-202
Francisco Xabiere Gómez García <i>La empleabilidad de los jóvenes: desde las fórmulas tradicionales a las nuevas oportunidades.</i> AA.VV. (J.J. Fernández Domínguez y S. Rodríguez Escanciano, Dirs.; R. Fernández Fernández, Coord.)	203-205
Patricia Prieto Padín <i>Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores.</i> AA.VV. (J.J. Fernández Domínguez y S. Rodríguez Escanciano, Dirs.; H. Álvarez Cuesta, Coord.)	207-210
Javier Fernández-Costales Muñiz <i>El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro. Implicaciones laborales de la industria 4.0.</i> Henar Álvarez Cuesta	211-213
D) Noticias de interés jurídico-académico	215-302
Actas del XV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Parlamento y parlamentarismo: Origen y retos	217-218
Actas del I Seminario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	219-234
Actas del PAGID 2016. Experiencias docentes para fomentar el trabajo autónomo: Coloquios Transoceánicos-Experiencia docente Eje Norte (financiado por la Universidad de León)	235-238
Actas del V Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: Infancia, Menas, Resolución de conflictos familiares y culturales	239-268
Relatorías de las III Jornadas Nacionales de Derecho y Ciberseguridad	269-302
Normas de publicación	303-306

INDEX OF CONTENTS

	<u>Página</u>
A) Doctrinal articles	1-164
María Emilia Casas Baamonde Irregular distribution of the working day, flexibility of working time and personal and family life time	3-24
María José Santos González Legal regulation of robotics and artificial intelligence: Future challenges	25-50
Péter Smuk European constitutions as sources of party law – and the Fundamental Law of Hungary	51-65
Tommaso Pensabene Lioni Relevant aspects of the constitutional reform attempt in Italy in the matter of legislative procedure and primary sources	67-100
Antonio Vaquera García The principle of economic capacity in Spain: effectiveness? Problem assumptions in state direct taxation and municipal taxes on appreciation	101-134
Miguel Ángel Alegre Martínez Guarding the guardian: The constitutional court and its circumstances	135-164
B) Sentences comments	165-187
Vanina Roldán y Adela Pérez del Viso Couples in fact: An advanced failure. An Argentine legal action of positive action	167-187
C) Book records and bibliography	189-213
María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano <i>Electoral barriers. Governance versus representativeness</i> Joan Oliver Araujo	191-197
Patricia Prieto Padín <i>Responsible subjects for breaches in preventive matters</i> María de los Reyes Martínez Barroso	199-202

	<u>Página</u>
Francisco Xabiere Gómez García <i>The employability of young people: from traditional formulas to new opportunities.</i> AA.VV. (J.J. Fernández Domínguez y S. Rodríguez Escanciano, Dirs.; R. Fernández Fernández, Coord.)	203-205
Patricia Prieto Padín <i>Times of change and mental health of workers.</i> AA.VV. (J.J. Fernández Domínguez y S. Rodríguez Escanciano, Dirs.; H. Álvarez Cuesta, Coord.)	207-210
Javier Fernández-Costales Muñiz <i>The future of work vs. the work of the future. Labor Implications of Industry 4.0.</i> Henar Álvarez Cuesta	211-213
D) News of legal and academic interest	215-302
Proceedings of the XV Congress of the Association of Constitutionalists of Spain. Parliament and parliamentarism: Origin and challenges	217-218
Proceedings of the I International Seminar on Labor Law and Social Security	219-234
Proceedings of the PAGID 2016. Teaching experiences to promote autonomous work: Transoceanic Colloquia-Teaching experience North Axis (financed by the University of León)	235-238
Proceedings of the V Seminar on international legal relations: Children, Menas, Resolution of family and cultural conflicts	239-268
Rapporteurships for the III National Conference on Law and Cybersecurity	269-302
Guide to getting published	303-306

A) ARTÍCULOS DOCTRINALES

DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA, FLEXIBILIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO Y TIEMPO DE VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

María Emilia Casas Baamonde

mariaemiliacasas@pdi.ucm.es

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Presidenta emérita del Tribunal Constitucional

Universidad Complutense de Madrid

Resumen

Los aspectos cuantitativos, pero sobre todos cualitativos, del tiempo de trabajo, de su ordenación y distribución, constituyen uno de los grandes ejes de las formas de organización flexible del trabajo, favorecidas por la digitalización. La flexibilidad del tiempo de trabajo es una poderosa línea de transformación del ordenamiento laboral, que satisface los requerimientos organizativos y productivos de los empresarios, y también las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores. Sin embargo, las medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo para atender a las necesidades empresariales (distribución irregular de la jornada y contrato de trabajo a tiempo parcial, que en su regulación vigente tiene una alta tasa de forzosidad

y feminización y no es fórmula dirigida a satisfacer las necesidades de conciliación de los trabajadores) son amplias, efectivas y eficaces, no siendo esa la lógica a la que responde la flexibilización del tiempo de trabajo para conciliarlo con el tiempo de vida de los trabajadores. Condicionados a la negociación colectiva y problemáticos en su disfrute en la práctica, los derechos de conciliación de los trabajadores se han reconducido por la regulación legal española virtualmente a la reducción de la jornada, con la correspondiente reducción retributiva, sin apenas explorar fórmulas de flexibilidad en la disposición del tiempo de trabajo, ni de racionalización de los horarios, con un importante impacto adverso de género causante de nuevas discriminaciones de las mujeres en el trabajo, en la vida familiar y social.

■ Palabras clave:

Tiempo de trabajo;
Flexibilidad; Digitalización;
Distribución irregular de la
jornada; Contrato de
trabajo a tiempo parcial;
Derechos de conciliación
de los trabajadores;
Reducción de la jornada de
trabajo; Discriminación de
las mujeres

Abstract

The quantitative aspects, but above all qualitative ones, of working time, of its organization and distribution, constitute one of the main axes of the forms of flexible organization of work, favored by digitalization. The flexibility of working time is a powerful line of transformation of the labor order, which satisfies the organizational and productive requirements of employers, and also the needs of reconciliation of personal, family and work life of workers. However,

measures of flexibility of working time to meet business needs (irregular distribution of the working day and part-time work contract, which in its current regulation has a high rate of forced and feminization and is not a formula aimed at satisfy the needs of workers 'conciliation) are broad, effective and effective, this not being the logic to which the flexibilization of working time responds in order to reconcile it with the workers' lifespan. Conditional to collective bargaining and problematic in their enjoyment in practice, workers' conciliation rights have been redirected by Spanish legal regulation to virtually the reduction of the working day, with the corresponding reduction in remuneration, without hardly exploring formulas of flexibility in the provision of working time, or the rationalization of schedules, with a significant adverse impact of gender causing new discriminations of women at work, in family and social life.

■ **Keywords:**

Work time; Flexibility; Digitization; Irregular distribution of working day; Part-time work contract; Worker conciliation rights; Reduction of the working day; Discrimination of women

1. Tiempo de trabajo, tiempo de vida, digitalización del trabajo – 2. Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo (capítulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) – 3. Fomento del trabajo a tiempo parcial y de la flexibilidad en el tiempo de trabajo: el contrato a tiempo parcial como modalidad de gestión flexible del tiempo de trabajo – 4. Tiempo de vida personal y familiar: las medidas de flexibilidad interna de los trabajadores, los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar – 5. La estrechez de los derechos de conciliación de las personas trabajadoras, su reconducción a las reducciones de jornada y a las excedencias, y su feminización causante de nuevas discriminaciones en el trabajo de las mujeres

1. TIEMPO DE TRABAJO, TIEMPO DE VIDA, DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO

El tiempo de trabajo es institución esencial en las vidas de las personas, como lo es el “tiempo otro”¹, el tiempo de no trabajo, de descanso. El tiempo es una dimensión consustancial del contrato de trabajo y de la persona que lo realiza, dirigiéndose su regulación eurounitaria a la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y, en concreto, a la protección de su seguridad y salud en el trabajo mediante normas mínimas armonizadoras (Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, sucedida por la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo)². La inescindibilidad del trabajo la persona que lo realiza hace que su prestación se mida y se determine según secuencias temporales,

¹ A.H. MASLOW, *The Farther Reaches of Human Nature*, Penguin Books, Londres, 1976, pág. 256; M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7ª ed. al cuidado de M.E. CASAS BAAMONDE y E. ALONSO GARCIA, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2013, pág. 111.

² Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1996, C-84/94, *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Consejo v. Consejo de la Unión Europea* (ECLI:EU:C:1996:431).

una característica del propio contrato de trabajo y de la configuración de la obligación laboral, como “trabajo prestado durante un cierto tiempo”³.

La transformación digital, y su proyección sobre el tiempo de trabajo, es innegable. Progresivamente los cambios en los sistemas productivos, últimamente por el poder de las tecnologías digitales, han hecho aparecer nuevos problemas en materia de tiempo de trabajo que reflejan en la realidad socio-laboral una variedad de situaciones que no se corresponden ya con el modelo típico de jornada ordinaria a tiempo completo y con distribución regular (8x8x8). Se han roto las coordenadas de tiempo - y lugar- de la prestación de trabajo subordinado y por cuenta ajena⁴. Los aspectos cuantitativos y, señaladamente, cualitativos del tiempo de trabajo constituyen uno de los grandes ejes sobre los que bascula la puesta en funcionamiento de las formas de organización flexible del trabajo⁵. Las nuevas técnicas de ordenación del tiempo de trabajo tienden a facilitar su ajuste a las necesidades de las empresas mediante una organización del trabajo menos rígida y más adaptable, mejorando también –se dice– los niveles de empleo en aras del incremento de su productividad y competitividad.

El crecimiento exponencial de las variedades de jornada de trabajo y la transformación digital han supuesto modificaciones en los modos sociales y de vida, menos ordenados que en el pasado⁶, al abandonarse el paradigma de la jornada de trabajo semanal o diaria rígidas, aunque la jornada de cinco días ordinaria no haya desaparecido. Han surgido tipos extraordinariamente variados de tiempo de trabajo “atípico” o flexible, distintos del ordinario a tiempo completo, que incluso han dado lugar a contratos atípicos: los bancos de horas, el trabajo de fin de semana, los trabajos marginales o mini trabajos, el trabajo a la llamada, el trabajo informal, o, incluso, el polémico contrato de cero horas, cuya supresión ha pedido a los Estados miembros el Parlamento Europeo⁷.

³ M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2009, pág. 325.

⁴ Ruptura de la que ofrecen numerosos ejemplos la jurisprudencia y la negociación colectiva. Puede consultarse la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2015, C- 266/14, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.) y Thico* (ECLI:EU:C:2015:578), en cuyo fallo se declara que el artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88/CE “debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, en las que los trabajadores carecen de centro de trabajo fijo o habitual, el tiempo de desplazamiento que dichos trabajadores dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que les asigna su empresario constituye «tiempo de trabajo», en el sentido de dicha disposición”.

⁵ M. RODRIGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS Y M.E. CASAS, *Contratación a tiempo parcial y flexibilidad en el tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)*, Relaciones Laborales, núm. 2, febrero, 2014, págs. 6 y ss.

⁶ A. SUPIOT, M.E. CASAS, J. DE MUNCK, P. HANAU, A. JOHANSSON, P. MEADOWS, E. MINGIONE, R. SALAIS, y P. VAN DER HEIJDEN, *Au-delà de l’emploi*, 2º ed, A. SUPIOT, *Les voies d’une vraie réforme du droit du travail*, Flammarion, Paris, 2016, págs. 100 y ss.

⁷ Resolución de 4 de julio de 2017 *sobre las condiciones laborales y el empleo precario* (2016/2221(INI)).

Es necesario un marco jurídico que contemple las nuevas formas de trabajo y procure su regulación equilibrada, de modo que se protejan y reconozcan derechos a los trabajadores sometidos a esas fórmulas nuevas de ordenación del tiempo de trabajo, sin desconocer las necesidades o requerimientos de las empresas.

Con una perspectiva inclusiva, el Parlamento europeo ha propuesto a la Comisión y los Estados miembros utilizar el tiempo de trabajo como instrumento de rearme laboral. La ordenación del tiempo de trabajo es un instrumento esencial al servicio de los objetivos de contener la atipicidad y la precariedad, y alcanzar las garantías del trabajo digno. La limitación del tiempo máximo de trabajo, el derecho a los descansos diario y semanal y a las vacaciones anuales retribuidas, que garantizan a todos los trabajadores la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 31.2), la Directiva 2003/88/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo, y las sentencias del Tribunal de Justicia –destacando las que han calificado el tiempo de guardia en el lugar de trabajo como tiempo de trabajo efectivo, como tal precisado de descanso compensatorio⁸–, han de aplicarse efectivamente a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores “a la carta”, los trabajadores a tiempo parcial en empleos marginales, y los trabajadores en régimen de externalización abierta (*crowdsourcing*), régimen de empleo extendido también por el poder de las organizaciones on-line (web 2.0).

Recuerda el Parlamento Europeo con toda pertinencia que la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo es una norma de seguridad y salud laboral, cuya aplicación efectiva coadyuvará a combatir las bajas condiciones de seguridad y salud de los trabajadores relegados a esas formas atípicas de empleo, especialmente adversas cuando ocupan empleos marginales. La marginalidad del empleo produce marginación laboral y social, por lo que el Parlamento insta a los Estados miembros y a la Comisión a “fomentar” medidas que permitan ampliar la jornada de los trabajadores que quieren trabajar más.

El tiempo de trabajo en la economía digitalizada es un tiempo en ocasiones de difícil formalización o delimitación, sin substrato físico, comparable a un tiempo de puesta a disposición o de disponibilidad, que, indebidamente, no lleva aparejada la retribución, ni protección. Cualquier conexión con el centro empresarial o plataforma digital, por débil que sea, es tiempo de trabajo.

Una mera referencia al derecho de desconexión digital (regulado en el ordenamiento francés) para evitar la invasión empresarial del tiempo de no descanso obliga a evocar los valores y límites que siguen teniendo eficacia al referirse, en sustancia, a la necesidad de establecer límites al poder de dirección empresarial, limitado por el tiempo de no trabajo, por la vida privada de los trabajadores. La dependencia o subordinación digital pone de relieve las dificultades de reforzamiento del poder de control empresarial, hecho frente al que han de actuar los derechos fundamentales de los trabajadores.

⁸ Entre otras, STJ (Sala Segunda), de 1 de diciembre de 2005, C-14/04, Abdelkader Dellas (ECLI:EU:C:2005:728); ATJ (Sala Quinta) de 11 de enero de 2007, C-437/05, *Jan Vorel* (ECLI:EU:C:2007:23); STJ (Sala Segunda) de 25 de noviembre de 2010, C-429/09, *Günter Fuß* (ECLI:EU:C:2010:717).

De otra parte, los derechos fundamentales a la igualdad y la prohibición de discriminación por sexo femenino han incorporado a los ordenamientos jurídicos europeos los llamados derechos de conciliación los trabajadores –en masculino para significar su titularidad indistinta de hombres y mujeres y la asunción por aquéllos de tareas de cuidado familiar, asumiendo o compartiendo su responsabilidad sobre las mismas con las mujeres–, para alcanzar la igualdad de la mujer. Son derechos de dimensión constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 3/2007, de 15 de enero, caso Alcampo), en los que la flexibilidad del tiempo de trabajo es relevante desde la perspectiva de los trabajadores.

Esa mayor adaptabilidad o “amenagement” del tiempo de trabajo ha de ser bidireccional. Están concernidos los mencionados derechos de conciliación de los tiempos o vidas de los trabajadores, personal, laboral y familiar, que componen una sola vida, la vida de las personas. Sin embargo, los cambios experimentados por el tiempo de trabajo, su dilución en las innovaciones tecnológicas que afectan decisivamente a las formas de trabajar y de organización empresarial (de la institución empresarial a la acción empresarial), el incremento de empleos atípicos y de los horarios de trabajo atípicos tienen un efecto perjudicial directo sobre las mujeres y dificultan las adaptaciones razonables del tiempo de trabajo a las necesidades personales y familiares, debiendo las personas trabajadoras conciliar su vida de no trabajo, de descanso, por tanto, con el trabajo, y no al revés, como debiera ser en las sociedades progresivamente igualitarias. Las mujeres continúan discriminadas por sexo y género en el trabajo, y especialmente expuestas a modalidades de empleo atípicas y a condiciones de trabajo precarias.

Se trata de dos distintas perspectivas de la flexibilidad en el tiempo de trabajo que se entrecruzan, dando lugar a lógicas legislativas antinómicas cuya resolución se salda con soluciones armoniosas o no armoniosas, sin que se exploren en medida significativa los mecanismos de adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades personales y familiares de las personas trabajadoras para poder ser concebidos los derechos de conciliación real y efectivamente como derechos.

2. MEDIDAS PARA FAVORECER LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN LAS EMPRESAS COMO ALTERNATIVA A LA DESTRUCCIÓN DE EMPLEO (Capítulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)

Fomento [...] de la flexibilidad en el tiempo de trabajo (artículo 1 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores)

Sabido es que el Estatuto de los Trabajadores (ET) regula la que denomina “distribución irregular de la jornada a lo largo del año” en su artículo 34.2. La regulación del citado precepto legal, procedente de la Ley reformadora 11/1994, de 19 de mayo, de la Ley reformadora 3/2012, de 6 de julio –que tomó pie en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014, suscrito con

fecha 25 de enero de 2012, de una parte, por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, aunque este confiaba esa distribución irregular del tiempo de trabajo a la negociación colectiva–, y del posterior Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, se compone de la serie de nomas siguientes:

A) La *primera norma* encomienda al convenio colectivo (del título III del ET), de cualquier ámbito, y en su defecto al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, si así lo deciden, en el porcentaje que deseen. La ley no establece aquí ningún límite al respecto, teniendo el pacto de distribución irregular de la jornada un amplio espacio de disponibilidad.

Se ha discutido si la ley encuadra la distribución irregular de la jornada “a lo largo del año” –dicción textual– o a lo largo de un año, esto es, de un período de doce meses consecutivos. El entendimiento de la doctrina y de la jurisprudencia ha sido identificar el año con el natural con el argumento de que cuando la ley había querido traspasar ese ámbito temporal de referencia lo había hecho expresamente, como es el caso de las vacaciones⁹. Sin embargo, la adición de un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 34 del ET por el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, que, como veremos, ha fijado “el plazo de doce meses” para compensar las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada, introdujo dudas sobre la interpretar de todo el precepto en este último sentido, que han sido desautorizadas por el Tribunal Supremo.

B) La *segunda regla*, procedente de la reforma legislativa de 2012, actúa como norma de cierre para el caso de que ni el convenio colectivo ni el acuerdo colectivo de empresa acuerden establecer la distribución irregular de la jornada, otorgando al empresario la facultad unilateral de distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo, porcentaje que es máximo. El primer efecto de esta facultad unilateral empresarial de distribución irregular de la jornada de trabajo es la superación del máximo legal de 40 horas semanales de trabajo efectivo (o del convencional alternativo), aunque en la regulación legal ese máximo es un promedio que se computa anualmente (art. 34.1, párrafo segundo). Pero la consecuencia más significativa es la que afecta a la falta de regularidad en la prestación de trabajo debida cada semana o cada día para adaptar el trabajo a las necesidades productivas empresariales.

A tenor de la regulación expuesta, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha afirmado la imposibilidad de que la empresa establezca unilateralmente la distribución irregular de la jornada “olvidando que dicha facultad sólo existe en defecto de pacto “y ese pacto... ya existía cuando se introdujo esa facultad en relación con el diez por ciento de la jornada por la Ley 3/2012”: “en el epígrafe 1 de la repetida cláusula 22 del convenio colectivo se da la definición del módulo de jornada diaria y se alude a

⁹ Superación del año reafirmada, sin límites, para el abono de la retribución de las vacaciones no disfrutadas por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 29 de noviembre de 2017, C-214/16, *King*.

su regulación y a la del sistema de cómputo en los gráficos del personal, cabiendo añadir que en los epígrafes 3 y 4 de la cláusula 26 (servicios especiales) se establecen “consideraciones a efectos de jornada laboral”, con alusión a los servicios especiales en exceso sobre la jornada laboral normal que “se considerarán horas extras y se compensarán económicamente según detalla el punto siguiente” (4), donde, en efecto, se regulan las compensaciones económicas y en cuyo último párrafo se precisa la prima especial al respecto, de manera que se ha de estar a todo ello mientras se mantenga en vigor” (STS de 16 de junio de 2015, caso Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana¹⁰). A sensu contrario, la STS de 3 de octubre de 2017, de nuevo caso Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana¹¹, considera que los pactos impugnados son conformes a derecho porque no contienen previsiones sobre distribución irregular de la jornada de trabajo que afecten al contenido del anterior acuerdo sobre esta materia.

Asimismo el Tribunal Supremo ha otorgado validez a un pacto extraestatutario –por falta de depósito, registro y publicación–, alcanzado en el marco del artículo 86.3 del ET, para proceder a la distribución irregular de la jornada sin contradecir la regulación contenida en el convenio colectivo, pese a encontrarse éste en vigencia ultraactiva y haberse roto la anterior unidad de negociación (STS de 14 de diciembre de 2016, caso Panrico, SAU¹²).

Son numerosas las Sentencias los Tribunales Superiores de Justicia que han anulado distribuciones irregulares de jornadas efectuadas unilateralmente por el empresario y plasmadas en el calendario laboral, contradiciendo la regulación de los convenios colectivos. La STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 297/2014, de 16 de junio¹³, declaró la nulidad del calendario laboral elaborado por la empresa, que preveía el trabajo de lunes a sábado, por suponer una distribución irregular de la jornada que contravenía lo previsto en el convenio colectivo que prohibía la distribución irregular en sábados, domingos y festivos, salvo pacto en contrario, que en el caso no concurría. La STSJ también de Madrid, Sala de lo Social, núm. 2103/2012, de 13 de noviembre¹⁴, deparó la misma sanción de nulidad a la decisión unilateral de la empresa consistente en imponer a los trabajadores del departamento de producción una jornada irregular, reconociendo el derecho de los trabajadores a ser repuestos en sus anteriores condiciones de trabajo y el derecho a la retribución de las horas no trabajadas como consecuencia de esa medida, sin posibilidad de su recuperación.

Con una interpretación más rigurosa la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social (Burgos), núm. 351/2013, de 17 de julio¹⁵, ha entendido que, dado que la posibilidad de que el empresario establezca unilateralmente la distribución irregular de un máximo del 10% de la jornada se condiciona por la ley a la falta de pacto, es obligada la negociación previa al respecto, por lo que al no existir la modificación del calendario laboral se declara ilegal.

¹⁰ Recurso de Casación núm. 266/2014, ECLI:ES:TS:2015:3080.

¹¹ Recurso de Casación núm. 202/2016, ECLI:ES:TS:2017:3712.

¹² Recurso de Casación núm.17/2016, ECLI:ES:TS:2016:5725.

¹³ ECLI:ES:TSJM:2014:8906.

¹⁴ ECLI:ES:TSJM:2012:14622.

¹⁵ ECLI:ES:TSJCL:2013:3135.

Obviamente, el empresario no puede hacer un uso arbitrario, irracional ni abusivo de esa facultad unilateral, como vienen señalando la doctrina y la jurisprudencia: el artículo 34.2 del ET “autoriza a que el Convenio Colectivo, con los límites que señala, establezca la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, siempre que respete los períodos mínimos de descanso dispuestos legalmente. Lo que no significa que el empresario pueda hacer uso de esta facultad a su capricho, arbitrariamente o de manera irracional, como en general, no puede hacerlo con ninguna de las facultades en que se vertebra el poder de dirección de la actividad laboral. Ningún poder jurídico tolera ser ejercitado con abuso (artículo 7.2 Código Civil), cosa que sucede cuando su titular lo emplea, con daño de terceros, para fines ajenos a los que determinaron su concesión. La decisión empresarial de fijar el horario de trabajo siempre habrá de fundarse en causas conectadas con la utilidad y necesidades del funcionamiento de la empresa, la concurrencia de las cuales es aspecto susceptible de someterse al control judicial, en caso de discrepancia. Entendido de esta suerte –como así lo hizo la sentencia combatida–, el artículo 29 del Convenio no transgrede el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, cuyas disposiciones en punto a las acciones individuales y colectivas que los trabajadores tienen a su alcance en los supuestos de producirse una modificación sustancial de su horario de trabajo continúan plenamente en vigor” (STS de 15 de diciembre de 1998, Recurso de Casación núm. 1162/1998, caso impugnación del Convenio Colectivo para el Comercio de Baleares).

El cambio sustancial de la jornada de trabajo, del horario y de la distribución del tiempo de trabajo (redacción dada por la Ley 3/2012) figura en la lista de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41.1.ET), por lo que, de cumplirse los restantes requisitos del supuesto de hecho, la decisión modificativa del empresario se ha de someter al procedimiento previsto en el mencionado precepto legal (STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social (Burgos), núm. 206/2013 de 8 mayo¹⁶).

C) La *tercera norma* impone límites de derecho necesario relativo o mínimo a la distribución irregular de la jornada acordada o decidida por el empresario, que deberá respetar : 1º) en todo caso, los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley (el límite mínimo indisponible es de 12 horas entre jornada y jornada: art. 34.3, párrafo primero, ET, y el semanal de día y medio ininterrumpido acumulables por períodos de hasta catorce días: art. 37.1, párrafo primero, ET; pero puede tener que respetar los previstos en el convenio u otros superiores a los legales; el art 2 del RD 1561/1995 permite la reducción de ese descanso entre jornadas mediante compensación por descansos alternativos); 2º) el trabajador ha de conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla (el preaviso es también mínimo).

El preaviso tiene carácter imperativo, y su duración no puede empeorarse o rebajarse por la negociación colectiva (STS de 16 de abril de 2014, caso Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, SA¹⁷, cuyo convenio colectivo establecía un preaviso de veinticuatro horas). Sin embargo, la STSJ de Galicia, Sala de lo Social (A Coruña),

¹⁶ ECLI:ES:TSJCL:2013:1355.

¹⁷ Recurso de Casación núm. 183/2013, ECLI:ES:TS:2014:1963.

núm. 6559/2015, de 25 noviembre, caso Consultoría Natutechnia SL¹⁸, ha aceptado un preaviso convencional de duración inferior a cinco días si la distribución irregular de la jornada es de aceptación voluntaria por el trabajador.

Además, el empresario ha de respetar el límite de no sobrepasar las nueve horas diarias ordinarias de trabajo efectivo, pues la ley (el artículo 34.3, párrafo segundo, del ET) consiente sólo al convenio colectivo o, en su defecto, al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, el establecimiento de “otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas”.

Por su parte, la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, exige que la duración media del trabajo no supere las cuarenta y ocho horas semanales en un período de referencia de cuatro meses (arts. 6.b) y 16.b)).

D) La *cuarta norma*, procedente del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, vuelve a llamar al convenio colectivo y, en su defecto, al acuerdo de empresa, para que fijen el modo de la compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada.

E) La *quinta y última norma* del art. 34.2 ET, proveniente también del citado Real Decreto-ley 16/2013, que vuelve a ser de cierre, ordena que las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada queden compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan, en defecto de pacto. En el año natural, y sin que quepa desplazar la compensación al año siguiente bajo sanción de nulidad, según la STS de 3 de febrero de 2015, caso ANICE¹⁹.

Es sabido que los trabajadores menores de dieciocho años no pueden realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo el tiempo de formación y el pluriempleo (art. 37.3, párrafo tercero, ET).

La complementación del cuadro legal exige advertir que el artículo 84.2 c) ET otorga preferencia aplicativa al convenio colectivo de empresa sobre el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen del trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones y, además, que el art. 82.3 ET permite la inaplicación temporal por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, de la regulación prevista en convenio colectivo sobre jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo y trabajo a turnos. De este modo, la Ley 3/2012 ha dotado al empresario de nuevos instrumentos que le permiten adaptar la ordenación del tiempo de trabajo a las necesidades sobrevenidas en la empresa, introduciendo un mayor grado de flexibilidad, también a través de la función reconocida a la contratación colectiva particularmente de empresa.

¹⁸ ECLI:ES:TSJGAL:2015:9296.

¹⁹ Recurso de Casación núm. 7/2014, ECLI:ES:TS:2015:712.

Los convenios de empresa suelen regular con mayor frecuencia y precisión la distribución irregular de la jornada (STS de 1 de junio de 2017, caso Danone, SA²⁰). Pero tanto el diálogo social como la negociación colectiva se han adelantado y abierto a la aceptación de estos cambios, que incluso la negociación colectiva ha acentuado con el refrendo judicial.

En cualquier caso, la distribución irregular de la jornada de trabajo es un instrumento de vocación y aplicación general en la ordenación del tiempo de trabajo en la modalidad típica de contratación laboral (el contrato por tiempo indefinido y a tiempo completo) y en las numerosas modalidades atípicas, incluso en las que se caracterizan por sus peculiaridades sobre la duración reducida y ordenación del tiempo de trabajo, como el contrato de trabajo a tiempo parcial, vertical y horizontal.

3. FOMENTO DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y DE LA FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO: EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL COMO MODALIDAD DE GESTIÓN FLEXIBLE DEL TIEMPO DE TRABAJO

El Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, asumió el riesgo de una probable devaluación de la calidad del empleo a través de un nuevo régimen menos tuitivo del trabajo a tiempo parcial para favorecer su creación y reemplazar la contratación temporal precaria, tratando de favorecer un mayor espacio de contratación estable.

Precedido de numerosas normas reformadoras del contrato de trabajo con tiempo reducido (“parcial”), incluso solo contando las iniciadas en 2012, el Real Decreto-ley 16/2013 se dirigió a promover este tipo de empleo mediante la facilitación de su uso empresarial.

Citaba en su apoyo el Real Decreto-ley 16/2013 la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES) de 6 de junio de 1997. Su cláusula 5.1.a) impone a los Estados miembros “identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos”. Pero la Directiva y el Acuerdo marco que aplica no se limitan a levantar los obstáculos a las posibilidades de trabajo a tiempo parcial. Conforme al Convenio núm. 175 OIT, tratan de “normalizar” el trabajo a tiempo parcial haciéndolo atractivo a las empresas, pero también a los trabajadores. Por ello las partes sociales firmantes del Acuerdo marco europeo expresan, en su preámbulo, su “voluntad de establecer un marco general para la eliminación de discriminaciones en relación con los trabajadores a tiempo parcial y contribuir al desarrollo de las posibilidades de trabajo a tiempo parcial sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores”, y el propio Acuerdo marco se refiere al “interés mutuo de empresarios y trabajadores” de una manera que favorezca el desarrollo de las empresas (considerando 5). Además, el punto 2 de la cláusula 6 del Acuerdo marco dispone que la aplicación de la Directiva

²⁰ Recurso de Casación núm. 175/2016, ECLI:ES:TS:2017:2903.

no puede justificar un retroceso en relación con la situación existente en cada Estado miembro, cláusula de no regreso que puede suscitar dudas respecto a la compatibilidad con la Directiva de algunos cambios regresivos introducidos por el Real Decreto-ley 16/2013 en el ET sobre la situación precedente. Además, el propio Acuerdo marco establece que los Estados miembros deben, “previa consulta a los interlocutores sociales” [cláusula 5.1.a)], identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial para, en su caso, eliminarlos”.

Según la última Memoria del CES, “en 2016 se redujo el número de personas trabajando a tiempo parcial. No obstante, atendiendo solo al empleo asalariado se observa un nuevo incremento, si bien más ligero que en los años anteriores. El dato más relevante en 2016 es la reducción de la frecuencia del tiempo parcial involuntario, reducción que había venido creciendo extraordinariamente a raíz de la crisis. Se trata de una evolución incipiente, y la involuntariedad sigue suponiendo cerca de dos tercios del total de personas trabajando con este tipo de jornada, dato que constituye un elemento central en el debate sobre el tipo de empleos que están emergiendo a raíz de la crisis”²¹.

El impacto adverso de género caracteriza a esta modalidad contractual, como ponen de manifiesto los datos de la realidad y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional²². Baste citar al respecto la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de noviembre de 2017, asunto C-98/15, *María Begoña Espadas Recio y Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE)*, trabajadora de limpieza a tiempo parcial con jornada concentrada en determinados días de la semana (no todos; trabajo a tiempo parcial vertical), que cita otras anteriores, y desde luego la Sentencia *Elbal Moreno*. En su fallo declara que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, se opone a la normativa española que, “en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa” [punto 2]).

Si bien en los años de la crisis la contratación a tiempo parcial funcionó como modalidad contractual de entrada en el trabajo de los jóvenes, mujeres y hombres, en 2017 el 72 por 100 de estos contratos se han celebrado con mujeres.

De hecho, en la reforma legislativa de 2013 el contrato a tiempo parcial se ha concebido, como el contrato en prácticas, como modalidad de inicio del trabajo que permite un largo período de prueba en orden a una futura contratación a tiempo completo estable, pues, según afirmaba el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2013, el contrato a tiempo parcial y el contrato en prácticas “se han revelado como una

²¹ *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2016*, Madrid, 2017, pág. 19.

²² SSTC 253/2004, 49 y 50/2005, 61/2013, 71/2013, 66/2014, 110/2015 y 162/2016.

importante vía de ingreso en el mercado de trabajo y de transición hacia el trabajo a tiempo completo y la contratación indefinida, respectivamente”. Una concepción, sin duda, disfuncional, pues el contrato a tiempo parcial no debe ser una modalidad de acceso a un empleo precario que cubre la necesidad de trabajadores que no disponen de otra forma de acceder al trabajo. El Grupo Fide en sus *Conclusiones sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales* propugna que la regulación del contrato a tiempo parcial cumpla sus finalidades específicas, atendiendo a las necesidades de empresarios y trabajadores en régimen de voluntariedad y, obviamente, eliminando el impacto adverso de género femenino²³. Las novedades conocidas que el Real Decreto-ley 16/2013 introdujo en el artículo 12 del ET fueron, sucintamente expuestas y en lo que aquí importa:

- establecimiento del régimen de distribución del número de horas ordinarias de trabajo contratadas al día, a la semana, al mes o al año por convenio colectivo, régimen de distribución que ha de figurar en el contrato individual, el cual, de existir el convenio, ha de acomodarse a sus previsiones [art. 12.4.a), párrafo primero, ET];
- restablecimiento de la prohibición de que los trabajadores a tiempo parcial realicen horas extraordinarias, salvo los supuestos previstos en el artículo 35.3 ET [art. 12.4.c), ET];
- prohibición de que la suma de las horas ordinarias y complementarias, incluidas las previamente pactadas y las voluntarias, exceda del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado 1 del art. 12 ET en términos bien flexibles: “El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable” [art. 12.4.c) y 12.1, párrafo primero, ET];
- flexibilización de las horas complementarias como medio de incremento del tiempo de trabajo pactado en esta modalidad contractual y de su acomodación continua a las necesidades empresariales y del “entorno”;
- incorporación posible del pacto de horas complementarias a cualquier contrato de trabajo a tiempo parcial, sin que sea necesaria su duración indefinida, al tiempo de su celebración o con posterioridad a ésta, con la única exigencia de que la jornada de trabajo a tiempo parcial no sea inferior a diez horas semanales en cómputo anual [art. 12.5.b) ET];
- incremento al doble del número de horas complementarias pactadas. En la regulación anterior el número de horas complementarias pactadas no podía exceder del 15 por 100 de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato, la regulación vigente lleva el límite legal al 30 por 100, ampliable por convenio colectivo hasta el 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas. Si el espacio en que anteriormente podía moverse el convenio colectivo era el comprendido entre la jornada parcial ordinaria contratada y el 60 por 100 de ésta, en la regulación vigente se estrecha desde el máximo legal del 30 por 100, que es un mínimo para la negociación colectiva, hasta ese 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas [art. 12.5.c) ET]. El convenio colectivo, si actúa, debe asegurar el porcentaje

²³ Por un nuevo marco legislativo laboral..., Madrid, diciembre de 2016, conclusión núm. 6, pág. 4.

máximo legal, y, en su caso, superarlo, con lo que se limita el papel de la autonomía colectiva frente al propósito declarado del Acuerdo marco europeo de que sea aquélla el instrumento “para encontrar soluciones que se ajusten a las necesidades de los empresarios y los trabajadores” otorgando a la negociación colectiva “un papel especial en la puesta en práctica y la aplicación” del Acuerdo (considerando 8). Por lo demás, se omite la exigencia expresa prevista en la cláusula 5.3. e) de dicho Acuerdo de la transmisión por el empresario, a los órganos representativos de los trabajadores, de información apropiada sobre el trabajo a tiempo parcial en la empresa;

- adición de una nueva categoría de horas complementarias “voluntarias” que en los contratos a tiempo parcial de duración indefinida con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual el empresario puede, en cualquier momento, ofrecer al trabajador y éste aceptarlas. El número de estas horas complementarias “voluntarias” no puede superar el 15 por 100, ampliable al 30 por 100 por convenio colectivo, de las horas ordinarias objeto del contrato. Esta bolsa de horas complementarias es independiente de las horas complementarias pactadas y no se computan a efectos de los porcentajes de horas complementarias pactadas, sumando sobre éstas [art. 12.5.g), párrafo segundo, ET]. En la hipótesis de que la negociación colectiva incrementase ambos tipos de horas complementarias, la autonomía individual podría llegar a alcanzar el 90 por 100 de las horas ordinarias contratadas;
- reducción del plazo de preaviso para la realización de las horas complementarias pactadas de siete a tres días, “salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior” [art. 12.5.d) ET], plazo de preaviso innecesario en el caso de las horas complementarias voluntarias. Se excluye la función de mejora del convenio colectivo. La determinación del momento y forma de realización de las horas complementarias voluntarias se comprende en la propia propuesta del empresario y en la aceptación por el trabajador de su realización, permitiéndose la conversión del contrato a tiempo parcial en un “contrato a la llamada”;
- ofrecimiento empresarial de realización de horas complementarias voluntarias o de aceptación voluntaria al trabajador con contrato indefinido en cualquier momento, si bien “la negativa del trabajador a la realización de estas horas no constituirá conducta laboral sancionable” (garantía de indemnidad) [art. 12.5.g) ET];
- retribución de las horas complementarias efectivamente realizadas como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y períodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones [art. 12.5.j) ET].

En fin, la elasticidad del tiempo de trabajo en esta modalidad contractual se incrementa todavía por la institución antes analizada: la facultad unilateral del empresario de distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 por 100 de la jornada de trabajo a tiempo parcial –en defecto de convenio o acuerdo colectivo–, debiendo únicamente el trabajador conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y hora de la prestación de trabajo (párrafo segundo, apartado 2, art. 34 ET). De otra parte, y en contraste con el régimen común de las restantes modalidades de contratación (según las Sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal

Supremo de 23 de marzo y de 20 de abril de 2017²⁴), dada la flexibilidad máxima de la gestión empresarial del tiempo de trabajo en ésta, la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto de las ordinarias como de las complementarias. El empresario debe conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un periodo mínimo de cuatro años. De incumplirse las referidas obligaciones de registro, el contrato se presume celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios [art. 12.5.h) ET].

La línea de simplificación de “cargas”, administrativas y no administrativas, en el trabajo a tiempo parcial ha transcurrido a través de la eliminación de las exigencias de que la formalización escrita del contrato a tiempo parcial y del pacto específico de horas complementarias se efectúen en un determinado modelo oficial [apartado 4.a), párrafo 1º, y apartado 5.a) del art. 12 ET]; la omisión de la mención a que la jornada a tiempo parcial pueda realizarse de forma continuada o partida [apartado 4.b) del art. 12 ET]; la supresión de la llamada preferente al convenio colectivo sectorial y, en su defecto, al convenio colectivo de ámbito inferior, congruente con la potenciación de la negociación colectiva de empresa frente a la sectorial, y, en general, el acortamiento del espacio de la negociación colectiva y de su tradicional función de mejora [apartado 4.b) y e) y del apartado 5.c) del art. 12 ET]; y la cancelación de las preferencias para acceder a puestos de trabajo vacantes a tiempo completo –o parcial– de trabajadores que hubieran convertido voluntariamente su inicial contrato de trabajo a tiempo completo en contrato a tiempo parcial –o completo– y de trabajadores inicialmente contratados a tiempo parcial durante tres o más años [apartado 4.e) del art. 12 ET].

La incentivación de la contratación a tiempo parcial a través de la flexibilización de su régimen legal ha silenciado la función de la negociación colectiva de establecer requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial motivada por razones familiares o formativas, así como para precisar el régimen de las horas complementarias, de su distribución y forma de realización. Naturalmente, que la ley no llame expresamente a la negociación colectiva no impide que por ésta se regulen estos aspectos u otros del trabajo a tiempo parcial, observando la regulación legal de derecho necesario, pues la relación entre la ley y el convenio colectivo no lo es de delegación por aquélla en el producto normativo de la autonomía colectiva que la ley ha de garantizar por mandato de la Constitución (art. 37.2)²⁵.

Sin embargo, a la vista de la regulación legal no se difícil predecir las dificultades de la negociación colectiva para convertir contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial por motivos familiares o formativos, dada la imposible conjunción de una tal flexibilidad empresarial del tiempo de trabajo con las necesidades asistenciales y de cuidado u otras necesidades personales de los trabajadores. En la regulación legal

²⁴ Recurso de casación núm. 81/2016, ECLI:ES:TS:2017:1275, y recurso de casación núm. 116/2016, ECLI:ES:TS:2017:1748, respectivamente.

²⁵ Así lo dejó establecido el Tribunal Constitucional en su temprana STC 58/1985, si bien el legislador parece olvidarlo con frecuencia.

vigente, el contrato a tiempo parcial no puede funcionar, o apenas puede hacerlo dada su elevada inseguridad y precariedad, como modalidad contractual de conciliación de las vidas personal, familiar y profesional de las personas trabajadoras.

La línea política de fomento de la contratación a tiempo parcial se ha desarrollado también con un nuevo incremento de modalidades contractuales –efecto negado por el propio Real Decreto-ley 16/2013–, llevando este tipo de contratación de tiempo reducido a modalidades contractuales que lo tenían prohibido: el contrato indefinido de emprendedores, en aras del fomento de la contratación estable, o el contrato para la formación y el aprendizaje a través de “la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa”, modalidad contractual para jóvenes desempleados menores de treinta años, creada por el Real Decreto-ley 4/2013, seguido por la Ley 11/2013, que puede celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada. Por último, no puede olvidarse que el Real Decreto-ley 16/2013 incentivó los contratos a tiempo parcial de duración determinada, o al revés, la contratación temporal a tiempo parcial, mediante la reducción en un 1 por 100 del tipo de cotización empresarial por desempleo, igualándose así la cotización empresarial por desempleo en esos contratos a tiempo parcial con los contratos de duración determinada a tiempo completo (LPGE para 2017).

4. TIEMPO DE VIDA PERSONAL Y FAMILIAR: LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA DE LOS TRABAJADORES, LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, LABORAL Y FAMILIAR

Los derechos de conciliación de los trabajadores obligan a abrir nuevas perspectivas jurídicas sobre la problemática del tiempo de trabajo.

Nuestro ordenamiento ha incorporado el principio rector de la vieja Directiva 93/104/CE, codificada con sus modificaciones, por la posterior Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, de que “la organización del trabajo con arreglo a cierto ritmo debe tener en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona”, y no al revés. Lo hizo, por medio de la Ley 11/1994, en el apartado 5 del artículo 36 del ET, sobre trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo: “El empresario que organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo deberá tener en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Dichas exigencias deberán ser tenidas particularmente en cuenta a la hora de determinar los periodos de descanso durante la jornada de trabajo”. De acuerdo asimismo con la Directiva 2003/88/CE, “la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico”.

En el mismo artículo 34 del ET se han alojado nuevas normas, añadidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que incorporó diversas Directivas de igualdad de trato entre hombres y mujeres y sobre la carga

de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, normas reformadas por la Ley 3/2012 y comprendidas en el apartado 8 del citado precepto estatutario.

Reconoce el ET al “trabajador”, esto es a la persona trabajadora, el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Sin embargo, no son derechos perfectos, pues la ley remite la concreción del derecho los trabajadores de adaptar no sólo la duración de la jornada de trabajo (reducción de la jornada con la correspondiente reducción de la retribución), sino su sólo distribución (sin reducción del tiempo de trabajo ni del salario), bien a los términos que se establezcan en la negociación colectiva, bien al acuerdo individual con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.

A tal fin, termina diciendo el artículo 34, apartado 8, ET –adición de la Ley 3/2012–, “se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”. Contiene la norma un propósito no falto de carácter vinculante, y plenamente realizable con los medios tecnológicos actuales, pero la norma legal no dice ni quién promoverá, ni cuándo, ni cómo esa organización empresarial del tiempo de trabajo compatible con los derechos de los trabajadores y, al tiempo, con la productividad empresarial.

Al legislador corresponde una inaplazable tarea de racionalización de los horarios de trabajo, que también debe acometer la negociación colectiva, haciendo la síntesis de los intereses de los trabajadores y de los empresarios.

Este derecho de adaptación del tiempo de trabajo por razones familiares y personales se recoge también en el art. 37.4 del ET, para el caso de la lactancia, en el artículo 37.5, para el caso de partos prematuros con hijos hospitalizados después del parto, y en el artículo 37.6 ET, que permite la reducción de la jornada de trabajo diaria para el cuidado directo de hijos pequeños, menores de doce años, o de discapacitados o de familiares desvalidos hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con la consiguiente reducción del salario, entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de la jornada. El derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, se reconoce a los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción, o acogedores permanentes, para el cuidado directo, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que exija ingreso hospitalario de larga duración y requiera de su cuidado continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años.

La concreción horaria y la determinación de estos derechos de conciliación corresponde a las personas trabajadoras, que han de efectuarla “dentro de su jornada ordinaria”, pudiendo los convenios colectivos establecer criterios para la “concreción

horaria” de la reducción de jornada, atendiendo a las necesidades familiares y personales de los trabajadores y a las exigencias organizativas y productivas empresariales. El trabajador, salvo fuerza mayor, queda obligado a preavisar al empresario con una antelación mínima de quince días o la que fije el convenio colectivo, precisando la fecha de inicio y finalización del permiso de lactancia y de la reducción de jornada (art. 37.7 ET). Los convenios colectivos podrán también establecer las condiciones y supuestos en los que la reducción de jornada para el cuidado de enfermos hospitalizados de larga duración se podrá acumular en jornadas completas (art. 37.6, párrafo tercero). Las discrepancias entre empresarios y trabajadores sobre la concreción horaria y determinación de los períodos de disfrute se resuelven por la jurisdicción social a través de la modalidad procesal regulada en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Estos supuestos de reducción de jornada se conciben por la ley estrechamente –en contraste con la amplitud de fórmulas de gestión empresarial flexible del tiempo de trabajo– como un supuesto de “reducción de la jornada de trabajo diaria”, concepto que permite su interpretación estricta y no –¿sólo?– un entendimiento más favorable al ejercicio del derecho, según el cual, según ha sostenido algún Juez de lo Social, la “jornada de trabajo diaria”, que enmarca el ejercicio de dichos derechos, sería un sistema de cómputo exclusivamente cuantitativo de la reducción de jornada propuesta por la persona trabajadora que se proponga ejercitar los derechos de conciliación.

La ley califica estos derechos de individuales de los trabajadores, hombres o mujeres, habilitando al empresario a limitar su ejercicio simultáneo, en el caso de que dos o más trabajadores de la misma empresa lo tuvieran por el mismo sujeto causante, por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (art. 37.6, párrafo cuarto, ET).

En el caso de las trabajadoras víctimas de la violencia machista o de los trabajadores y trabajadoras víctimas del terrorismo, el ejercicio de sus derechos legales de reducción de la jornada, con disminución proporcional del salario, o de reordenación del tiempo de trabajo mediante la adaptación de su horario, de la utilización del horario flexible o de otras técnicas que se apliquen en la empresa, corresponde también determinarlo a la negociación colectiva o al acuerdo con el empresario. Pero, en defecto de pacto colectivo o individual, la concreción de estos derechos se efectuará por los trabajadores dentro de la jornada ordinaria de trabajo, resolviendo las discrepancias la jurisdicción social (art. 37.8 ET).

Con gran problematicidad en la práctica, contra la que ha reaccionado el legislador reformador de 2012 exigiendo elegir la reducción del tiempo de trabajo sobre la jornada de trabajo diaria, no es fácil ver en los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores, derechos de dimensión constitucional en nuestro ordenamiento jurídico como quedó dicho, medidas de contribución a la creación de empleo, sobre todo, de las mujeres, tampoco de consecución de su radical igualdad con los hombres, pudiendo jugar como causa de nuevas discriminaciones (interrupciones de las carreras profesionales), y es difícil considerar su utilización real en el contexto de la pronunciada flexibilización de la gestión empresarial del tiempo de trabajo y por causa de la devaluación salarial producida tras las reformas del ordenamiento laboral de 2012.

En el caso de la citada STC 3/2007, el órgano judicial había denegado la reducción de jornada solicitada por la trabajadora, convalidando la previa decisión denegatoria de la empresa, con base a consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación de la mención legal a la jornada ordinaria de trabajo. A juicio del órgano judicial, la reducción de jornada propuesta por la trabajadora no se ajustaba a sus límites legales al pretender desarrollar exclusivamente su jornada de lunes a miércoles y en horario de tarde, siendo así que la jornada ordinaria de la trabajadora se desarrollaba de lunes a sábados y en turnos rotativos de mañana y tarde.

La posterior STC 24/2011 (caso Telefónica de España) no amparó a la trabajadora frente a la denegación empresarial, judicialmente confirmada, de su adscripción permanente al turno de mañana para el cuidado de su hija recién nacida, formando una familia monoparental, por considerar que la interpretación judicial había ponderado los derechos constitucionales afectados, de la trabajadora y del empresario. La trabajadora no había solicitado una reducción de jornada, como en el caso de la STC 3/2007, sino que, estando sujeta a un régimen de turnos rotativos, su solicitud se había dirigido exclusivamente a obtener su adscripción permanente al turno de mañana para el mejor cuidado de su hija, aduciendo, como fundamento, el art. 34.8 ET. Según las resoluciones judiciales recurridas en amparo la trabajadora había articulado su pretensión con base en un precepto legal que condiciona la existencia del derecho a un pacto colectivo o individual, que en el caso no existía. El Tribunal Constitucional no apreció vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a no ser discriminada por razón de sexo de la trabajadora demandante del amparo constitucional.

La STS, Sala de lo Social, de 19 de julio de 2012, caso Hospital Policlínico La Paloma, SA²⁶, mostró todo tipo de cautelas el reconocimiento del ejercicio de estos derechos, por supuesto por mujer trabajadora.

La reciente Sentencia del TSJ Cataluña, Sala de lo Social núm. 1684/2017, de 7 de marzo, caso Pull and Bear²⁷, ha confirmado la negativa empresarial a aceptar la reducción de jornada propuesta por la trabajadora –a tiempo parcial en turnos rotatorios de mañana y tarde– en un 17%, pero solicitando su adscripción permanente al turno de mañana. La empresa denegó la petición de la trabajadora, alegando causas organizativas –mayor carga de trabajo por la tarde que durante la mañana–, proponiendo horarios alternativos y sometiéndose a la mediación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Interpreta la Sala, de acuerdo con la jurisprudencia, que el artículo 37, apartados 6 y 7, ET permite la reducción de jornada y la fijación por la trabajadora del nuevo horario, siempre que lo haga dentro de su jornada ordinaria y sin que se pueda exigir un cambio de turno, salvo acuerdo expreso con la empresa. La interpretación contraria, que se apoyaría en la analogía para el logro de una mayor justicia, convertiría al órgano judicial en legislador, pues ninguna norma legal concede el derecho a la elección de turno por razón de guarda legal.

²⁶ Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3387/2011, ECLI:ES:TS:2012:59269.

²⁷ ECLI:ES:STSJCAT:2017:2378.

Llama asimismo la atención, en el caso, que la empresa conociese datos de la intimidad de la vida privada de la trabajadora, ofreciendo un horario alternativo compatible con la organización de su marido para que la hija recién nacida quedara siempre atendida. Los derechos de conciliación se insertan en el derecho fundamental de igualdad, y no amplían el poder empresarial para indagar sobre la intimidad personal y familiar, opciones y exigencias personales, de la trabajadora que se acoge a un derecho de conciliación de la vida laboral y familiar.

5. LA ESTRECHEZ DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS, SU RECONDUCCIÓN A LAS REDUCCIONES DE JORNADA Y A LAS EXCEDENCIAS, Y SU FEMINIZACIÓN CAUSANTE DE NUEVAS DISCRIMINACIONES EN EL TRABAJO DE LAS MUJERES

Nuestro ordenamiento está falto de decisión, efectividad y seguridad en la utilización de estas medidas por los trabajadores que deseen ejercitar sus derechos de conciliación de sus tiempos de trabajo y vida. Las medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo para atender a las necesidades empresariales son amplias, efectivas y eficaces, como se ha visto, pero no es ésta la lógica a la que responde la flexibilización del tiempo de trabajo para conciliarlo con el tiempo de vida de los trabajadores. Sin entrar aquí en las suspensiones contractuales por maternidad, paternidad, razones familiares o personales (art. 45 ET), es de observar que, además de no contar con retribución, efecto típico de la suspensión de obligaciones sinalagmáticas, la reserva del puesto de trabajo en el caso de las excedencias por cuidado de hijos y familiares se mantiene solo durante un año (art. 46.3, párrafo quinto, ET), lo que produce enorme inseguridad jurídica para el retorno de quien se ha acogido a esa suspensión contractual al trabajo remunerado.

Por su parte, la flexibilidad en la utilización del tiempo de trabajo por causa de conciliación queda en manos de la negociación colectiva, que no se ha aprestado a dotarse de regulaciones garantizadoras de esa utilización, habiendo incluso protagonizado experiencias contrarias al rebajar –o proyectar rebajar– los períodos de preaviso en la distribución irregular de la jornada y en el contrato de trabajo a tiempo parcial para la realización de horas complementarias, lo que impide lisa y llanamente la conciliación de la vida laboral y familiar. Efecto negativo que contrasta con las potentes posibilidades de adaptar el tiempo de trabajo, flexibilizándolo desde el punto de vista de los intereses de los trabajadores (cuentas de horas o instituciones similares), mediante la prestación de trabajo a través de las TIC y de otras tecnologías que permiten la conexión con el trabajo, otros trabajadores, los lugares de trabajo, el empresario.

La conclusión es que la regulación legal española ha optado, con muy escasa creatividad, por la reducción de la jornada, con la correspondiente reducción retributiva, como modalidad privilegiada de ejercicio de los derechos de conciliación de las necesidades familiares, personales y laborales de las personas trabajadoras, próxima funcionalmente al contrato de trabajo a tiempo parcial; se ha centrado en aspectos cuantitativos más que cualitativos de la organización y disposición del

tiempo de trabajo. Con la cicatería vista en su interpretación judicial, obligada a efectuar esa reducción del tiempo de trabajo dentro de la jornada ordinaria interpretada estrictamente. Con la necesidad de que el proyecto personal de la trabajadora o trabajador que decida ejercer sus derechos legales de conciliación sea a su vez compatible con las necesidades organizativas y productivas empresariales, incluso a falta de convenio colectivo que es el llamado por la ley a “conciliar” los derechos de conciliación de los trabajadores con las necesidades empresariales dichas, correspondiendo en su ausencia al trabajador concretar la reducción de jornada y el período de su disfrute a la que proyecta acogerse. Y con la consecuencia de penalización retributiva que la reducción del tiempo de trabajo conlleva y que es una de las causas explicativas de la feminización de los derechos de conciliación en nuestra realidad. Los estereotipos de género –la natural dedicación de las mujeres a las tareas de cuidado y asistenciales– se enlazan con la discriminación retributiva que las mujeres padecen y con su dificultad de ocupar puestos superiores y de responsabilidad, pese a su formación, incluso en profesiones feminizadas (desde la limpieza a la industria editorial), para que la opción en la economía familiar venza siempre por el eslabón más débil, de ordinario las mujeres.

Los derechos de conciliación, desafortunadamente, producen una nueva segregación de género y consolidan la posición de las mujeres en el inequitativo reparto actual de las cargas familiares y domésticas con los hombres, con costes muchas veces irreparables en la regularidad y ascensos de sus carreras y derechos profesionales y de seguridad social, incluidos los planes de pensiones. Señaladamente, en sus modalidades de reducción de tiempo de trabajo –de jornada– y excedencias para el cuidado de hijos y familiares. La racionalización de los horarios –problema verdaderamente acuciante de nuestra sociedad, con un acusado impacto negativo sobre las mujeres– y la flexibilización del tiempo de trabajo, con períodos de mayor y menor trabajo y formas flexibles de prestación del trabajo, se acomodan mejor a la conciliación del trabajo con las necesidades familiares personales y familiares de los trabajadores, sin que éstos sufran quebrantos retributivos.

*El pilar europeo de derechos sociales*²⁸, proclamado solemnemente el pasado 17 de noviembre por los presidentes de la Comisión, del Consejo y del Parlamento Europeo, en la Cumbre social a favor del empleo justo y el crecimiento de Gotemburgo, llama a la utilización de forma equilibrada por mujeres y hombres de los permisos especiales para la atención de sus responsabilidades asistenciales (cap. II, 9.) y, obviamente, reconoce el derecho a la igualdad de retribución de hombres y mujeres para un trabajo de igual valor [cp. 1, 2.b)]. Sin embargo, no presenta nuevas medidas para corregir el desequilibrio de las relaciones de poder y posición de hombres y mujeres. Escasa novedad y firmeza en los compromisos del pilar social europeo, por tanto, pese al *Compromiso estratégico de la Comisión para la igualdad entre mujeres y hombres (2016-2020)* y la *Comunicación de la Comisión “Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores”*²⁹, que plantea una nueva Directiva, o revisar la Directiva sobre el permiso

²⁸ A partir de la Recomendación de la Comisión (UE) 2017/761, de 26 de abril de 2017, estableciendo el pilar europeo de derechos sociales, con base en el artículo 292 del TFUE.

²⁹ (COM(2017) 252 final).

parental (Directiva 2010/18/UE, del Consejo, que aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, alcanzado por los interlocutores sociales europeos), que mejore la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de progenitores y cuidadores y que preserve y se fundamente en los derechos existentes, en particular con arreglo a la Directiva sobre el permiso parental.

La Comisión se limita a proyectar medidas legislativas y políticas destinadas a facilitar la adopción del permiso parental tanto de las mujeres como de los hombres, introducir permisos retribuidos de paternidad y de los cuidadores, fomentar el uso de disposiciones de trabajo flexibles, proporcionar instituciones de atención (guarderías), y eliminar los desincentivos económicos, tales como desincentivos fiscales y de beneficios, que desalientan a los segundos asalariados, a menudo las mujeres, a entrar en el mercado de trabajo³⁰.

Sin embargo, las condiciones de trabajo flexibles sobre tiempo de trabajo no quedan aseguradas y no incorporan nuevos derechos, por ejemplo el derecho a extender los horarios de trabajo, de forma que se reconozca a las personas trabajadoras el derecho de adaptación del tiempo de trabajo con períodos voluntarios de menor o mayor trabajo. Ni se adoptan incentivos para desfeminizar las instituciones y técnicas de conciliación, estimulando su utilización –de permisos retribuidos para el cuidado de hijos y familiares enfermos y dependientes, adaptación del tiempo de trabajo y reducciones de jornada, excedencias– por los hombres, menos aún, se introducen medidas de utilización obligatoria por éstos para avanzar realmente en la corresponsabilidad familiar al margen de estereotipos discriminatorios. Únicamente el permiso de paternidad se articula sin posible transferencia a las madres.

Algún ejemplo de negociación colectiva y de jurisprudencia reciente parecen ir admitiendo, no obstante, esos derechos de adaptación del tiempo de trabajo con mayor trabajo frente a negativas empresariales calificadas de discriminatorias por razón de sexo femenino. Es el caso de la STC 2/2017 (caso Ferroserv Servicios Auxiliares, SA), frente a la negativa empresarial a aplicar a una trabajadora, tras su baja por embarazo y maternidad la disposición convencional colectiva (convenio colectivo de limpieza de edificios y locales comerciales de la provincia de Cádiz) que reconocía que “los trabajadores vinculados/as a las empresas con contrato de trabajo a tiempo parcial” gozarían “de preferencia frente a terceros en aquellos casos en que la empresa tenga necesidad de realizar nuevas contrataciones, que incrementen el número de horas de prestación de servicios. Esta preferencia no será de aplicación a los trabajadores/as contratados a tiempo completo”.

Hay que recordar que la *Recomendación nº 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Naciones Unidas relativa al artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de 2010³¹, califica la inefectividad de la consecución de la igualdad entre la mujer y el hombre como una forma de discriminación contra la mujer, y precisa que la obligación de proteger a la mujer, a todas las mujeres y

³⁰ SWD (2017) 201, de 26 de abril de 2017.

³¹ CEDAW/C/GC/28.

especialmente a las pertenecientes a colectivos especialmente vulnerables víctimas de discriminaciones entrecruzadas, contra “toda forma” de discriminación –incluso contra las que no se mencionan en forma explícita en la Convención o puedan aparecer con posterioridad–, requiere que los Estados actúen frente a sujetos públicos y actores privados “con la diligencia debida” y adopten medidas directamente orientadas a eliminar las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que alimenten los prejuicios, los patrones estructurales e históricos, y perpetúen la noción de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y los roles estereotipados de los hombres y las mujeres.

REGULACIÓN LEGAL DE LA ROBÓTICA Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: RETOS DE FUTURO

María José Santos González

ferenda6565@hotmail.com

Coordinadora del Departamento Jurídico del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España, S.A.

Resumen

Cuanto mayor sea la inteligencia artificial de los bots, robots y androides mayor será su autonomía y en consecuencia tendrán menor dependencia de los fabricantes, propietarios y usuarios.

Es un hecho que la nueva generación de robots convivirá con los humanos y la legislación debe adaptarse y regular cuestiones de gran importancia jurídica cuáles son: ¿quién asume la responsabilidad de los actos u omisiones de los robots inteligentes?, ¿cuál es su condición jurídica?, ¿deben tener un régimen especial de derechos y obligaciones?, ¿qué soluciones vamos a dar a los conflictos éticos relacionados con su conducta? y por último, ¿deben establecerse medidas mínimas organizativas, técnicas y legales para minimizar los riesgos de seguridad a los que está expuesta la tecnología asumiendo que su desarrollo no debe verse como una amenaza sino como una oportunidad y que los robots pueden estar interconectados?

La regulación es un aspecto clave para la existencia de una sociedad más segura y pacífica y por ello debe estar adaptada a como es a día de hoy la humanidad y como queremos que sea en un futuro.

■ **Palabras clave:**
Robótica; Inteligencia artificial; Aprendizaje; Responsabilidad; Ciberseguridad; Estatus legal de los robots; Registro de robots; Ciberataques

■ **Keywords:**
Robotics; Artificial intelligence; Machine-learning responsibility; Cybersecurity; Legal status of robots; Robot registration; Cyber-attacks

Abstract

The greater the artificial intelligence of bots, robots and androids, the greater its autonomy and consequently they will depend less of factories, owners and users.

It is a fact that the new generation of robots will coexist with human. For this reason, legislation should order questions of great legal importance such as:

Who takes responsibility for the acts or omissions of intelligent robots? Should it exist a special regime of rights and obligations?, what solutions will we give to ethical conflicts related to their behavior? Finally,

Should we establish the minimum organizational, technical and legal measures to minimize the security risks that the technology is exposed assuming that its development should not be a threat as a threat but as an opportunity and that, the robots may be interconnected?

Regulation is a key aspect for the existence of a more secure and peaceful society and therefore it must be adapted to how humanity is today and how we want society is in the future.

1. Introducción – 2. ¿Por qué es necesario que la robótica y la inteligencia artificial tengan una legislación y/o regulación específica propia? – 3. Desafíos regulatorios: Normativa europea – 4. Cuestiones legales en relación a algunos desafíos regulatorios: 4.1. ¿Qué es un robot inteligente?; 4.2. Cuestiones de ciberseguridad; 4.3. Responsabilidad por las decisiones, actos y omisiones de los robots; 4.4. Registro de robots ¿robots con DNI? – 5. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

En un futuro cercano las personas vamos a convivir con robots, bots, androides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas. Se están realizando investigaciones para que un robot pueda deducir y anticipar reacciones humanas y su capacidad y flexibilidad para adaptarse y/o tomar decisiones fuera de los planes predeterminados a través de las técnicas de la probabilidad, estadísticas y los patrones. Esto va suponer una nueva revolución y el legislador debe reflexionar sobre estas cuestiones y las consecuencias que de la coexistencia robots-humanos derivan. Según el Departamento de interior de Estados Unidos, los robots inteligentes o máquinas autónomas avanzadas serán una realidad entre 2022 y 2027¹ y en Japón se habla de que esto ocurrirá en el 2030, de hecho en este país el Gobierno en 2004 aprobó el establecimiento de zonas especiales “Tokku” para probar los robots en entornos reales².

El mercado global de la robótica industrial pasará de 29 mil millones de dólares en el 2013 a 44,48 mil millones de dólares para el año 2020³.

Considerando, además, que los robots aportan nuevas ventajas a la sociedad pero también preocupaciones relativas a sus efectos directos e indirectos en el conjunto de la misma; es necesario abordar no solo cuestiones técnicas, sino éticas, sociales, económicas, de salud y legales con el objeto de garantizar la seguridad de los seres humanos.

¹ Sitio web: (Institute Software Engineering, 2016) https://resources.sei.cmu.edu/asset_files/TechnicalReport/2016_005_001_453825.pdf (Fecha consulta abril de 2017).

² Sitio web: <http://www.rsj.or.jp/en> (Fecha de consulta: abril de 2017).

³ Sitio web: Informe Industrial Robotics Market - Global Industry Analysis, Size, Share, Growth, Trends and Forecast, 2014–2020 ((TMR), 2015). <http://www.automatica-einstrumentacion.com/es/notices/2015/09/el-mercado-de-la-robotica-industrial-43161.php#.WOZRr17r2Uk> (Fecha consulta: abril de 2017).

El presente estudio se centra en despertar desafíos legales e identificar las bases que se quieren implantar a nivel europeo para la creación del derecho de la robótica o robótica legal.

2. ¿POR QUÉ ES NECESARIO QUE LA ROBÓTICA Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL TENGAN UNA LEGISLACIÓN Y/O REGULACIÓN ESPECÍFICA PROPIA?

La tecnología ha pasado por diversas fases, una primera en que las personas se conectaban a internet, posteriormente, a través de internet y ahora estamos en la fase de que son las cosas las que conectan a internet para mejorar la vida de las personas. La siguiente fase, que es inminente, va consistir en que las cosas (robots) interactúen con el entorno de manera autónoma e independiente del control humano, con la posibilidad de que incluso las personas se combinen con robots para mejorarse (cyborg).

La robótica avanzada planteará problemas a los que las normas existentes no dan respuesta:

- Multifuncionalidad de los robots: Los robots inteligentes van a ser multidisciplinarios y podrán aplicarse en el ámbito civil, industrial y militar. Habrá máquinas que sustituyan a las personas realizando las tareas domésticas, de cuidado de personas, tareas de vigilancia y seguridad, agrícolas etc. y habrá personas que para mejorar física y mentalmente se hayan implantado máquinas como pueden ser orejas artificiales, corazones artificiales, extremidades artificiales conectadas a nuestros músculos etc. Incluso podrían ser configurados para matar en las guerras. De hecho algunos robots ya están en el mercado como ASIMO⁴ y BUDDY⁵ que hacen compañía y acompañan a las personas, ATLAS⁶ diseñado para búsqueda o rescate, robots cocineros como “Okonomiyaki⁷”, robots asistenciales en Wexham Park Hospital (Berkshire, Reino Unido), robots camareros como Motoman de Asahi Beer⁸ entre otros. El Proyecto Jast que se está gestando en Europa, ha conseguido un robot social que se anticipa a las reacciones humanas.
- Surgirán nuevas situaciones determinadas por las características esenciales de la tecnología y el uso que las personas hacen de las mismas.
- El comportamiento de los robots carece de intuición, consciencia de sí mismos y ética. Los robots van a realizar tareas de los humanos y relacionarse con él pero no funcionan como las personas. Los robots van a causar tensiones culturales,

⁴ Sitio web: <http://asimo.honda.com/> (Fecha consulta: abril de 2017).

⁵ Sitio web: <https://adoptbuddy.com/en/> (Fecha consulta: abril de 2017).

⁶ Sitio web: <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/el-mejor-robot-humanoide-de-rescate-ya-tiene-nombre-atlas-robot> (Fecha consulta: abril de 2017).

⁷ Sitio web: <http://www.losandes.com.ar/noticia/mirador-428895> (Fecha consulta: abril de 2017).

⁸ Sitio web: <http://www.creamglobal.com/case-studies/17798/22555/asahi-beer-robot-bartender-uk> (Fecha consulta: abril de 2017).

económicas, sociales y legales. Por ejemplo, ¿qué ocurriría si un robot traspasa una frontera bajo el agua violando el derecho internacional sin supervisión humana?, ¿quién consideramos que es responsable?

- La empatía humana en el robot: Parece evidente que las personas se rendirán a la tecnología y sustituirán a seres vivos –y especialmente a los seres humanos por los robots inteligentes en muchos ámbitos de la vida y entre ellos el laboral. Es probable que no todos concibamos el robot de igual manera pero parece que la tendencia será que los humanos empaticemos con los robots inteligentes y no los identifiquemos como simples aparatos tecnológicos. Y esto se debe a que se mueven de manera autónoma, adoptarán nuestra anatomía, tomarán decisiones e interactuarán con nosotros provocándonos emociones. Querremos protegerlos de una manera especial porque nos cuidarán, ayudarán a tomar decisiones y nos harán compañía. Aflorarán vínculos afectivos muy fuertes con los robots que nos evocarán sentimientos de cariño, respeto y lealtad. Es curioso a este respecto que la consultora Gartner afirma que en 2020 tendremos más conversaciones con robots que con nuestras parejas⁹. Algunos psicólogos están alertando de que la relación que crearemos con los robots inteligentes supondrá riesgos sociales como el que la gente no sea capaz de diferenciar entre la realidad y la ficción, entre lo natural y lo artificial.
- Las decisiones de los robots podrían modificar el comportamiento social. Un estudio del Gobierno Británico de 2006 vaticinó que en los próximos 50 años los robots demandarían los mismos derechos que actualmente ostentan los humanos.

La nueva regulación debe preservar valores como la autenticidad, seguridad y protección de la raza humana, regular las cuestiones éticas y los conflictos que puedan surgir en las relaciones robot-persona y entre robots. No se trata de regular la tecnología sino de regular la sociedad para que siga siendo para los humanos como ellos decidan.

3. DESAFÍOS REGULATORIOS: NORMATIVA EUROPEA

A nivel Europeo la Estrategia global para la política exterior y de seguridad de 2016 de la Unión Europea recoge la necesidad de disponer de “*normas mundiales en ámbitos tales como la biotecnología, la inteligencia artificial, la robótica y los aparatos pilotados a distancia, con el fin de evitar riesgos de seguridad y aprovechar sus beneficios económicos*”. En todos estos ámbitos, la UE pretende promover intercambios de información en los foros multilaterales pertinentes con el fin de encabezar la formulación de normas y crear asociaciones en aquellos ámbitos que se encuentran en los confines de la reglamentación multilateral. El primer paso importante a nivel Europeo ha sido la elaboración de un informe el 31 de mayo de 2016 en que se recogen recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica con el fin de “*asegurar que los robots estén y sigan estando al servicio de los seres humanos*”¹⁰. Este informe ha sido aprobado el 16 de

⁹ Sitio web: http://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/12/30/tecnologia/1483133801_694493_amp.html (Fecha consulta: abril de 2017).

¹⁰ Mady Delvaux.

febrero de 2017 por el Parlamento Europeo¹¹ y recoge las principales líneas de trabajo que deben afrontarse actualmente por el legislador al respecto, entre las que destacamos:

- Creación de una Agencia Europea de Robótica e inteligencia artificial que asesore a las autoridades públicas con sus conocimientos técnicos, éticos y reglamentarios.
- Elaboración de un Código de Conducta ética voluntario que sirva de base para regular quién será responsable de los impactos sociales, ambientales y de salud humana de la robótica y asegurar que operen de acuerdo con las normas legales, de seguridad y éticas. Se habla por ejemplo de la posibilidad de que los robots incluyan interruptores para su desconexión en caso de emergencia. Esta medida será debatida y deberá meditarse quién, en qué condiciones y como puede activarse dicho botón. Recoge una Carta sobre Robótica para la identificación, la supervisión y el cumplimiento de los principios éticos fundamentales desde la fase de diseño y desarrollo. Se trata de generar confianza y credibilidad al implementarse pautas para que el comportamiento de los robots sea uniforme ante situaciones difíciles; y moralmente aceptable atendiendo a la ética humana. Esos principios éticos deben establecerse de manera internacional y desde mi punto de vista no debería dejarse a juicio de ingenieros, sino que deben ser las leyes quien los establezcan con el asesoramiento y participación de los juristas.
- Reglas de responsabilidad por los daños causados por los robots.
- Creación de un estatuto de persona electrónica. Esta medida se fija a largo plazo y con la finalidad de aclarar la responsabilidad en caso de daños.
- Impacto social en materia de empleos debido a la pérdida de empleos o el campo de necesidades del mercado. Se propone el estudio de los modelos de empleo y la viabilidad del actual sistema tributario y social con la llegada de la robótica
- La seguridad. los principios de la seguridad y la privacidad integradas en el diseño deben establecerse en materia de robótica e inteligencia artificial. Se deben incluir en la Estrategia de ciberseguridad de la Unión la robótica y la inteligencia artificial y abordarse aspectos de ciberseguridad en toda materia de robótica.
- Creación de un Registro Europeo de los robots inteligentes: A efectos de la trazabilidad y para facilitar la aplicación de nuevas recomendaciones, cabe introducir un sistema de registro de robots avanzados, basado en los criterios establecidos para la clasificación de los robots.

A nivel mundial y europeo existe un interés y preocupación por reflexionar y debatir sobre los posibles conflictos éticos que puedan existir. Por ello se creó en 2015 un grupo de trabajo llamado Grupo de Evaluación de las Opciones Científicas y Tecnológicas (STOA) que servirá de apoyo al legislador Europeo. Este Grupo ya ha realizado un estudio prospectivo titulado “Aspectos éticos de los Sistemas ciberfísicos¹²”. Se plantean posibles conflictos éticos relacionados con la tecnología que se espera hasta 2050 y clasifica la tecnología en función de sus áreas de aplicación como puede ser asistencia sanitaria, agricultura, fabricación, energía, infraestructuras

¹¹ Sitio web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+PDF+V0//ES> (Fecha consulta: abril de 2017).

¹² Sitio web: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/563501/EPRS_STU%282016%29563501_EN.pdf (Parlamento Europeo, 2016) (Fecha consulta: abril de 2017).

críticas, logística y transporte, seguridad entre otros. Plantea problemas morales que deberían abordarse por el legislador, como por ejemplo ante la posibilidad de vehículos autónomos ¿quién es el responsable si se produce un fallo en el robot y su hijo tiene un accidente cuando viajaba sólo?

Las principales cuestiones jurídicas entre otras a afrontar son la responsabilidad, la seguridad, la concepción jurídica de los robots, la propiedad de los datos y la privacidad.

4. CUESTIONES LEGALES EN RELACIÓN A ALGUNOS DESAFÍOS REGULATORIOS

En el presente estudio evoco conjeturas y abordo cuatro de los desafíos fundamentales; qué es un robot inteligente, cuestiones de ciberseguridad, la responsabilidad ante los mismos que vendrá determinado por la condición jurídica del robot y la necesidad de un registro de robots inteligentes.

Las preguntas que se están planteando son muchas y de gran trascendencia:

¿Es equiparable la mente artificial a la mente humana? ¿Qué pasa si hay un ciberataque contra robots interconectados o los robots son comprometidos para perpetrar un ciberataque? ¿Quién o como se asume la responsabilidad por daños de los robots? ¿Pueden los robots ser responsables de sus acciones? ¿Pueden cometer delitos? ¿Debe ser un robot juzgado por sus actos igual que una persona y a su mismo nivel por ser inteligente artificialmente aunque carezca de emociones y sentimientos reales? ¿Cómo podemos controlar al robot?

4.1. ¿Qué es un robot inteligente?

Los robots han ido evolucionando de los siguientes modos; primero fueron manipuladores y/o poli articulados, luego mecánicos y/o móviles, luego de control remoto y/o andróides y ahora los robots de cuarta generación serán inteligentes y/o zoomórficos siendo capaces de coexistir y convivir en hogares y trabajos con los humanos. Se espera que la quinta generación sea de micro robots.

Actualmente, los robots actúan bajo las instrucciones explícitas de los humanos y hacen tareas automáticas y complejas como pueden ser cortar el césped, hacer un huevo, entregar cosas, montar materiales etc... Los robots inteligentes podrán sin embargo abordar la complejidad de coordinar múltiples acciones que pueden ser muy dependientes entre sí interactuando con el entorno. Por ello, la sociedad debe dar una respuesta consensuada sobre la definición de robot inteligente. Y esto no es tema sencillo ni baladí pues sobre esos conceptos construiremos el régimen jurídico y pensemos que todavía hoy existen discrepancias sobre el concepto de persona y sobre en qué momento un feto adquiere tal condición.

A nivel legal existen diversas aproximaciones al concepto de robot pero ninguna está reconocida o consensuada a nivel internacional ni europeo:

- **En España, la Real Academia de la Lengua define:**

Robot como:

“1. m. Máquina o ingenio electrónico programable, capaz de manipular objetos y realizar operaciones antes reservadas solo a las personas. 2. m. Inform. Programa que explora automáticamente la red para encontrar información”.

Inteligencia:

“1. f. Capacidad de entender o comprender. 2. f. Capacidad de resolver problemas. 3. f. Conocimiento, comprensión, acto de entender. 5. f. Habilidad, destreza y experiencia”.

Inteligencia Artificial:

“Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico”.

La inteligencia artificial puede ser de conducción autónoma o semiautónoma. Aunque quizás el aspecto clave que determine la diferencia entre un robot inteligente de otro que no lo es deba establecerse en la capacidad de aprender solos del entorno (machine learning).

- **La Organización Internacional de Estándares (ISO: 8373):**

Define robot industrial como: “Manipulador multifuncional reprogramable con varios grados de libertad, capaz de manipular materias, piezas, herramientas o dispositivos especiales según trayectorias variables programadas para realizar tareas diversas”.

- **Normas de Derecho civil sobre robótica de 27 -01-2017 no recoge una definición pero sienta algunas bases:**

A estos efectos considera que para la definición de robot inteligente deben tenerse en cuenta las siguientes características:

- o la capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el análisis de dichos datos;
- o la capacidad de aprender a través de la experiencia y la interacción;
- o la forma del soporte físico del robot;
- o la capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno.

Para consensuar una definición de robot inteligente se van a tener que analizar muchos conceptos complejos como la autonomía, el aprendizaje, la conciencia, la evaluación, el libre albedrío, el razonamiento, la capacidad de comprender, la toma de decisiones, la libertad, las emociones, la inteligencia –en humanos, animales y mecánicos– desde

un punto de vista cibernético entre otros y en algunos casos la misma palabra no tendrá el mismo significado en personas, animales y robots.

Desde mi punto de vista, el robot inteligente será aquella máquina física que de manera autónoma a través de programas y sensores¹³ inteligentes pueda llegar a tomar decisiones basándose en la lógica e inteligencia artificial prediciendo las necesidades de los humanos y de las situaciones en las que se ven envueltos actuando, alterando e interactuando con el mundo físico, todo ello sin estar sometidos al control continuo de los humanos.

Los avances científicos permiten que los robots inteligentes puedan realizar actividades actualmente reservadas para los humanos de manera integrada en el entorno laboral y/o social gracias a la información que reciben y de los sensores y a la capacidad de procesamiento de la información a través de algoritmos basados en probabilidades y patrones. Esta técnica en programación es lo que se conoce como programación del aprendizaje, aprendizaje automático o machine learning, y permite auto-aprender a los robots. En la práctica humana sería aprender de las experiencias. Es necesario crear clasificaciones y categorías de estos tipos de robot para poder regularlos, debido a la diversa multifuncionalidad de unos y otros.

Existen dudas sobre si los robots inteligentes podrán llegar a tener consciencia de su propia existencia y tener sentimientos similares a los humanos si esto ocurre será otra generación.

4.2. Cuestiones de ciberseguridad

La Ciberseguridad se está configurando como un derecho de los ciudadanos y un deber de los Estados de garantizar el libre ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas en la red, promoviendo medios para la seguridad e integridad de las infraestructuras y la información. En el caso de los robots inteligentes existe un interconexión continua e instantánea entre el mundo físico y digital y se deberá velar simultáneamente por la seguridad en ambos entornos.

Los robots inteligentes, como sistemas físicos cibernéticos¹⁴, no están exentos de sufrir ataques y las principales amenazas a las que se enfrentan son el malware, el

¹³ Por «sensores» se entienden los detectores de un fenómeno físico cuya salida (tras su conversión en una señal que puede ser interpretada por una unidad de control) es capaz de generar «programas» o de modificar instrucciones programadas o datos numéricos de un «programa». Esto incluye los «sensores» con capacidades de visión de máquina, formación de imágenes de infrarrojo, formación de imágenes por ondas acústicas, sensibilidad táctil, fijación de la posición inercial, medición acústica u óptica de distancias, dinamometría o torsionometría. Los sensores inteligentes utilizan un mayor número de protocolos de red estándar e Internet para facilitar la comunicación.

¹⁴ Sistemas de ingeniería que interactúan con equipos informáticos que se integran perfectamente para controlar, gestionar y optimizar los procesos físicos en una variedad de áreas de la ciencia de la ingeniería tradicional.

ciberespionaje, denegaciones de servicio, pérdida de información, spam, phishing o daño físico entre otros. La falta de seguridad de los robots puede derivar no solo de ataques sino también de errores de programación. Un fallo en el código puede conllevar resultados fatales como el ocurrido en EEUU en marzo de 2017, en el que un robot mató a una mujer mientras trabajaba¹⁵.

Estos problemas se asocian a alguno de los principios básicos de la ciberseguridad que son la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad. De ahí la necesidad de que los avances tecnológicos se acompañen de medidas de seguridad adecuadas para evitar incidentes de seguridad.

En cuanto a las cuestiones de seguridad, es necesaria la alineación de las políticas de seguridad entre la ciberseguridad y los mundos físicos. Los posibles desajustes pueden llevar a situaciones críticas que ocasionan fallas en los controles de seguridad en ambos entornos. Por ejemplo, bloquear una cuenta de usuario después de un número de errores de inicio de sesión podría no ser tolerable para el entorno físico. ¿Es tolerable que un robot falle varias veces aunque cause daños a las personas? No podemos olvidar que un fallo de seguridad puede ser aprovechado por un tercero para suplantar la identidad del robot o modificar la información que recibe y por tanto la conducta del robot se puede ver completamente alterada.

Puesto que los robots inteligentes van a ser utilizados en el ámbito de la industria, la administración y en el ámbito civil debemos implementar normas, estándares y procedimientos en todos estos campos atendiendo a sus peculiaridades ético-legales, organizativas, técnicas, de control y operativas. En el ámbito industrial un ataque puede provocar víctimas, o daños materiales, reducir la producción, y afectar a la innovación y a las finanzas de la empresa. Hay ámbitos sociales, como el hospitalario, en que los fallos de un robot ponen en riesgo bienes como la propia vida humana al suministrar dosis de medicina inadecuada o desconectar una máquina que regula los signos vitales de una persona.

Algunas de las cuestiones en materia de seguridad a abordar son:

4.2.1. Limitación o prohibición de la fabricación de uso de robots inteligentes contrarios a la ética

Así tendremos que acordar si es posible producir robots con capacidad para atacar y matar o para auto-replicarse¹⁶. Es posible que tengamos que ponderar beneficios y riesgos y que se acuerde limitar el desarrollo tecnológico y avance científico si lo que está en riesgo es la propia humanidad. Debemos regular como deben programarse actividades que son ilícitas o no autorizadas. Se trata de evitar el abuso deliberado de los robots para terrorismo, por ejemplo y de aplicar la ética humana en la tecnología.

¹⁵ Sitio web: <http://www.noticiasdnavarra.com/2017/03/16/ocio-y-cultura/que-mundo/denuncia-la-muerte-de-su-mujer-en-eeuu-a-manos-de-un-robot-defectuoso> (Fecha de consulta: abril de 2017).

¹⁶ Según el físico nuclear y premio nobel de la paz, Józef Rotblat “una descontrolada auto réplica es uno de los peligros de las nuevas tecnologías”.

Tendremos que marcar límites éticos como el respeto a los derechos fundamentales de las personas, transparencia y respeto al derecho legítimo de acceso a la información de las partes interesadas. Así como obligar a los ingenieros a respetar la integridad física, la seguridad, la salud y los derechos de las personas en la fabricación de robots permitiendo la reversibilidad del comportamiento para que sea seguro y fiable.

Ante situaciones éticas difíciles deberemos dar soluciones programáticas como pueden ser:

- o Indicar cuál es la conducta correcta para los humanos
- o Decisiones aleatorias: el robot decide de manera aleatoria entre las diferentes alternativas, sin incluir ética.
- o Impedir que la tecnología tenga tanta información que llegue a plantearse cuestiones éticas. Si no sabe se podría eximir al robot de responsabilidad.
- o En estos casos el robot acuda a un humano para tomar la decisión adecuada.
- o Los programadores informen del código ético al usuario quien de manera informada asume su contenido y por tanto la responsabilidad ante estas situaciones.

4.2.2. La seguridad técnica

Debemos abordar desde la normativa la seguridad técnica para evitar errores o ataques a los robots. Para ello, debemos regular tres principios:

- El principio de diseño seguro. En España, se está configurando lo que se denominan habilitadores digitales¹⁷, esto es, el conjunto de tecnologías que hacen posible que esta nueva industria explote todo su potencial, permitiendo vincular el mundo físico al virtual para hacer de la industria una industria inteligente. Este foro de empresas se ha identificado como un foro de debate adecuado en el ámbito técnico para promover un marco regulatorio y de estandarización de seguridad en el diseño y crear entornos y plataformas colaborativos para el desarrollo de la industria 4.0¹⁸.
- El principio de responsabilidad por defectos en la fabricación. Se deberán implementar controles y medidas de seguridad que incluya:
 - o evaluación del riesgo, para identificar peligros potenciales y estimar el riesgo.
 - o diseño intrínsecamente seguro, para reducir el riesgo.
 - o equipos de protección de seguridad, para riesgos que no pueden ser abordados completamente usando características de diseño intrínsecamente seguras.
 - o dar información al usuario, por ejemplo, publicación de manuales de usuario e impresión de advertencias e instrucciones sobre pegatinas colocadas en robots.

¹⁷ Sitio web: <http://www.industriaconectada40.gob.es/Paginas/Index.aspx#habilitadores> (Ministerio de economía, industria y competitividad, 2017) (Fecha de consulta: abril de 2017).

¹⁸ Se refiere a la cuarta revolución industrial que consiste en la introducción de las tecnologías digitales inteligentes en la industria. Sitio web: <http://www.industriaconectada40.gob.es/Paginas/Index.aspx#habilitadores> (Ministerio de economía, industria y competitividad, 2017) (Fecha de consulta: abril de 2017).

- El principio de acomodación. Desarrollo del mercado de la seguridad dirigido a robots entre los que se pueden destacar: servicios de seguridad en la nube, cifrado en tiempo real, cifrado homomórfico, hacking ético, estándares de seguridad el producto y certificación de confianza digital.

4.2.3. Seguridad en relación con los datos

Se plantean diferentes desafíos en relación con los datos personales y la información confidencial. Los robots inteligentes podrán ser aéreos, móviles, casi invisibles y podrán utilizar tecnologías que permiten el almacenamiento masivo e indiscriminado de datos. Podrán ser entrenados para pensar y tomar decisiones de manera independiente y para recabar datos de manera selectiva y/o masiva, datos de muy diverso tipo y con finalidades muy diversas. Entre estos datos se procesarán datos personales (imágenes, voces, rasgos faciales etc...). El tratamiento de estos datos puede colisionar con el derecho a la intimidad y protección de datos. Es posible que tengamos que reformular algunos aspectos de la regulación en materia de protección de datos y recoger reglas específicas si queremos que los robots funcionen de manera inteligente. El tratamiento de datos de manera indiscriminada exigirá la implementación de medidas técnicas de anonimización y encriptación entre otras. ¿Cómo aplicaremos el derecho al olvido o la supresión en un robot? ¿El derecho a la portabilidad de los datos? Si no se anonimizan los datos, es posible que el uso de los robots deba limitarse al ámbito privado, excluyendo la posibilidad de que actúen en los espacios públicos donde es imposible recabar el consentimiento de las personas para tratar sus datos y se reduce el riesgo de uso de los robots para la vigilancia masiva. Es necesario abordar aspectos relativos al acceso de los datos y a la protección de los datos personales y la intimidad, habida cuenta de las preocupaciones que en esta materia aún podrían suscitar las aplicaciones y los dispositivos que se comunican entre sí y con bases de datos sin intervención humana. La privacidad es un elemento importante para generar confianza.

Otro problema puede derivar de que los robots sean comprometidos y terceros no autorizados accedan a información personal, privada o confidencial. Esto ocurrirá por ejemplo en casos de robots cuidadores, robots asesores legales etc. Debemos establecer procedimientos de actuación para la prevención, detección y también de contingencia; sabiendo que no todas las personas, administraciones y empresas contarán con los conocimientos y medios económicos y técnicos.

La información será cada vez más y más vulnerable y por ello el legislador debe ponderar riesgos en juego como la necesidad de que la transmisión de la información de los robots sea siempre cifrada, y a su vez, deberemos decidir si un robot debe tener derecho a la privacidad, teniendo en cuenta que la falta de privacidad del robot afectará a la privacidad de las personas y la existencia del derecho de privacidad del robot puede afectar a la seguridad de la sociedad.

Tenemos que ver cómo controlar si el robot se está usando para fines ilícitos, ponderaremos derechos como la seguridad versus confidencialidad e intimidad.

Referente a la vida privada, la preocupación se acrecienta en torno al espionaje. Es un desafío de jurisdicción internacional.

En estos aspectos la cultura va a tener un papel relevante así japoneses y estadounidenses tienen distintas sensibilidades morales acerca de dejar el cuidado de las personas mayores sólo en “manos” de robots.

En aras a la ciberseguridad de los datos se deberán aplicar los principios de “accountability”, “privacy by design y by default” y obligatoriedad de la Evaluación de Impacto en la Protección de Datos Personales (EIPD) que es un análisis de los riesgos que un producto o servicio puede entrañar para la protección de datos de los afectados y, como consecuencia de ese análisis, la gestión de dichos riesgos mediante la adopción de las medidas necesarias para eliminarlos o mitigarlos.

Ha de garantizarse la protección de las redes de robots y sistemas de inteligencia artificial interconectados para evitar posibles quiebras de la seguridad, un elevado nivel de seguridad y protección de los datos personales y el debido respeto de la intimidad son esenciales para la comunicación entre los seres humanos y los robots y la inteligencia artificial.

4.2.4. Veracidad de la información o adecuación de la información del robot

Las elevadas capacidades de procesamiento existentes y el tratamiento del big data hace que sea dificultoso para las personas llegar a conocer como el robot ha adoptado una determinada decisión y cuál es la base o fundamento que la forma. Es posible que nos perdamos en algoritmos y modo en que las diferentes capas de sensores interactúan para la formación de la lógica artificial.

Esto nos llevará a plantearnos y hacernos cuestiones en el campo procesal tales como si un robot puede actuar como testigo judicial, si su decisión tiene valor a los efectos de razonamientos judiciales o si las personas que cometen crímenes bajo el control robótico pueden escaparse de la sanción.

En este ámbito se plantea desde la UE y EURON¹⁹ rastrear y grabar la actividad de los robots (caja negra) y brindar una identificación única a cada robot.

4.2.5. Otros desafíos en ciberseguridad:

- Necesidades de métodos para la seguridad de los **sistemas de autocontrol del robot**.
- Necesidad de interoperabilidad y estándares de normas técnicas internacionales.
- Destaca la importancia de la licitud de la ingeniería inversa y las normas abiertas, y garantizar que los robots puedan comunicarse entre sí.

¹⁹ European Robotics research Network

- ¿Cómo abordamos el riesgo ante ciberataques a robots inteligentes interconectados?

Un ataque podría crear una red de robots inteligentes zombies, esto es una cantidad masiva de equipos infectados por un atacante remoto bajo su control. El hecho de la combinación entre el mundo físico y el digital supone que el riesgo de los daños sea crítico.

- Criterios básicos comunes para realizar ensayos de robots en situaciones reales.

4.3. Responsabilidad por las decisiones, actos y omisiones de los robots

Quizás el tema de la responsabilidad sea el que deba abordarse de manera más inmediata debido a la proliferación de los robots, que aumenta la probabilidad de los supuestos de daños o perjuicios causados por acciones u omisiones de los robots. La falta de seguridad jurídica a este respecto puede ser contraproducente para el propio desarrollo de la tecnología y del mercado de la robótica. Es, por tanto muy, importante fijar unos parámetros de actuación en cuanto a límites, condiciones y responsabilidades para lo que será necesario determinar cómo una máquina puede considerarse parcial o totalmente responsable de su conducta y si la misma puede subsumirse en alguna de las categorías jurídicas ahora existentes (es decir, si los robots deben considerarse personas físicas, personas jurídicas, animales u objetos).²⁰

En relación a la responsabilidad de las acciones de los robots debemos plantearnos no sólo qué puede hacer un robot sino qué pueden hacer los humanos para controlarlo y evitarlo.

4.3.1. Marco actual de responsabilidad civil

La responsabilidad civil es la obligación de resarcir por los daños causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad (art. 1101 Código Civil), y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla y su objetivo es restablecer el equilibrio económico de la víctima antes del perjuicio. Para que podamos hablar de obligación de indemnizar se debe:

- a) Causar un daño cierto
- b) Acreditar la relación causa-efecto entre los daños sufridos y la actuación de la persona responsable con infracción de la ley
- c) Valorar el daño económicamente.

En el actual marco jurídico, los robots no pueden ser considerados responsables de los actos u omisiones que causan daños a terceros. El régimen de la responsabilidad civil extracontractual está recogido en los arts. 1902 y siguientes del Código Civil. El hecho

²⁰ Declaración de Schuman del año 1950.

de que los robots tienen capacidad para ser autónomos y auto-aprender determina que sus actos puedan no estar bajo el control o supervisión humano. Y si no se regula y de manera adecuada podría ser difícil demostrar la relación causa-efecto de los perjuicios causados por los robots. Cuanto más aumenta su autonomía, la responsabilidad se diluye en los múltiples actores que participan con el robot; el programador, el fabricante, el operador, el comprador, el propietario, el usuario del robot etc. Las normas tradicionales de responsabilidad civil no son suficientes para generar responsabilidad jurídica por los daños ocasionados por el robot, ya que no permiten determinar la parte que ha de hacerse cargo de la indemnización, ni exigir a dicha parte que repare el daño ocasionado. Por tanto en la medida que son más inteligentes y autónomos se plantea la posibilidad de responsabilizar al mismo robot por actos u omisiones cuya causa no pueda atribuirse a un humano concreto y a los humanos por actos u omisiones de los robots que hayan causado daños que se podrían haber evitado.

Por otro lado, se han realizado estudios como el test del Massachusetts Institute of Technology (MIT)²¹ que equiparó el sentido común de las computadoras con una edad promedio de 4 años. En España, los padres responden por los actos u omisiones de sus hijos menores de catorce años y hasta que no alcanzan la edad de 12 años no están obligados a escucharlos. Se trata de una responsabilidad in vigilando. Sin embargo, se considera la posibilidad de que a largo plazo la inteligencia artificial llegue a superar la capacidad intelectual humana.

En la fabricación se incorporaran desde el principio características de seguridad y ética, reconociendo de ese modo que los fabricantes y comercializadores adquieren responsabilidad jurídica respecto de la calidad de la tecnología que producen o manipulan cuando el comportamiento del robot que ocasionó los daños podría haberse previsto y evitado.

En materia de responsabilidad extracontractual podría no ser suficiente el marco ofrecido por la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985(4), que solo cubre los daños ocasionados por los defectos de fabricación de un robot a condición de que el perjudicado pueda demostrar el daño real, el defecto del producto y la relación de causa a efecto entre el defecto y el daño (responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa). La Directiva no cubre los daños causados por la nueva generación de robots, en la medida en que se les puede dotar de capacidades de adaptación y aprendizaje que entrañan cierto grado de imprevisibilidad en su comportamiento.

“También son manifiestas las deficiencias del marco jurídico vigente en el ámbito de la responsabilidad contractual, ya que la existencia de máquinas concebidas para elegir a sus contrapartes, negociar cláusulas contractuales, celebrar contratos y decidir sobre su aplicación hace inaplicables las normas tradicionales, lo que pone de relieve la necesidad de adoptar nuevas normas eficientes y actualizadas, acordes con los avances tecnológicos y las innovaciones recientemente aparecidas y utilizadas en el mercado”²².

²¹ Sitio web: <http://web.mit.edu/> (Fecha de consulta: abril de 2017).

²² Proyecto de informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica del 31-05-2016 del Parlamento Europeo.

No se debe limitar el tipo o el alcance de los daños y perjuicios que puedan ser objeto de compensación, ni tampoco limitar la naturaleza de dicha compensación, por el único motivo de que los daños y perjuicios hayan sido causados por robot y por tanto no por un humano. Se debe por tanto regular la responsabilidad objetiva contractual y extracontractual para adaptarla al nuevo paradigma.

Adicionalmente, se debe estudiar la posibilidad de hablar de responsabilidad de gestión de riesgos que no se centra en la persona «que actuó de manera negligente» como personalmente responsable, sino en la persona que es capaz, en determinadas circunstancias, de minimizar los riesgos y gestionar el impacto negativo. Esto conlleva a que una vez que las partes a las que incumbe la responsabilidad última hayan sido identificadas, dicha responsabilidad debería ser proporcional al nivel real de las instrucciones impartidas a los robots y a su grado de autonomía, de forma que cuanto mayor sea la capacidad de aprendizaje o la autonomía y cuanto más larga haya sido la «formación» del robot, mayor debiera ser la responsabilidad de su formador; las competencias adquiridas a través de la «formación» de un robot no deberían confundirse con las competencias estrictamente dependientes de su capacidad de aprender de modo autónomo; al menos en la etapa actual, la responsabilidad debe recaer en un humano, y no en un robot.²³

Una posible solución a la complejidad de la asignación de responsabilidad por los daños y perjuicios causados por robots cada vez más autónomos, podría ser el establecimiento de un régimen de seguro obligatorio y un fondo común para cubrir los riesgos, que debería regularse con premura para los coches autónomos o sin conductor, tal y como propone la Comisión Europea.

4.3.2. Desafíos de la responsabilidad penal

Uno de los retos que nos encontramos ante la comisión de delitos por robots es la falta de eficacia de las sanciones; los robots carecen de sentimientos y por tanto no sufren por la imposición de las mismas. No concibo posible un juicio entre un robot y una persona. Evidentemente, no están en igualdad de condiciones, ni su aptitud ante la sanción es la misma. Una cosa es tener sentimientos y otra simular tenerlos.

Adicionalmente, se deberá estudiar si un robot puede actuar con intencionalidad o con dolo. Al fin y al cabo sus decisiones son fruto de algoritmos y probabilidades.

4.3.3. Estatus legal de los robots inteligentes

Con el objetivo de limitar los riesgos y dirimir la responsabilidad por la autonomía de los robots se suscita la cuestión de su naturaleza jurídica y de si pertenecen a una de las categorías jurídicas existentes (personas físicas, personas jurídicas, animales u objetos) o si debe crearse una nueva categoría con sus propias características jurídicas.

²³ Propuesta Comisión Europea 27-01-2017.

4.3.3.1. Robot como persona física

El art. 30 del Código Civil establece que “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. Estos elementos biológicos no pueden darse en un robot.

Los robots inteligentes adquieren la destreza para ejecutar algunas operaciones comparables con la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico. Sin embargo a la presente fecha carecen de otras habilidades como la inteligencia emocional para reconocer el entorno y sobretodo carecen de la intuición. Carecer de intuición y sentimientos es un elemento clave que determina la imposibilidad de configurar una máquina como persona, pues su forma de entender y actuar viene determinada de modo diferente.

El sufrimiento de las personas hace que el castigo y la sanción sea un modo adecuado para rehabilitar o modificar la conducta. Sin embargo un robot carece de dichas emociones y sentimientos y por tanto no juega en igualdad de condiciones que un humano. La sanción en un robot carece para este de eficacia por carecer de sentimientos.

Hans Moravec dijo en 1990 “es fácil comparativamente conseguir que las computadoras muestren capacidades similares a las de un humano adulto en test de inteligencia, y difícil o imposible lograr que posean las habilidades perceptivas y motrices de un bebé de un año”.

Además, se debe primar la superioridad de los humanos para garantizar su especie. Los robots deben estar al servicio de los hombres que los han creado para mejorar sus condiciones de vida.

En conclusión, creo que es un error equiparar robots inteligentes y personas.

4.3.3.2. Robot como persona jurídica

La persona jurídica es una entidad que, sin tener existencia individual física, está sujeta a derechos y obligaciones (art. 35 a 39 Cc). Es por tanto, una figura legal ficticia.

Esta condición legal se les podría atribuir a los robots sin embargo existen varias diferencias que determinarían un trato diferente.

Las **similitudes** del robot con una persona jurídica son:

- Persona de configuración legal, distinta de su propietario.
- Su existencia y capacidad es independiente de su propietario.
- Ambas podrían adquirir capacidad de obrar, esto es capacidad para el ejercicio de derechos y deberes.
- La empresa puede llevar a cabo contrataciones. El robot podría adquirir la capacidad para contratar en su propio nombre. En la actualidad, los robots

contratan en muchos casos a través del software sin intervención humana debido a los servicios digitales.

- Tiene capacidad para causar daños.
- Tiene capacidad para ser responsable penalmente, en este caso la empresa sólo en ciertos supuestos.
- Se podría sancionar al robot aunque los efectos inmediatos no producirían efectos respecto al robot.
- ¿Podría aceptarse que un robot fuera demandado, pudiera interponer demanda?
- Ambas pueden ser propiedad del ser humano y son constituidas por él.
- La empresa tiene el derecho de propiedad que también podría configurarse para el robot. Las empresas pueden comprar y tener cosas en su nombre a pesar de carecer de capacidad mental alguna. Los robots sin embargo tienen inteligencia y capacidad cognitiva.
- Las personas jurídicas adquieren personalidad desde el instante que han quedado válidamente constituidas de acuerdo con la ley. Los robots también quedarán constituidos y adquirirán los derechos de acuerdo con los requisitos que se configuren en la ley. De hecho el robot debería adquirir un estatus jurídico desde el momento que es válidamente inscrito en el Registro correspondiente.

Las **diferencias** que determinan la necesidad de una figura jurídica nueva son:

- La personalidad de las personas jurídicas se constituye en torno a la idea de un grupo de personas físicas que funcionan agrupados y no individualmente. Esta idea sin embargo está alejada de los robots, que están emergiendo para cubrir nuestras carencias o mejorar nuestras deficiencias sustituyendo ciertas acciones y operaciones de los humanos pero no entorno a su agrupación social. La empresas no han sustituido a los humanos sino que han permitido su organización y facilitado el funcionamiento de la sociedad.
- La persona jurídica también puede nacer de la agrupación de bienes.
- Las personas jurídicas carecen de cuerpo físico. Las personas jurídicas no pueden actuar si no es representada por una persona física por tanto la relación entre ambas es estrecha. ¿Pero en el caso de un robot inteligente? Un robot inteligente puede firmar electrónica o físicamente un contrato tomando una decisión lógica sin necesidad de que en la operación participe una persona física y podría hacerlo en su nombre y con su identificador.
- Configuración legal de los derechos y obligaciones (capacidad jurídica). En el caso de las empresas no se puede hablar de inmadurez psíquica del sujeto, las empresas son incapaces por eso siempre actúan a través de representantes. En el caso de los robots sin embargo se podría fijar un test de inteligencia y de madurez.
- El robot interactúa directamente con el entorno, las empresas sin embargo deben hacerlo a través de sus representantes. Por ejemplo, un robot podría robar, causar un daño de manera autónoma; sin embargo la empresa no puede hacerlo por sí mismo por ser un ente no físico.
- En la persona jurídica se exige siempre el control y la vigilancia del humano: en los robots inteligentes se podría prescindir de esta exigencia. Se podría argumentar la doctrina del levantamiento del velo y responsabilizar

jurídicamente siempre a su titular pero no parece acorde con la realidad de la existencia y funcionamiento del robot, ni con las posibilidades de control reales de su propietario cuya responsabilidad se encaminará a la gestión del riesgo.

- El robot inteligente podría actuar en nombre de la empresa y en su representación bajo el contrato de mandato. La empresa no puede representar a un robot por carecer de condición física.

Desde mi punto de vista el robot y la persona jurídica son condiciones jurídicas distintas.

Ahora bien si consideramos teorías antiformalistas, se podría aplicar la condición de persona jurídica a robot. Estas teorías consideran que en el caso de las personas jurídicas de lo que se trata es de comprender cómo una entidad que no es un hombre puede ser titular de derechos y obligaciones y actuar jurídicamente

4.3.3.3. Robot como animal

La Ley española de 24 de noviembre de 2003 de protección de los animales justifica la protección de los animales por tres motivos:

- Estudios sobre la genética a través del estudio de la fisonomía animal, ha demostrado empíricamente que los argumentos que fueron esgrimidos durante tantos siglos para distanciarnos de los animales carecían de justificación.
- Estudios realizados sobre las capacidades sensoriales y cognoscitivas de los animales no han dejado duda sobre la posibilidad de que éstos puedan experimentar sentimientos como placer, miedo, estrés, ansiedad, dolor o felicidad.
- La difusa frontera entre la protección de los animales y los intereses humanos.

Los motivos esgrimidos para la protección de los animales no pueden ser trasladadas a los robots inteligentes pues no tienen una base genética común, ni pueden experimentar a la fecha sentimientos naturales. El último de los motivos si puede observarse y se hará más evidente con la proliferación de los robots y su uso en los distintos ámbitos de la vida humana, la cuarta revolución supondrá que la protección de los intereses de los humanos conlleva la necesidad de proteger los intereses de los robots.

4.3.3.4. Robot como cosa

Si mantenemos que un robot es una simple máquina, sofisticada y útil pero máquina al fin y al cabo, los robots no tendrían un nivel de autonomía mayor que el que establezca su diseñador o programador. Las cosas son desde el punto de vista jurídico objetos materiales muebles o inmuebles (art. 333 Cc). La cosa se identifica con algo inanimado, carente de vida. Sin embargo, la realidad es que se espera que los robots superen en inteligencia a los humanos y tengan la autonomía para moverse e interactuar. El hecho de que puedan interactuar en el entorno y hacer el bien o el mal hace que otros consideren que son sujetos morales y no simples cosas.

En esta concepción seguiría siendo necesario hacer cambios regulatorios y para fijar las personas responsables en caso de que la responsabilidad sea difusa o la prueba el nexo causal con el daño imposible. En el ámbito empresarial el robot al considerarse una máquina nunca será responsable de sus daños, la responsabilidad sería del empresario a pesar de no intervenir de ningún modo en la operación, ni dando instrucciones que ya vienen programadas o las está auto-programando el robot por sí mismo. En este caso el empresario no podría reclamar por los daños sufridos.

Tendrán que regularse aspectos como si los robots deben considerarse algo “animado” a efectos de por ejemplo la normativa arancelaria de importación.

Las cosas no tienen derechos y obligaciones aunque puedan tener valor económico. El informe de la UE de enero de 2017 reconoce que las mejoras en las capacidades autónomas y cognitivas de los robots las convierten en algo más que simples herramientas y que las normas ordinarias sobre responsabilidad, como la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, son insuficientes para manejarlas.

4.3.3.5. Robot como persona electrónica

La UE aboga por una nueva figura jurídica intermedia entre las cosas y las personas físicas. Dar derechos y obligaciones a las máquinas inteligentes puede parecer extraño pero la configuración artificial o ficticia de la personalidad no es nueva como hemos visto para las personas jurídicas.

En relación a la denominación que se propone por la UE de persona electrónica. En EEUU se habla de persona artificial. El término persona, desde mi punto de vista no es un término adecuado pues el robot es tecnología independiente de la persona y parte de la configuración de la responsabilidad se realiza en torno a la categoría jurídica de cosa. Sin embargo, creo que lo que se pretende con esta terminología es hacer notar que se configura como un sujeto moral con derechos y obligaciones y que se regula de este modo por mantener capacidades similares a la de las personas. En el caso de las personas jurídicas subyace la necesaria existencia de personas físicas para la adopción de decisiones aspecto que se da cuanto hablamos de robots inteligentes. Tampoco el término electrónico me parece muy adecuado en cuanto en realidad hablamos de inteligencia artificial y la mayoría de los robots existentes son electrónicos pero no inteligentes. Por ello, creo que el término artificial sería más adecuado.

Una expresión menos confusa a nivel legal que evitaría cualquier tipo de interpretación extensiva o restrictiva de derechos y deberes con otros status legales y que propongo es simplemente robot inteligente artificialmente.

La condición de personalidad legal permitiría que los robots pudieran ganar dinero, pagar impuestos, poseer activos y demandar o ser demandados en vía judicial independientemente de sus creadores. Sus creadores podrían, como empresarios, tener derechos o deberes respecto del robot y con quienes interactúe el robot. Sin embargo, los robots se asimilan a las cosas en cuanto que son máquinas. La “persona

electrónica” podría ser una combinación de ambas condiciones jurídicas. ¿Admitiríamos las personas el maltrato a un robot? ¿Tendrá el propietario derecho a desenchufarla, o a destruir su programación inteligente? ¿Cuál es el grado mental necesario para un robot para estar legalmente capacitado y adquirir derechos?

Hay que fijar que derechos les queremos otorgar y/o negar.

El hecho de que no se considere cosa no debe impedir que se aplique el régimen jurídico de responsabilidad por producto defectuoso. En relación con errores de producto se aplicaría el art. 136 del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU). Si el error está en el software hay que tener en cuenta lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de propiedad Intelectual que lo considera un bien mueble en relación al art. 136 mencionado. Normalmente, el fabricante del software y del robot no son los mismos de ahí que hagamos la diferenciación.

Un producto será defectuoso si no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. O si no ofrece la seguridad ofrecida por otros ejemplares de la misma serie. (Art. 137 TRLGDCU y art. 6 Directiva 85/374).

El defecto podría devenir del diseño del producto y no de la seguridad. Esto es el robot es defectuoso en su diseño cuando los riesgos previsibles de causación de un daño inherentes al producto podrían haberse reducido o evitado por medio de la adopción de un diseño alternativo razonable por el vendedor u otro distribuidor, o por un predecesor en la cadena de producción o distribución, y la omisión del diseño alternativo supone que el producto no es razonablemente seguro”.

Por último, el robot sería defectuoso debido a la inadecuación o inexistencia de instrucciones o advertencias conforme al estado de la ciencia y la técnica. (STS, 1ª, 3 de diciembre de 1997).

El propietario o el usuario podría haber actuado con negligencia o dolo alterando o dando instrucciones inadecuadas al robot en este caso sería el responsable del daño. Como se puede observar, la mayor parte de las veces será posible remontarse hasta un agente humano concreto (fabricante, propietario o un usuario) y perfectamente imputable (responsable de lo ocurrido); se trata de configurar una personalidad legal específica para los robots de modo que los más avanzados y autónomos puedan ser considerados personas electrónicas con derechos y obligaciones específicos.

Debemos ver cómo configuramos que pueda ser titular de derechos y propiedades y ser al mismo tiempo una propiedad en sí mismo.

La obligación del robot será la de realizar la actividad para la que ha sido adquirido y la del titular la de realizar el adecuado mantenimiento, cuidado y vigilancia el robot. ¿Habrá corresponsabilidad?

Imaginémonos un robot que nos ofrece un producto comercial para lo que tenemos que consignar una cantidad de dinero y que el mismo lo contrata para nosotros. El robot pertenece a un banco. Durante la operación el robot comete un error y el dinero se pierde sin tener rastro, son todas operaciones contables y registros informáticos. En este caso el robot está actuando en representación del banco. Se podría decir que la máquina no es un simple instrumento sino que actúa con un estatus diferente y con un mayor nivel de responsabilidad. ¿El banco en este caso respondería del daño causado por el robot o debe considerarse un error técnico y valorar el grado de responsabilidad el titular del robot y si este ha cumplido con sus obligaciones de mantenimiento, cuidado y vigilancia debe ser exonerado de responsabilidad?

Algunos diríamos que el responsable de comprobar que todos los pasos de la transacción sean adecuados cuando se hacen en su nombre, pero qué pasa si el robot no falla no por un error técnico sino porque adopta una decisión equivocada o no acorde con lo querido por el titular del mismo. ¿En este caso debería responder la empresa? En este caso, dependiendo de la naturaleza jurídica, se podría exonerar a la empresa y respondería el trabajador de los daños causados y todo ello por esa obligación y responsabilidad contractual adquirida. Pero y el robot ¿respondería? En este caso con independencia de que el titular es también el que sufre el daño de manera injusta le debemos exonerar de la responsabilidad o respondería igualmente porque el robot no actúa en representación sino que la actuación es directamente de la persona titular del mismo. Se está hablando de que en este caso se podría exonerar a la persona física o/y jurídica y sería un seguro quien cubriera el daño, ¿pero será esto suficiente? ¿Qué impacto tendría socialmente? ¿Se estaría incentivando el trabajo de los robots frente al de los humanos para evitar responsabilidades? ¿Qué riesgos están dispuestos a cubrirse? ¿Quién sería responsable de los riesgos que nos cubran?

¿Y si en vez hablar de un daño individual hablamos de un daño a una colectividad porque el robot que se ha equivocado trabaja en una infraestructura crítica para un país y los daños que se han provocado son incalculables?

Lo que es evidente es que en este caso el robot no es una simple máquina sino que está generando derechos y obligaciones a la empresa o a su titular y se está posicionando como un representante de la organización entendida como persona que realiza acciones que generan derechos y obligaciones en nombre y por cuenta de otro.

La Unión Europea está hablando de varias alternativas jurídicas en relación a esta responsabilidad hasta que cree la personalidad jurídica específica de los robots:

- Establecer un régimen de seguro obligatorio, en el que los fabricantes o los propietarios de robots estarían obligados a suscribir un contrato de seguro por los posibles daños y perjuicios causados por sus robots.
- La posibilidad y/o necesidad de crear un fondo de responsabilidad de los robots que puede devenir de las tasas impuestas a los empresarios del trabajo que realiza el robot o de donaciones de terceros.

- Permitir que el fabricante, el programador, el propietario o el usuario puedan beneficiarse de un régimen de responsabilidad limitada si contribuyen al fondo de compensación.
- Decidir si conviene crear un fondo general para todos los robots autónomos inteligentes o crear un fondo individual para cada categoría de robot.
- Crear un número de identificación que figure en un registro específico de la UE que asegure la asociación entre el robot y el fondo.

En un futuro habrá personas físicas con implantes robóticos que no deberían incluirse en este estatus. A este respecto a lo mejor es necesario un estatus jurídico diferente para los ciborgs y los hybrot²⁴.

Otras preguntas que nos plantearemos son ¿Qué va a hacer el robot y cómo lo vamos a programar? ¿Debemos limitar el número de robots que puede tener una persona?

4.4. Registro de Robots: ¿Robots con DNI?

La UE quiere implantar la creación de un Registro de robots inteligentes a efectos de la trazabilidad y para facilitar la aplicación de nuevas recomendaciones entre ellas el nacimiento de la condición jurídica de robot y el nacimiento de la responsabilidad derivada de un incumplimiento.

Los robots pueden transitar por la vía pública y en los espacios públicos sin control humano. Debe regularse específicamente esta cuestión pues los espacios públicos deberían reservarse para las personas y no debe ser posible sin regulación específica el tránsito no controlado de los robots salvo que sea bajo el control de una persona. Las Fuerzas de Seguridad de un estado tienen competencia de seguridad y entre sus funciones está la de garantizar y supervisar de manera efectiva la paz en la vía pública. Si los robots pudieran transitar solos por la vía pública sería necesario que estos estuvieran identificados y que se sujetarán a las mismas obligaciones de las personas en cuanto a orden y conductas cívicas y de convivencia. De esa exigencia y control de los robots resulta la necesidad de que las autoridades competentes estén en condiciones de acceder e intercambiar información que les permita supervisar la conducta de los robots como hace con las personas físicas y jurídicas en sus respectivas jurisdicciones.

Con el fin de que las autoridades competentes puedan realizar un seguimiento efectivo de los robots, es importante crear un registro que permita el control, el acceso y el intercambio de información general sobre los robots inteligentes.

Previo a este robot debería crearse el registro de fabricantes y representantes de robots inteligentes.

²⁴ Organismos cibernéticos que combinan neuronas, software y robótica.

El Registro deberá tener en cuenta el tipo del robot, el sector de aplicación, la función del robot y la geografía. A estos efectos se podría utilizar la clasificación de EURON Roboethics Roadmap (2007).

El número de registro. Este registro debería ser administrativo con determinada publicidad registral y con efectos sustantivos civiles.

El Registro de Robots inteligentes artificialmente estará encaminado preferentemente a la identificación del titular del robot, al conocimiento de las características técnicas del mismo y de su aptitud para mover, actividades que realiza, a la comprobación de las inspecciones realizadas, de tener concertado el seguro obligatorio. Tendrá también una función coadyuvante de las distintas Administraciones públicas, Órganos judiciales y Registros civiles o mercantiles con los que se relaciona. En el Registro se establecerán diferentes clasificaciones para el registro de los robots atendiendo al campo en el que interaccionan y actividad que realizan.

En el registro cada robot tendría su propia DNI o DIRIA (Documento de identificación de robot inteligente artificialmente) que sería emitido por una autoridad dependiente del Ministerio de Interior o de la Agencia Europea en esta materia que se cree. Por tanto, el registro será único para cada robot. Junto con el DIRIA se deberá otorgar un permiso que establezca el lugar de actividad del robot y donde puede moverse. Este permiso de circulación debe renovarse periódicamente y siempre que se produzca un cambio de titular registral del robot.

La identificación del robot sirve también para:

- Asegurar el control humano sobre los robots
- Prevenir un uso ilegal de los robots
- Proteger los datos obtenidos por los robots
- Rastrear y grabar el comportamiento y actividad del robot
- Control sobre las respuestas ante dilemas éticos.

La siguiente cuestión que se nos plantea es qué información debe considerarse mínimo indispensable para cumplir con la finalidad descrita. Esta cuestión debe ser de objeto de debate y de alto consenso pero inicialmente identifico los siguientes datos:

- Fabricante
- Certificado de evaluación inicial sobre:
 - Capacidades del robot. Habrá que categorizar las capacidades de los robots y sus grados de autonomía.
 - Versión del software y tecnología utilizada.
 - Necesidad de mantenimiento y revisiones.
 - Acta de ensayos y pruebas de calidad.
 - Memoria descriptiva del sistema de fabricación, procedencia y características de los materiales utilizados, observancia de los requisitos mínimos de seguridad y privacidad en el diseño debidamente sellada por el servicio técnico.

- Copia encriptada del código fuente. Deben crearse medios de acceso al código fuente, a los datos de entrada y a los detalles de construcción de robots que debería, estar disponible cuando fuera necesario, para investigar tanto los accidentes como los daños causados por “robots inteligentes”, así como para velar por su funcionamiento, disponibilidad, fiabilidad, seguridad y protección continuado de los mismos.
- Fecha de creación.
- Entidad que realiza las revisiones e identificación personal del técnico que ha participado de las mismas incluyendo experiencia profesional y formación.
- Certificación de verificación técnica de su idoneidad, optimización y buen estado.
- Autorización para incorporarse al mercado y a la sociedad.
- Identificación o DNI.
- Titular del robot.
- Historial pertinente de cumplimiento y de conducta.
- Datos de contacto e información necesaria para verificar la persona titular del robot.
- Existencia de un seguro.
- Limitaciones.
- Evolución o desarrollo. Registro técnico.
- Tipo de datos que procesa. ¿hay datos personales?
- ¿Tiene dispositivos de video vigilancia?
- ¿la información que obtiene es de una gran base de datos? ¿está conectado a internet? ¿Aprende de la experiencia?
- Capacidad de reciclaje.

Debe dotarse a una autoridad pública de un marco legal adecuado para el ejercicio de sus competencias de inspección, control y sanción ante incumplimientos de seguridad en los robots.

5. CONCLUSIÓN

La nueva generación de robots convivirá con los humanos y trata de ayudarles física y psicológicamente tratando de contribuir a una sociedad más segura y pacífica. Sin embargo, en este trabajo²⁵ se han identificado riesgos a los que la normativa debe dar una solución:

- Fiabilidad de los sistemas de evaluación interna de los robots.
- La imprevisibilidad del comportamiento de los robots.
- Trazabilidad de los procedimientos de evaluación/acciones.
- Identificación de robots y condición jurídica.
- Deberá regularse el tránsito de robots autónomos y establecerse reglas sobre la ocupación de los espacios públicos por robots.

²⁵ Para el desarrollo del trabajo se ha tenido en cuenta las opiniones de (European Robotics Research Network, 2006).

- Cuanto mayor sea la inteligencia artificial de los bots, robots y androides mayor será su autonomía y en consecuencia tendrán menor dependencia de los fabricantes, propietarios y usuarios. Esto nos obliga a revisar la normativa para regular si deben considerarse total o parcialmente responsables de sus actos u omisiones y cuál es su condición jurídica y si deben ser objeto de control y cómo.
- Los robots pueden ser una herramienta que favorezca un mundo más seguro o pueden ser un instrumento que genere inseguridad. Los robots inteligentes podrán ser objeto de ciberataques y ser usados para causar daños personales, reputacionales, patrimoniales, o incluso, podrían llegar a matar o dañar a las personas. La regulación de los robots inteligentes se presenta como un elemento esencial para afrontar las amenazas y desafíos en materia de seguridad que suponen, como para aprovechar sus ventajas indiscutibles para la mejora de la sociedad tanto a nivel económico como social ya sea en el sector industrial, sanitario o de la educación.
- La seguridad:
 - La acción incorrecta que pongan en peligro a los seres vivos y el medio ambiente.
 - Si el robot es controlado por personas malintencionadas, que pudieran modificar el comportamiento del robot en un curso peligroso y fraudulento.
 - Protección de los datos personales y de privacidad, habida cuenta que los sistemas se comunicarán entre sí sin intervención humana.
- Relaciones de los robots en ambientes humanos, lugares de trabajo, hogares, escuelas, hospitales, lugares públicos, oficinas, etc., modificarán profunda y dramáticamente nuestra sociedad.
- Posibilidad de que los seres humanos pierdan sabiduría y habilidades.
- Sustitución o complementariedad de seres humanos (problemas económicos, desempleo humano, fiabilidad, etc.). Es previsible que los robots asumirán gran parte del trabajo que ahora realizan los humanos.
- Problemas psicológicos (desviaciones en las emociones humanas, problemas de apego, desorganización en los niños, temores, pánico, confusión entre real y artificial, sentimiento de subordinación hacia los robots). Cuestiones sobre la dignidad humana.
- Si la evolución les permite adquirir consciencia, los robots inteligentes pueden ser una extraordinaria herramienta utilizada para controlar a los seres humanos.

La ley debe definir principios y normas que permitan resolver los conflictos éticos, legales y de seguridad derivados de la robótica y la inteligencia artificial. Además, puesto que la tecnología afecta a la humanidad, las decisiones a adoptar deben involucrar en la toma de decisión a científicos, empresarios, gobernantes y a las personas.

- Los usos, derechos y límites que queremos establecer. Vamos a tener que ponderar desde un punto de vista ético, práctico y legal si debemos cerrar la puerta a ciertas innovaciones y desarrollos al poner en riesgo la sociedad y la humanidad como la conocemos.

- La descentralización de los distintos ordenamientos jurídicos que establece cada país pueden divergir. Es necesaria una armonización legislativa a nivel europeo e internacional que incluya entre sus objetivos la lucha contra los ilícitos penales, civiles o mercantiles que puedan surgir.
- Es necesaria la creación de una carta internacional de derechos y obligaciones de los robots a fin de hacer frente a los comportamientos potencialmente nocivos de los robots de manera universal garantizando que no se afecte al mercado y que su determinación jurídica sea internacionalmente aceptada.
- Es esencial la participación de juristas en la determinación de la ética a programar en los robots.
- Para garantizar la ciberseguridad y hacer frente a la lucha contra la ciberdelincuencia y las ciberamenazas será necesario un marco legal mejor definido que abarque la fase de prevención, investigación eficiente y eficaz y reacción y resolución de un incidente de seguridad y/o de un ilícito.

Se trata de que la regulación siga construyendo una sociedad para los humanos y no tanto de una sociedad para los robots que carecen de sentimientos y consciencia de sí mismos. Se trata de establecer un marco de derechos y obligaciones para los robots con los que conviviremos por razones de seguridad. Debiendo regularse el diseño y fabricación de los robots y posteriormente cuestiones de seguridad como consecuencia de la coexistencia del robot con los humanos.

“Es el cambio, continuo e inevitable cambio, el factor dominante en la sociedad actual. No se puede tomar más una decisión sensata sin tomar en cuenta no solo el mundo como es, sino el mundo como será...” (Isaac Asimov).

EUROPEAN CONSTITUTIONS AS SOURCES OF PARTY LAW – AND THE FUNDAMENTAL LAW OF HUNGARY

Péter Smuk

smuk.peter@sze.hu

Associate Professor, Department of Constitutional Law and Political Sciences
Széchenyi István University

Resumen

La regulación de los partidos políticos parece un tema ligeramente descuidado en la literatura constitucional húngara. Así, a pesar de que hay un gran número de cuestiones que deben analizarse y entenderse en los ámbitos de la democracia representativa, en el sistema electoral y en la financiación de los partidos, derivadas de las particularidades del cambio del régimen político, y que hace necesaria la interpretación de nuestro sistema político actual. Un análisis sustantivo de estas cuestiones en términos de derecho constitucional (y desde las ciencias políticas) podría contribuir a una mejor comprensión de la democracia representativa húngara, el estado constitucional, así como la relación entre la sociedad civil y el Estado. En este documento voy a ofrecer una visión general de las normas constitucionales relativas a los partidos políticos europeos y comparar la redacción de la Ley Fundamental de Hungría con las normas constitucionales creadas en 1989.

■ Palabras clave:

Democracia representativa húngara; Partidos políticos; Ley Fundamental de Hungría

■ Keywords:

Hungarian representative democracy; Political parties; Fundamental Law of Hungary

Abstract

The regulation of political parties seems a slightly neglected topic in the Hungarian constitutional literature.¹ It is so despite the fact that there are a large number of questions to be analysed and understood in the fields of representative democracy, election system and party financing arising from the particularities of the change of the political regime, the recent constitution-making or the necessary interpretation

¹ In the Hungarian literature there is only one piece of work worth mentioning due to its length and depth i.e. Sólyom, László. *Pártok és érdekképviseltek az alkotmányban*. (Parties and Interest Representation in the Constitution) Bp., 2004, Rejtjel. We can also consider Kovács, Mónika–Tilk, Péter: *Pártok*. (Parties) In: *Az Alkotmány kommentárja*. (Commentary on the Constitution) (Edited by Jakab, András) Bp., 2009, Századvég (p. 270-289) and also Halmi, Gábor: *Párt, állam, jog. A magyar pártjog*. (Party, State, Law. The Hungarian Party Law). In: *Politikatudományi Szemle*, 1993/1. sz. p. 39-59, provides an

of our current political system. A substantive analysis of these questions in terms of constitutional law (and political science) could contribute to a better understanding of the Hungarian representative democracy, constitutional state as well as the relationship between civil society and the state. In this paper I will provide a rough overview of constitutional rules relating to European political parties and compare the wording of the Fundamental Law of Hungary with the constitutional rules created in 1989².

I. Concept of party law, levels of legal sources of political party regulation – II. Outline of comparative European party constitutionalization – III. Epilogue: Novelities of Hungarian party constitutionalization – Bibliography

I. CONCEPT OF PARTY LAW, LEVELS OF LEGAL SOURCES OF POLITICAL PARTY REGULATION

Party law is all legal regulations relating to political parties. It may pertain to party operation (establishing, activities and internal organisation), party membership (rights, duties and conflict of interest of members), relationship between parties and the state (financing, operation in representative bodies, state control over operation). External and internal party law includes the functions of parties as institutions in a democratic system as well as the rules on internal organisation and membership of these institutions.

The sources of rules ranges from constitutions and laws to parliamentary rules and the legal practice of (constitutional) courts. The level of legislation necessitated by the relation to fundamental rights, which is not covered by this paper, affects different fields of party functions: creation (establishing) and registration of parties, certain internal organisational and operational rules, certain rights/duties of membership, supervision of legitimacy or constitutionality, participation in electoral procedure (nomination, electoral commission membership, etc.), financing of campaign and

early but comprehensive overview. Dissertations and other studies have been written mainly on party financing. For comprehensive political science literature on parties in see Enyedi, Zsolt-Körösényi, András: *Pártok és pártrendszerek*. (Parties and Party Systems Bp., 2004, Osiris, and recently on the Hungarian party system Horváth, Attila – Soós, Gábor: *Pártok és pártrendszer*. (Parties and Party Systems In: *A magyar politikai rendszer – negyedszázad után*. (The Hungarian Political System after a Quarter Century) (Edited by Körösényi, András) Bp., 2015, Osiris-MTA TKPTI (p. 249-278). Biezen, Ingrid van: *Constitutionalizing Party Democracy: The Constitutive Codification of Political Parties in Post-war Europe*. In: *British Journal of Political Science* 2012/1. p. 187–212, drew attention even at European level to the relative lack of scholarly interest in constitutionalization. Published data of relevant research project at Leiden University see at <http://www.partylaw.leidenuniv.nl/>.

² This study as a part of a comprehensive research with this aim has been written within the framework of the research project entitled “*Constitutional values of public finance – democracy market economy, efficiency and the division of power*” subsidised by PADA (Pallas Athéné Domus Animae Foundation).

party organisation (rules on private and state financing, spending, accounting, transparency, control, etc.). All European legal systems include laws regulating political parties³, even those whose constitutions do not.

In this paper I will examine the level of constitutionalization about which on considering the panorama of the European regulations and constitutional standards by way of introduction we can state that

- not all states include political parties in their constitutions (even by just mentioning them), and
- the constitutional provisions of states mentioning and regulating political parties are very different in terms of their length and depth alike⁴.

Since the practice of not mentioning parties in constitutions seems to occur in “older” democracies (Belgium, Netherlands, Denmark, Ireland and also the United Kingdom) and also the Venice Commission disserts on the level of constitutional and legitimate regulation, we cannot declare formally that party constitutionalization is necessary or it would be expected according to European constitutional standards. Moreover, even a separate act on parties is not a democratic requirement since according to the Venice Commission because of administrative and other burdens less regulations can result in more democracy.⁵ In terms of content constitutional level would be necessary if establishing and operation of parties did not have sufficient protection in comparison with other basic rights and constitutional values; if principles and rights, which can be called subsidiary such as political pluralism, democracy or the freedom of association, were not tangible enough. (E.g. Can the privilege of political parties to create an electoral list provided by the election system be defended against the principle of equal treatment if the constitution does not lay down the special role of parties to declare the popular will? etc.) If these provides political parties sufficient constitutional protection and legitimacy, a lower level of legislation can actually become a relevant aspect only in terms of stability (easier-harder modification).

According to László Sólyom as opposed to state organs parties are not created by the constitution, hence no constitutional regulation is necessary for their legitimacy. It is rather the result of an approach of constitutionalization that accepts the actual role of parties in a political system supported by their present and historical development⁶.

The symbolic and political significance of the level of legal sources of the constitution needs to be highlighted. Namely, its conviction on constitutionalising democracy has the message that political parties are central or even indispensable actors of democratic procedures and will assign them this position also in the future. Besides

³ These are often not specifically acts on parties but only touch upon certain aspects, e.g. financing, nomination, etc.

⁴ BIEZEN, I. (2012). Constitutionalizing Party Democracy: The Constitutive Codification of Political Parties in Post-war Europe. In: *British Journal of Political Science*, p. 199.

⁵ CDL-AD (2010) 024 - *Guidelines on Political Party Regulation*, pp. 28-32.

⁶ SÓLYOM, L. (2005). *Pártok és érdekképviseltek az alkotmányban. (Parties and Interest Representation in the Constitution)* Bp. Rejtjel, p. 12.

laying down the basic rules of political battles (in formal sense) inclusion in the constitution also conveys a normative message. A natural characteristics of fundamental law is that it is generally more difficult to modify therefore its provisions are not only more solid but they also define the regulating actors. As regards to normal legislation, the dominant influence of mainly those parties who are represented in parliament is a given while drafting and modifying the constitution may involve other actors (e.g. referendum), which can generate such expenses that incumbent parties do not want to undertake⁷.

II. OUTLINE OF COMPARATIVE EUROPEAN PARTY CONSTITUTIONALIZATION

Biezen presents the waves of constitutional codification of parties in a parallel manner with the great waves of democratization in the 20th century. Thus, historically political parties appeared as early as before the end of World War II in the constitutions of Iceland (article 31, when defining the proportionate division of mandates in the Althing) and Austria (article 147, party officials shall not be constitutional judges). The overture of a widespread emergence was marked by the Italian Constitution in 1947 and the German Fundamental Law in 1949, with the latter having a major influence on later waves. According to Biezen the second wave was brought about by the collapse of the British and French colonial empires (constitutions of France, Malta and Cyprus) while the third wave is connected to the fall of authoritarian systems in Southern Europe (constitutions of Greece, Spain and Portugal) and the fourth wave to post-communist constitution-making⁸. She points out that political party constitutionalization and its content largely depends on the date of constitution-making in the history, opinion on the previous political regime (which was usually a dictatorship) and also the ideas and concepts on democracy at the time. Based on the above, the relationship between state and parties (e.g. rules on incompatibilities, constitutional court control) and emphasis of the freedom of association and other political communication rights are a conspicuous feature in “new” democracies while the constitutions of earlier democracies refer only to election functions.

Biezen presents the dimensions of constitutional codification (connected to the subject matters of constitutions) in the next matrix partly also followed in this paper⁹.

⁷ BORZ, G. (2016). *Justifying the constitutional regulation of political parties: A framework for analysis*. In: International Political Science Review, pp. 2-4.

⁸ BIEZEN, I. (2012). Constitutionalizing Party Democracy: The Constitutive Codification of Political Parties in Post-war Europe. In: British Journal of Political Science, pp. 197-199.

⁹ Supplemented table of regulations (the number of constitutional provisions/rules relating to parties) provides quantitative proof of the connections between certain dimensions of regulations and constitution-making particularities of countries) BIEZEN, I. (2012). Constitutionalizing Party Democracy: The Constitutive Codification of Political Parties in Post-war Europe. In: British Journal of Political Science, pp. 200-202 (with small corrections).

Principles and values	Rights/duties	Institutional structure	Meta-rules
democracy, participation, popular sovereignty, equality, pluralism	activity/rights with regards to programme: freedom of association, freedom of assembly, freedom of speech (and their limits)	extra-parliamentary party electoral party parliamentary party governmental party public resources	decision of (constitutional) court on lawfulness and constitutionality dictating the enactment of further legislation

Parties are most likely to appear in the *Principles chapter* also in order to convey the symbolic message and to extend the spectrum of legal interpretation of (constitutional) courts. Placing parties in principles and values in a systematic manner clearly signals their pivotal or even necessary and indispensable position and function in democratic procedures. Constitutions providing rules among basic provisions declare the basic functions of political parties along two core values of democratic systems i.e. popular sovereignty and political pluralism. In terms of this dimension the influence of the German fundamental law on later waves of constitution-making is obvious. Pursuant to article 21 of the Grundgesetz a constitutional function of parties is participation in forming the popular will, and parties threatening democratic order are unconstitutional.

Participation in forming or expressing the popular will appears with the same phrasing in the constitutions of Bulgaria (article 11), Luxembourg (article 32/A), Hungary (article 3. § of the text of 1989, article VIII of the Fundamental Law of 2011, in detail see below) Portugal (articles 10 and 51), Romania (article 8), Spain (article 6). The exclusive role in democratic procedures, representation and channelling the popular will stands out peculiarly in the constitution of Bulgaria which expressly prohibits any other organisations from engaging in political activities “which is in the domain of political parties” (article 12 (2)). The function of forming and expressing the popular will are promoted also by those declarations which state that the objective of parties is to influence state politics with democratic instruments (article 11 of the constitution of Poland), to define national politics through democratic procedures (article 49 of the constitution of Italy), parties are fundamental instruments of political participation (article 6 of the constitution of Spain), and which ensures parties rights to television and radio coverage (articles 40 and 119 of the constitutions of Portugal and Malta) or rights to the electoral system.

The explicit laying down of multiparty system and political pluralism and connecting them to parties fundamentally contribute to the determination of their democratic role. (In this context the freedom to establish parties is an *indirect* reference to pluralism). These principles are declared in the articles mentioned above by the constitutions of Bulgaria, Croatia (article 3), Luxembourg, Portugal (article 288 i.), Romania (article 40) and Spain. In Spain parties are “the expression of political pluralism” (article 6),

in Bulgaria it is forbidden to “usurp the expression of the popular sovereignty” (article 1) and no political party shall be proclaimed as a party of the state (article 11), in Hungary no one shall act with the aim of exclusively possessing power (article C), pursuant to the constitution of the Czech Republic the political system is founded on the free and voluntary formation of and free competition among parties (article 5).

Constitutional provisions of the constitutions adopted following the establishment of a democratic regime are part of a special “historical narrative” and were drafted driven by the fear of or respond to political parties of the previous regime¹⁰. Expressive examples of this beyond the German fundamental law are the prohibition to reorganise the Fascist party (section XII of Transitional Provisions), in post-communist states the prohibition of parties proclaiming totalitarian ideology and the narrative of article U of the Fundamental Law of Hungary, and also the numerous rules to limit party law ranging from the separation of state and parties to the prohibition of violent politics and the opportunity to declare something unconstitutional (see below).

Constitutional provisions of the party law reveals the civil origins of political parties in the *chapter on fundamental law*. These rules ensures the right of citizens to establish and join parties as well as rights concerning the most important elements of the operation of organising and they also can limit these rights. Basic rights of the creation and operation of parties are the freedom of association, the freedom of assembly and the freedom of speech¹¹.

In terms of the freedom of association certain constitutions regulate the freedom of party establishing in a separate article or by a reference to it. According to the clear wording of the constitution of Portugal (article 51) “Freedom of association shall include the right to form or take part in political associations and parties and through them to work jointly and democratically towards the formation of the popular will and the organisation of political power”. The same approach can be found in the Charter of Fundamental Rights and Freedoms of the Czech Republic (article 20 (2)) and the constitutions of Estonia (article 48 (1)), Lithuania (article 35), Hungary (article VIII), Romania (article 40), Slovakia (article 29) and Slovenia (article 42¹²). We can see how important it is for post-communist constitution-makers to lay down civil initiation as a basis for party establishing¹³. Similarly, we can note that since the 1990s

¹⁰ Constitutions are generally “created by fear” – András Sajó: *Az önkorlátozó hatalom*. (The self-limiting power) KJK – MTA JTI, 1995, p. 17-19; and Biezen (2012), p. 201.

¹¹ BIEZEN, I. (2012). Constitutionalizing Party Democracy: The Constitutive Codification of Political Parties in Post-war Europe. In: *British Journal of Political Science*, p. 200.

¹² The constitution of Slovenia mentions political parties beyond ensuring the right to freedom of association so that it can limit party membership of the members of the defence forces and the police, see article 42 (4).

¹³ According to Halmai the fact that the basis of party establishment is the act on free association is a considerable difference from the German model. En: HALMAI, G. (1993). *Párt, állam, jog. A magyar pártjog*. (Party, State, Law. The Hungarian Party Law.) In: *Politikatudományi Szemle*, 1993/1, p. 42. On the relation between the freedom of association and the freedom of party establishing also see SÓLYOM, L. (2005). *Pártok és érdekképviseletek az alkotmányban*. (Parties and Interest Representation in the Constitution) Bp. Rejtjel, pp. 69-74.

the number of cases based on article 11 of the Convention has increased in the case law of Strasbourg in connection with constitutional status and establishing of parties as well as joining them¹⁴.

The most intriguing question of constitutionalization is how much the constitution interferes with the autonomy of parties by treating (embracing) them as special forms of associations and how can limitations by fundamental law be justified. Besides justifying these limitations I consider party privileges (e.g. with regards to financing, parliamentary representation and electoral system), a secondary aspect which otherwise counts as a strong argument.

Defending democracy seems to be the main justification of the limits¹⁵. As we have seen above constitutions look upon political parties as main actors in a democratic political system, it, however, does not imply that some parties could not jeopardise democracy itself. By conceding this, constitutions also include certain limitations of establishing and operating parties in order to institutionalise the “self-defence of democracy”¹⁶.

Basic stipulations include:

- prescribing *democratic operation of internal organisations* (see article 21 of the German, article 6 of the Croatian, article 51 of the Portuguese and article 6 of the Spanish constitutions) or *transparency of economy* (article 6 of the Croatian constitution, article 21 of the German fundamental law);
- *prohibition of certain activities, ideologies and patterns of party organising* (see the constitution of Bulgaria prohibits to establish parties on ethnical, racial or religious grounds [article 11], the constitution of Poland prohibits the proclamation of totalitarian ideologies and hatred [article 13], according to the constitution of Portugal the name of political parties shall not relate to any religion or church and shall not employ national or religious symbols, the operation and objective of parties shall not have a regional nature [article 51], the constitution of Romania excludes parties organised against the sovereignty, integrity and independence of state as well as associations of a secret nature [article 40], furthermore the constitution of Slovakia lays down a public policy clause on limitation [article 29] echoing article 11 of the European Convention of Human Rights);
- *limitations on party membership* (see especially the prohibition of party membership of constitutional judges, members of law enforcement agencies, etc., furthermore according to the constitution of Estonia only Estonian citizens are

¹⁴ *Factsheet–Political parties and associations*, October 2016 available at http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Political_parties_ENG.pdf.

¹⁵ BORZ, G. (2016). Justifying the constitutional regulation of political parties: A framework for analysis. In: *International Political Science Review* 2016/1, p. 7.

¹⁶ Based on the interpretation of article 21 of the German Fundamental Law the Federal Constitutional Court formulated this concept in its decision 2 BVerfGE 1 (1952) (the SRP case).

allowed to become party members [article 48], according to the constitution of Portugal no one can be a member of more than one parties at a time [article 51])¹⁷.

This study is confined to the constitutional level of party regulation, however we have to note that a great deal of limitations (also) appears in party laws. We believe that highlighting constitutional rules and functions of political parties along democratic principles can adequately justify these limitations.

Based on the argumentation of the German constitutional court expectation for internal democracy can be supported by the idea that as parties participate in the power of the state it may be probable that their participation will not be democratic unless their internal affairs are managed accordingly¹⁸. According to the Venice Commission besides respecting the freedom of association the requirements of internal democracy shall be narrowly interpreted generally meaning equal rights of party membership and possible participation in transparent decision-making, especially in the scope of selecting campaigners and creating the internal regulation of parties¹⁹. This status is also ensured by the right of party members to freely (voluntarily) enter and leave parties and the freedom of speech, etc.²⁰ The limits of the freedom of association and party establishing also need to comply with the values of plural democracy, at the same time, however, it has to be noted that by doing so parties possessing great influence on party regulation (even at constitutional level) will also regulate the competition of parties and supervise who can enter this “market”²¹.

When describing the institutional structure of state the message of party regulation is that parties have a dominant influence on the institutional structure of state especially in the case of representative organs (positive rules) as well as with regards to organs to be made independent of party politics (negative, incompatibility rules). The most widespread scopes of regulation of this nature embrace the roles and rights of parties relating to electoral system and parliament.

Beyond the general intermediary function of parties some constitutions include constitutional rules relating to explicit electoral rights and participation. Accordingly, the constitution of Finland ensures the non-exclusive rights of parties to nominate candidates for parliamentary and presidential elections alike (articles 25 and 54); pursuant to the constitution of France parties contribute to the exercise of suffrage (article 4); a part of the Greek parliament is elected on a country list of parties (article 54); pursuant to the constitution of Poland deputies and senators are nominated by

¹⁷ According to the Venice Commission no one has the subjective right to become a member of an organisation but the limitations on entering a party and their reasons must be thoroughly examined lest they become discriminative but rather inclusive. See *Guidelines on Political Party Regulation*, pp. 116-120.

¹⁸ 2 BVerfGE 1 (1952); and Halmay (1993) p. 49, According to Sólyom (2005), pp. 55-59. There is a clear conflict between the principle and the development in practice.

¹⁹ *Guidelines on Political Party Regulation*, pp. 97-98.

²⁰ HALMAI, G. (1993). Párt, állam, jog. A magyar pártjog. (Party, State, Law. The Hungarian Party Law.). In: Politikatudományi Szemle, 1993/1, p. 49.

²¹ BORZ, G. (2016). Justifying the constitutional regulation of political parties: A framework for analysis. In: *International Political Science Review* 2016/1, p. 5.

political parties or voters (article 100); deputies of the Luxembourg parliament are elected on a party list ballot in a proportional manner (article 51); the constitution of Malta specifies the advantages gained by parties in the course of the division of mandates (article 52); In Portugal, in the course of the election of the Assembly of the Republic political parties may nominate candidates (article 151) but during the election of local governments apart from parties a group of voters are entitled to nominate candidates (article 239); at the Swedish parliamentary election voters may vote for political parties, mandates are divided between parties (articles 1 and 7 of chapter 3).

The appearance of parties in legislative bodies peculiarly interferes with the free mandates of deputies. As the German constitutional court made a reference in its decision of 1952 mentioned above, following World War II constitution-makers rejected the standpoint that political parties destroy popular representation and popular sovereignty recognising the prominent role of parties in mediating between state and citizens²². Most states began to recognise parties in their constitutions in accordance with the new constitutional concept, taking parties' appearance in parliaments as a starting point²³. Although parliamentary deputies continue to act in the public interest in accordance with the normative concept of free mandate, their party-based organisations and even the prerogatives of their deputy groups are widely accepted. Certain constitutions expressly provide for the deputy groups of parties, moreover in many cases the constitutionalization of parties is confined to this dimension²⁴. The constitution of Cyprus enables parties reaching a minimum of 20 percent of mandates to form deputy groups as well as it specifies and secures them some procedural rights (article 73). In the constitution of Greece the power relations of political parties affects the appointment of prime minister (article 37) similarly, the composition of parliamentary and investigation committees are connected²⁵ (article 68). The constitution of Croatia ensures consultation rights to "parliamentary factions" (articles 79 and 104). Parliamentary opposition parties are mentioned in the constitution of Malta (article 90) and Portugal (articles 114 and 176). The constitution of Portugal enables faction-forming on party basis (article 180) by aggravating the situation that deputies will lose their mandates if they join a party different from the one nominating them (article 160). The president of Romania propose a prime minister upon consultation with parliamentary parties (article 103), similarly the ruler of Spain (article 99), the president of Portugal appoints the prime minister at his own discretion after consulting the parties with seats (article 187).

²² 2 BVerfGE 1 (1952), ill. Kommers Donald P. – Miller, Russell A.: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Duke University Press, 2012, pp. 286-287.

²³ One of the strongest proof here is that party financing began to spread after parliamentary factions were subsidised, which was usually followed by the subsidy of extra-parliamentary parties. See Biezen, Ingrid van: *Financing political parties and election campaigns – guidelines*. Council of Europe Publishing, 2003, Strasbourg, p. 34.

²⁴ We can also mention here the case of Netherlands where the constitution does not include political parties but the definition of the act on party financing (article 1 b.) regards those associations as parties that at the elections obtained at least one mandate in the legislative body. see http://wetten.overheid.nl/BWBR0033004/geldigheidsdatum_06-06-2013.

²⁵ Similarly article 178 of the constitution of Portugal.

Generally, the chapter on state structure contains those incompatibility rules stipulating generally or specifically public offices that no member of a party can hold. In order to exclude potential conflicts of interest and to ensure impartiality the Strasbourg Court accepted these rules as necessary and justified limitations in a democratic society²⁶.

In this field the items collected from the Hungarian fundamental law make one of the longest list: members of the Constitutional Court may not be members of a party (article 24) the same holds true for judges (article 26), prosecutors (article 29) the Commissioner for Fundamental Rights and his/her deputies (article 30), professional staff members of the Hungarian Defence Forces, the police and the national security services (articles 45-46). Similarly, the constitution of Poland mentions some cases extending it to offices like the President of the Supreme Chamber of Control (article 205), members of the National Council of Radio Broadcasting and Television (article 214) and the President of the National Bank (article 227). Political science and constitutional theory literature considers political parties less as civil organisations but rather quasi state organs due to extensive state regulation and the expansion of party financing by the state²⁷. State subsidies can be justified²⁸ by financing significant democratic functions of political parties and also in order to mitigate dependency on private donations which can contribute to the risk of corruption. Nevertheless, constitutions rarely mention state financing instead they refer to the management (its transparency, legal regulation) of parties. State subsidy of parties is expressly specified only in the constitution of Greece (“Political parties are entitled to receive financial support by the State for their electoral and operating expenses” article 29) and the constitution of Portugal (the requirements for “public funding” are specified by law; article 51) The constitution of Belgium (article 77) refers to the financing of political parties as a domain of law-making without specifications, the constitution of Romania has a similar approach (article 73). Authorization to create cardinal acts in Hungary is designed to regulate the management of parties (article VIII). Transparent management is prescribed by the constitutions of Croatia (article 6), Germany (article 21) and Poland (article 11). Further forms of state support of parties appear in the rules mentioned above ensuring them radio and television air time.

²⁶ *Guidelines on Political Party Regulation*, pp.117-118, see e.g. the case of *Rekvényi v. Hungary* (1999) with special regard to historical proximity of totalitarian dictatorship.

²⁷ For this standpoint see also Biezen, Ingrid van: *Political Parties as Public Utilities*. In: *Party Politics*, 2004/6, p. 701-722; Biezen, Ingrid van – Kopecky, Petr: *The State and the Parties. Public Funding, Public Regulation and Rent-Seeking in Contemporary Democracies*. In: *Party Politics*, 2007/2, p. 235-254. Sólyom clearly asserts that “parties have not become public bodies, they have remained private associations”, however, “the constitutional task of a party is inseparable from public law, its legal status, however, must be separated”. Sólyom (2005) p. 74-75. At the same time he concedes that state subsidy is irreconcilable with the principle of independency from the state. *ibid.* p. 120.

²⁸ The spread of this practice can be linked to the development of the German constitution, the German Federal Constitutional Court accepted state subsidy in the context of the constitution as early as in the 1950s. See Halmai (1993) p. 52, *Guidelines on Political Party Regulation* [176-177].

Meta rules of party constitutionalization belong to the authorisation relating to the creation of acts on parties as well as the scope of authority of the decision on unconstitutional parties. All European countries have acts on parties, although the depth and scope of them are varied (party financing, operation, management, electoral rights, etc.). Such acts are also created without a special authorisation by constitutions.

The rule, which enables an investigation of constitutional operation of political parties and what is more, resulting even in their prohibition, is of much greater constitutional significance. This is the institutional pledge and keystone of the self-defending democracy mentioned above²⁹. The constitutions of Bulgaria (article 149), Czech Republic (including dissolution, article 87), Croatia (article 129), Poland (article 188), Germany (article 21), Portugal (article 223), Romania (article 146) and Slovenia grant the constitutional court authorisation to investigate constitutionality of party activities. Pursuant to the constitution of Estonia prohibition of parties requires a court resolution (article 48); in Slovakia the Constitutional Court's scope of authority covers the decision on the constitutionality of the resolution to dissolve a party (article 129).

The Venice Commission and the Council of Europe regards the prohibition or dissolution of political parties as exceptional measures in cases if they use violence or threatens civil peace or democratic, constitutional order³⁰. According to Sólyom prohibition of parties is always a political decision because judging when and why a party threatens democracy “*will always depend on the particular political situation since it is a preventive measure*”³¹ [emphasis in original]. Biezen also notes here that this political decision is not made by parliaments slowly losing their supremacy and it is one of the instruments of “*judicialization of party politics*”³².

III. EPILOGUE– NOVELTIES OF HUNGARIAN PARTY CONSTITUTIONALIZATION

Party regulation (3. §) appeared in the Act XX of 1949 in 1972 saying that “*the Marxist-Leninist party of the working class is the leading force of society*”. This political declaration was an indirect reference to single-party political system³³. In Hungary “*due to historical development*”³⁴ the emergence of political parties or multi-party system in public law was not possible until 1989. In this chapter I do not attempt to analyse the text proven to be lasting for decades and brought about by the amendment of constitution during the course of the change of the political regime in

²⁹ HALMAI (1993), p. 46-47, SÓLYOM (2005), p. 94-100, BIEZEN (2012), p. 205-206.

³⁰ Resolution 1308(2002) on Restrictions on political parties in the Council of Europe's member states; *Guidelines on Political Party Regulation* [89-90].

³¹ SÓLYOM, L. (2005). *Pártok és érdekképviseletek az alkotmányban.* (Parties and Interest Representation in the Constitution) Bp. Rejtjel, p. 94.

³² BIEZEN, I. (2012). *Constitutionalizing Party Democracy: The Constitutive Codification of Political Parties in Post-war Europe.* In: *British Journal of Political Science* 2012/1, p. 20.

³³ KOVÁCS, M. – TILK, P.: *PÁRTOK.* (Parties). (2009) In: *Az Alkotmány kommentárja.* (Commentary on the Constitution) (Edited by Jakab, András) Bp., 2009, Századvég, p. 271.

³⁴ Words of the communist leader, János Kádár, in 1987.

1989³⁵ (the methodology of basic scopes of regulation see above), instead I will focus on the particularities and novelties of party regulations in the Fundamental Law of 2011.

Preamble. A striking difference between the preambles of the two constitutions is that while the introduction of the transitional constitution of 1989 by mentioning multi-party system and parliamentary democracy lifts up the elements of pluralism as core values, the National Avowal does not even imply political freedoms especially parties, party system and representative democracy.

Core values. Regarding the foundation of democratic political system and the Hungarian constitutionality, the main ideas are principally similar in both constitutions, however, the functional definition of parties can be found in the chapter on fundamental rights in the Fundamental Law and not the chapter on Foundation. Changes beyond the novelties of the system will be covered below. We can note here that the prohibition of activities aiming at violent acquisition or exercise and exclusive possession of power as well as the resistance clause are taken over by the Fundamental Law as now a Hungarian constitutional axiom spanning over moments in the history.

The last article, U of Foundation enacted by the fourth amendment mentions the state party of the previous regime by its name (“The Hungarian Socialist Workers’ Party and its legal predecessors) declaring its non-lapsing responsibility for the historical crimes enumerated.

It also adds that “Political organisations having gained legal recognition during the democratic transition as legal successors of the Hungarian Socialist Workers’ Party continue to share the responsibility of their predecessors as beneficiaries of their unlawfully accumulated assets.” On the latter responsibility clause we can make two notes: 1) it does not include any reference to explicit prohibition of the reorganisation of the communist party, 2) present “legal predecessor” party/parties is/are not unconstitutional merely by fact that they “share” some responsibilities of the state party. Defendants of the need to do justice in relation with crimes of the state party are rather the “possessors of power” and some leaders of the communist dictatorship as well as those who committed certain crimes.

Regulation of fundamental rights. Relating to parties the chapter of the Constitution on fundamental rights besides the freedom of association included only that armed organisation with political objectives may not be established on the basis of the freedom of association, furthermore, detailed regulation required a majority of two-thirds. The chapter of the Fundamental Law on fundamental rights parallelly discusses the freedom of association with those functions of political parties which were in the Foundation of the Constitution. When reading these provisions we can note some fine differences:

³⁵ SÓLYOM (2005), p. 15-26 gives an adequate summary of the creation of relevant rules of the new constitution of 1989 and party laws, see also Halmay (1993).

Constitution 3. §	Fundamental Law Article VIII
(1) In the Republic of Hungary political parties may be established and may function freely, provided they respect the Constitution and laws established in accordance with the Constitution.	(3) Political parties may be formed and may operate freely on the basis of the right to association.
(2) Political parties shall participate in the development and expression of the popular will.	Political parties shall participate in the formation and expression of the will of the people.
(3) Political parties may not exercise public power directly. Accordingly, no single party may exercise exclusive control of a government body.	Political parties may not exercise public power directly.
In the interest of ensuring the separation of political parties and public power, the law shall determine those functions and public offices which may not be held by party members or officers.	Article XXXIII (8) The law shall determine those public offices which may not be held by party members or officers.

The Fundamental Law abandons the phrasing “provided they respect the Constitution and laws established in accordance with the Constitution”, which does not provide too much normative surplus anyway³⁶ because it has been specified elsewhere that these sources of law are obligatory for everyone. We can add that this rule is not an obstacle to parties taking (democratic, legal) political actions to alter laws or even the constitution and exercising their rights provided otherwise³⁷.

The Fundamental Law also abandons the prohibition of the control of government bodies, which must have referred to “direct” control since indirect influence in the case of government bodies is an obvious constitutional situation (e.g. the influence of parliamentary representative groups was provided by the Constitution in certain cases).

Concerning rules on separation of the state’s public power and parties the Fundamental Law now implies the creation of incompatibility rules besides the right to hold public offices.

³⁶ KOVÁCS, M.–TILK, P.: PÁRTOK. (Parties). (2009). In: Az Alkotmány kommentárja. (Commentary on the Constitution) (Edited by Jakab, András) Bp., 2009, Századvég, p. 275, footnote 15.

³⁷ KOVÁCS, M.–TILK, P.: PÁRTOK. (Parties). (2009). In: Az Alkotmány kommentárja. (Commentary on the Constitution) (Edited by Jakab, András) Bp., 2009, Századvég, p. 276.

Secondary regulation. Article 63.§ (3) of the Constitution prescribes qualified majority to adopt acts on both the freedom of association and the management and operation of parties, in the Fundamental Law, however, only party regulation comes under cardinal acts. This creates a new situation in that certain rules of party establishing derive from the right of association therefore with respect to certain statues a two-third “protection” is not provided. Authorisation relating to the specification of incompatible public offices are mentioned above.

Parliamentary parties. Although the Constitution mentioned “the deputy groups of parties with representation in the Parliament” several times in a sporadic and irregular manner but still supporting the parliamentary work of parties³⁸. This dimension is not implied by the Fundamental Law at all, only mentioning deputy groups without connecting them to political parties.

Incompatibilities. Besides authorisation for legislation the constitutional level itself specifies offices that cannot be held by party members. According to both texts such offices are constitutional judges, ordinary magistrates, prosecutors and professional staff members of the Hungarian Defence Forces and the national security services. The new rule at constitutional level is that it includes the commissioner for fundamental rights and his or her deputies. In their cases previous regulation (article 5.§ (1) of Act LIX of 1993) excluded only political offices and roles. The same phrasing is applied in the constitution texts with regards to the President of Hungary³⁹.

It can be noted that (both) our constitutions follows post-communist constitutional models in terms of their regulatory approach. The regulation, however, does not include parties’ roles and (specific) rights concerning the electoral system, the possibility of state financing, the expectation of the internal organisation to be democratic and also the possibility to prohibit unconstitutional parties or the possibility of investigation by constitutional court. The latter, of course, does not mean that the Hungarian legal system and authorities are incapable to take action against “anti-system” organisations or organisation violating the limits of freedom of association and party establishing prescribed. It is true that in the first place the application of forms of responsibilities of other areas of law comes to the foreground in connection with activities of party members and leaders in the system of “militant democracy”, however, dissolution of associations violating “the rights of others” is not without precedent⁴⁰. Court decisions on the existence of parties can even reach the Constitutional Court through lodging a constitutional complaint.

³⁸ Article 19/B. § (2), article 28. § (5), article 32/A. § (5).

³⁹ The office of the president of Hungary is incompatible with any other political offices (article 12, similarly, article of the Constitution 30.§); though it does not imply an explicit prohibition of party membership, see Virág Kovács 30.§ [A köztársasági elnök összeférhetetlensége. (The incompatibility of the President of Hungary)] In: *Az Alkotmány kommentárja.* (Commentary on the Constitution) (Edited by András Jakab), Bp., 2009, Századvég (p. 1019).

⁴⁰ Instruments in the Hungarian legal system and marginal cases of (extreme right) organisations against democratic order are summarised by Renáta Uitz: *Hungary.* In: Marcus Thiel (ed.): *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies.* Ashgate, 2009, p. 147-181; and also see *Vona v. Hungary* case (2013).

BIBLIOGRAPHY

- BIEZEN, Ingrid van – Kopecky, Petr: The State and the Parties. Public Funding, Public Regulation and Rent-Seeking in Contemporary Democracies. In: Party Politics, 2007/2.
- BIEZEN, Ingrid van: Constitutionalizing Party Democracy: The Constitutive Codification of Political Parties in Post-war Europe. In: British Journal of Political Science 2012/1.
- BIEZEN, Ingrid van: Financing political parties and election campaigns – guidelines. Council of Europe Publishing, 2003, Strasbourg.
- BIEZEN, Ingrid van: Political Parties as Public Utilities. In: Party Politics, 2004/6.
- BORZ, Gabriela: Justifying the constitutional regulation of political parties: A framework for analysis. In: International Political Science Review 2016/1.
- ENYEDI, Zsolt-Körösényi, András: Pártok és pártrendszerek. (Parties and Party Systems Bp., 2004, Osiris.
- Factsheet – Political parties and associations, October 2016 available at http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Political_parties_ENG.pdf
- HALMAI, Gábor: Párt, állam, jog. A magyar pártjog. (Party, State, Law. The Hungarian Party Law.) In: Politikatudományi Szemle, 1993/1.
- HORVÁTH, Attila – Soós, Gábor: Pártok és pártrendszer. (Parties and Party Systems In: A magyar politikai rendszer – negyedszázad után. (The Hungarian Political System after a Quarter Century) (Edited by Körösényi, András) Bp., 2015, Osiris-MTA TKPTI.
- KOMMERS Donald P. – MILLER, Russell A.: The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Duke University Press, 2012.
- KOVÁCS, Mónika – TILK, Péter: Pártok. (Parties) In: Az Alkotmány kommentárja. (Commentary on the Constitution) (Edited by Jakab, András) Bp., 2009., Századvég.
- KOVÁCS, Virág: 30.§ [A köztársasági elnök összeférhetetlensége. (The incompatibility of the President of Hungary)] In: Az Alkotmány kommentárja. (Commentary on the Constitution) (Edited by András Jakab), Bp., 2009, Századvég.
- Resolution 1308(2002) on Restrictions on political parties in the Council of Europe's member states.
- SAJÓ, András: Az önkorlátozó hatalom. (The self-limiting power) KJK – MTA JTI, 1995.
- SÓLYOM, László. Pártok és érdekképviselések az alkotmányban. (Parties and Interest Representation in the Constitution) Bp., 2005, Rejtjel.
- UITZ, Renáta: Hungary. In: Marcus Thiel (ed.): The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies. Ashgate, 2009.
- Venice Commission: Guidelines on Political Party Regulation. [CDL-AD(2010)024].

Cited Case Law:

- 2 BVerfGE 1 (1952) (the SRP case).
Rekvényi v. Hungary (ECtHR, 1999)
Vona v. Hungary case (ECtHR, 2013).

ASPECTOS RELEVANTES DEL INTENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN ITALIA EN LA CUESTIÓN DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO Y FUENTES PRIMARIAS

Tommaso Pensabene Lioni

to.pensabenelioni@libero.it

Professore a contratto di Diritto Amministrativo
Università degli Studi di Palermo (Polo di AG)
già Assegnista di Ricerca di Diritto Costituzionale
Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

Resumen

El 4 de diciembre de 2016 los italianos fueron llamados a participar, a través de la votación, en el *referéndum* concerniente una ley constitucional que (en caso de resultado positivo), habría modificado de manera radical el ordenamiento constitucional italiano.

Entre las múltiples modificaciones que la reforma quería introducir, se enfocan los significativos cambios que la misma habría producido en materia de procedimiento legislativo.

En efecto, al final de la reforma, el sistema parlamentario italiano habría cambiado, transitando desde el llamado “bicameralismo paritario” hasta un sistema monocameral “asimétrico o diferenciado”. En consecuencia, habría cambiado el procedimiento legislativo, estructurándose en múltiples procedimientos, o variantes procedimentales, de los cuales se describe la disciplina, haciendo hincapié sobre algunos relevantes aspectos problemáticos. Se subraya, también, que la reforma, a través de la modificación del procedimiento legislativo, junto con la nueva disciplina constitucional de los decretos-leyes y de la nueva repartición de las competencias normativas entre el Estado y las Regiones, habría producido cambios importantes sobre las mismas características de las leyes y de los actos con fuerza de ley.

En conclusión, se plantean las posibles razones, políticas y jurídicas, que han llevado al resultado negativo del *referendum* constitucional.

■ Palabras clave:

Constitución; Constitución italiana; Reforma; Reforma constitucional; Ordenamiento Jurídico; *Referendum* constitucional; Ley constitucional; Cláusula de intangibilidad; Parlamento; Bicameralismo; Cámara de los diputados; Senado; Crisis; Ley; Actos con fuerza de ley; Decreto ley; Estado; Regiones; Autonomías territoriales; Tribunal Constitucional; Gobierno; Gobernabilidad

Abstract

■ **Keywords:**

Constitution; Italian Constitution; Reform; Constitutional Reform; Legal System; Constitutional Referendum; Constitutional Act; Constitutional Law; Parliament; Bicameralism, House of representatives; Senate; Crisis; Law; Legal Acts; Acts with force of law; Decree-Law; Regions; Territorial Autonomies; Constitutional Court; Government; Governability

On December 4, 2016, Italians were called upon a *referendum* to approve a constitutional law that would (if successful) radically change the Italian constitutional system.

Among the many changes that the reform intended to pursue, we are focusing on the significant changes it would bring in the legislative procedure. As a result of the reform, in fact, the Italian parliamentary system would be changed, passing from "bicameralism equal" to a "asymmetric or differentiated" monocameral system. Consequently, the legislative process would have changed, articulating into multiple procedures or procedural variants, of which the discipline is described, focusing on some relevant problematic profiles. It should also be noted that the reform, with the modification of the legislative procedure, together with the new constitutional discipline of the decree-law and the new division of normative

competences between the State and the Regions, would have produced important changes in the features of laws and acts with force of law.

Finally, we are questioning about the possible reasons, policies and legal issues, that have led to the negative outcome of the constitutional *referendum*.

I. Los términos del problema – II. El procedimiento bicameral: 1. La disciplina prevista por la reforma; 2. Aspectos problemáticos – III. Los procedimientos monocamerales (...con participación del Senado): 1. Premisa. Las características comunes; 2. El procedimiento monocameral «participado»; 3. El procedimiento monocameral «reforzado»; 4. El procedimiento monocameral «de balance»; 5. El procedimiento «a iniciativa legislativa del Senado» – IV. Las cuestiones de competencia – V. El procedimiento monocameral «con votación en fecha fija» y la nueva disciplina de los decretos-leyes: 1. La *ratio* de la reforma; 2. El procedimiento monocameral «con votación en fecha fija»; 3. La nueva disciplina de los decretos-leyes – VI. El nuevo sistema de repartición de las competencias normativas entre Estado y Regiones – VII. El resultado del *referendum*. ¿Cuáles han sido sus posibles razones? – Bibliografía

I. LOS TÉRMINOS DEL PROBLEMA

El 4 de diciembre de 2016 los ciudadanos italianos fueron llamados a participar, a través de la votación, en un *referéndum* constitucional¹ que, si hubiera tenido un

* Este trabajo recoge y desarrolla la ponencia defendida el 5 de mayo de 2017, en calidad de "Profesor Invitado" en la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

¹ El *referéndum* ha sido requerido en relación al texto de ley constitucional aprobado en segunda votación por la mayoría absoluta, pero inferior a los dos tercios de los miembros de cada una de las Cámaras, que ponía: «*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*», en G.U.R.I. del 15.04.2016, n. 88.

resultado positivo, habría modificado de manera radical el ordenamiento constitucional italiano.

La pregunta objeto del referéndum era la siguiente: «*¿aprobáis el texto de la ley constitucional sobre “disposiciones para la superación del bicameralismo paritario, la reducción del número de parlamentarios, la restricción de los costes para el funcionamiento de las instituciones, la supresión del CNEL² y la revisión del Título V³ de la Parte II de la Constitución”?*».

Probablemente, la redacción del texto de la pregunta objeto del referéndum conllevaba la concreta posibilidad de que la reforma fuese percibida por los ciudadanos –por lo menos por los que no están normalmente “involucrados” en asuntos jurídicos– como una modificación exclusivamente estructural de algunos órganos constitucionales (básicamente, de la composición y del funcionamiento del Senado⁴) - derivada de exigencias de reducción o contención de los gastos públicos, conectadas a una redefinición de las relaciones entre el Estado y las Regiones. Sin embargo, dicha reforma sometida a referéndum incidía en otras importantes cuestiones de alcance constitucional. En efecto, se trataba de una reforma que de haber salido adelante hubiera incidido también en el sistema general institucional y constitucional⁵ de Italia, entre otros aspectos, hubiera producido cambios radicales en lo concerniente al

² El CNEL es el “*Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro*”, que, como es bien sabido, es un órgano constitucionalmente relevante, que desarrolla funciones consultivas. El ordenamiento italiano reconoce al CNEL también poder de iniciativa legislativa, según lo establecido por el art. 71 Cost.

³ El título V de la Constitución concierne la relación entre el Estado, las Regiones y los demás entes territoriales.

⁴ Dicha hipótesis ha sido criticada por una parte de la doctrina ya durante la fase de debate del diseño de ley constitucional. En este sentido, por ejemplo, vid. G. AZZARITI, “Riforma del Senato. Questioni di metodo e di merito”, en *Astrid Rassegna*, n.8/2014, según el cual “el proyecto de ley constitucional que se está debatiendo en el Senado no parece, en realidad, preocuparse demasiado de las cuestiones esenciales. La cuestión principal (en realidad secundaria) parece ser la modalidad de composición del órgano: de una Cámara electiva se desea pasar a un órgano compuesto por miembros elegidos en segundo grado y designado por el Jefe de Estado. Solo en segundo lugar, se cuestiona las funciones del “nuevo” Senado. Debería ser al contrario” (literalmente: «*Il disegno di legge costituzionale in discussione al Senato non sembra, in realtà, preoccuparsi granché di questi essenziali profili. La questione principale appare essere quella (in realtà secondaria) delle modalità di composizione dell’organo: da una Camera elettiva si vorrebbe passare a un organo composto da membri di diritto eletti di secondo grado e nominati dal Capo dello Stato. Solo in seconda battuta ci interroga sulle funzioni del “nuovo” Senato. Dovrebbe essere il contrario...*»).

⁵ Las Constituciones, en efecto, son “conjuntos homogéneos” (“*insiemi omogenei*”) cuyo cambio, aunque sea parcial, determina siempre unas repercusiones sobre el más general sistema institucional y constitucional, pues sería un error grave cambiar una parte de la Constitución sin pensar en la modificación que de ello deriva con respecto a los equilibrios generales («*ripercussioni ...sul più generale sistema istituzionale e costituzionale... [sicché] ...sarebbe un grave errore cambiare una sua parte senza pensare alla modifica degli equilibri complessivi*». cfr. G. AZZARITI, “Riforma del Senato...”, *op. cit.*, p. 1).

procedimiento legislativo y a las características mismas de las leyes y de los actos con fuerza de ley.

Y ello, en efecto, en una concepción de “grande” reforma “*palingénésica*” de la Constitución⁶.

Así pues, bajo esta perspectiva –la posible reforma del procedimiento legislativo y de la configuración de las leyes y actos con fuerza de ley– se desarrolla las siguientes consideraciones. El punto de partida de esta investigación será la intención del legislador reformista de modificar el actual sistema parlamentario italiano con la finalidad de superar el llamado *bicameralismo paritario (o perfetto)*⁷, para sustituirlo, como ha advertido la doctrina, por un *bicameralismo “asimétrico”⁸, “diferenciado”⁹ o “ad assetto variabile”¹⁰*. En definitiva, más allá de las diferencias terminológicas, la reforma proponía modificar el actual sistema que atribuye a las dos Cámaras del Parlamento las mismas funciones (“*bicameralismo perfetto*”); configuración del Parlamento que ha venido distinguiendo a Italia de los demás ordenamientos constitucionales europeos.

En efecto, el artículo 70 de la Constitución Italiana (en adelante, CI) prevé que «*la función legislativa es ejercida colectivamente por las dos Cámaras*»¹¹, con lo cual la ley se aprueba solo cuando ambas Cámaras han aprobado el proyecto de ley con el “mismo texto”, de suerte que cada eventual modificación en cualquiera de las Cámaras comporta que haya que volver a someter el proyecto de ley a la otra Cámara. Además, según lo establecido por el art. 94 de la CI, cada una de las dos Cámaras puede conceder y revocar la “confianza” (*fiducia*) hacia el Gobierno¹².

⁶ Cfr. A. D’ATENA, “La revisione della Costituzione tra maggioritario e sindrome della grande riforma”, en *Diritto e Società*, núm. 1/2015, p. 30 ss.

⁷ Sobre las transformaciones que se están realizando en el sistema bicameral italiano, y también con referencia a la relación entre derecho constitucional y ciencia política, cfr. S. CECCANTI, *La transizione è (quasi) finita. Come risolvere nel 2016 i problemi aperti 70 anni prima*, Torino, 2016.

⁸ Cfr. S. STAIANO, “Le leggi monocamerali (o più esattamente bicamerali asimmetriche)”, en *www.italiadecide.it*

⁹ Cfr. E. ROSSI, “Il procedimento legislativo delle leggi “monocamerali”: prime considerazioni”, in *Rivista AIC*, n.3/2016, p.1

¹⁰ Cfr. M. LUCIANI, “Sul possibile funzionamento concreto del nuovo Senato” - Relazione al Seminario Astrid su “Riforma del bicameralismo, composizione e ruolo del senato”, Roma, 5 maggio 2016, en *www.astrid-online.it*, p.5: «Guardando al funzionamento in concreto [del nuovo Senato], però, sarebbe –credo– più preciso parlare di “bicameralismo ad assetto variabile”, perché, ribadisco ancora una volta, il disegno delle competenze senatoriali è così aperto che molto dipende da come esse saranno fattualmente e politicamente concepite dai partiti, da chi siederà in Senato e dal funzionamento dei pesi e contrappesi (dalle reazioni della Camera dei deputati, intendo, dalla forza del Governo, da come saranno strutturate le maggioranze senatoriali etc.)».

¹¹ En el idioma original: “*La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere*”, (art. 70 Cost. It.).

¹² Como es bien sabido, la concesión de la confianza es, en el ordenamiento italiano, el acto pródomo, y necesario para consentir al Gobierno de empezar a ejercer sus propias funciones.

La reforma sometida a referéndum iba a modificar radicalmente el sistema. Por un lado, la Cámara de los Diputados se habría quedado como la única elegida por sufragio universal y directo, manteniendo el poder de conceder (o revocar) la “*fiducia*” hacia el Gobierno, y jugando el papel de “protagonista” en el procedimiento legislativo. Por otro lado, las tareas del Senado –convertido en la Cámara de representación¹³ de las instituciones territoriales, de acuerdo al proyectado nuevo art. 55.5 de la CI– habrían sido sometidas a un fuerte cambio en el ámbito del *iter* legislativo.

Este último cambio ha sido objeto de valoraciones diametralmente opuestas en la doctrina constitucionalista italiana. En efecto, para un sector de la doctrina, que estaba de acuerdo con la reforma, las modificaciones previstas en la ley en relación al Senado habrían por fin «eliminado una duplicidad que no tenía ninguna utilidad»¹⁴, haciendo

¹³ A este respecto, Luciani subraya como significativamente la Reforma distinguía entre “*representación*” y “*representatividad*”, preveiendo que el nuevo Senado habría “*representado las instituciones territoriales*” (nuevo art. 55 Cost.), mientras que los nuevos senadores habrían sido “*representativos de las instituciones territoriales*” (nuevo art. 57 Cost.); y, también muy significativa era la opción del reformador de vincular la representación del Senado a las “*instituciones territoriales*” y no a las “*colectividades territoriales*”, cfr. M. LUCIANI, “Sul possibile funzionamento concreto del nuovo Senato”, *op cit.*, p.2, según el cual es «*importante il non detto del testo, e cioè che il Senato (proprio perché rappresenta le istituzioni) non rappresenta le collettività territoriali, il che spiega –credo– la volontà di non rompere la compattezza della rappresentanza della Nazione, affidata dall’art.55, terzo comma, a ciascun deputato*».

¹⁴ Cfr. C. PINELLI, “Perché...trasforma un doppione della Camera in un Senato che rappresenta le autonomie”, en AA.VV., *Perché SI’. Le ragioni della riforma costituzionale*, Bari-Roma, 2016, pp.13, 14,20: «*Sono settant’anni che ci teniamo due Camere elette allo stesso modo che fanno le stesse cose, e siamo l’unica democrazia parlamentare al mondo che se le tiene. Ci conviene tenerle ancora? La storia e un minimo di ragionamento dicono di no.... In termini pratici, dover approvare qualunque legge sempre due volte, e dover legare il governo alla fiducia di due Camere anziché di una sola, non è una gran trovata. D’altra parte, il meccanismo è pure molto rigido. Se il Senato è eletto come la Camera, deve fare le stesse cose della Camera. Non può dunque funzionare da contrappeso alla maggioranza parlamentare, dal momento che al Senato il governo deve avere la stessa maggioranza che ha alla Camera... La riforma del Senato si propone, eliminato un doppione che non serve, di far funzionare quello che non funziona nel rapporto tra centro e periferia. Per questo la riforma dà voce in un’assemblea democratica nazionale proprio agli enti che devono gestire i servizi più importanti per i cittadini. Per questo mette insieme Stato, Regioni e Comuni quando bisogna decidere la nostra posizione in Europa, evitando che ognuno vada per conto suo*». Así, además –según dicha orientación– “la reforma constitucional no reduce los espacios de democracias, sino que los aumenta por lo que concierne las relaciones entre el Estado y las Autonomías” (en el idioma original: “*la riforma costituzionale non riduce gli spazi di democrazia, e li aumenta per quanto riguarda i rapporti fra Stato e autonomie*”), porque mueve la toma de importantes decisiones –hoy en día atribuidas a un sistema de “Conferencias intergubernamentales” (pues en sede administrativa y reservada)– hacia la sede de la Asamblea parlamentaria (el Senado) “pública” y “política”, cfr. C.PINELLI, “Appunti sulla riforma costituzionale, con particolare riguardo al Senato” - Relazione al Seminario Astrid su “Riforma del bicameralismo, composizione e ruolo del senato”, Roma, 5 maggio 2016, en www.astrid-online.it. No obstante, a este respecto, ha sido observado que el nuevo Senado no determinaría la definitiva superación del sistema de las Conferencias, porque el Senado

más simple y eficiente el sistema legislativo, y, al mismo tiempo, dando voz, en una asamblea democrática, a los intereses de los entes territoriales. No obstante, para otra parte de la doctrina, la configuración del bicameralismo, en el sistema italiano, atribuyendo a las dos Cámaras el desempeño de las mismas funciones se efectúa en aras al mejor funcionamiento del sistema y al mantenimiento del equilibrio constitucional¹⁵.

En efecto, los padres constituyentes del año 1948 –según este último posicionamiento doctrinal– aceptaron la solución del “*bicameralismo paritario*”¹⁶ con el fin de –sobre todo teniendo en cuenta el delicado contexto histórico-político, caracterizado por el fin del fascismo y por la contraposición entre diferentes corrientes políticas cristianas, comunistas, laicas– que las dos Cámaras pudieran controlarse y equilibrarse recíprocamente. Así pues, sí es verdad que las dos Cámaras tienen las mismas funciones, aunque sería simplista afirmar que “hacen lo mismo”, porque, a través del desarrollo de las mismas funciones se controlan y equilibran mutuamente.

A luz de todo lo expuesto, cabe destacar que han sido muchos los *argumentos* que se han esgrimido a favor de la modificación del “*bicameralismo paritario*”. Se ha afirmado, por ejemplo, que se dotaría de mayor rapidez –“*velocizzazione*”– al procedimiento legislativo, o que se operaría una simplificación –“*semplificazione*”– del mismo. Ahora bien, es cierto y es un dato objetivo –lo que se afirma con absoluta

–dado que está compuesto por senadores “representativos” de las instituciones territoriales (pero que “no les representan”)– podría ser la sede de acuerdos y mediaciones “intrasujetivos”, pero no “intersujetivos” (que seguirían siendo demandados a las Conferencias), cfr. M. LUCIANI, “Sul possibile funzionamento concreto del nuovo Senato”, *op cit.*, p.6.

¹⁵ Cfr. G ZAGREBELSKY con F. PALLANTE, *Loro diranno, noi diciamo*, Roma-Bari, 2016 pp. 22,23 «*L'incongruenza, di per sé, non deriva dalla partecipazione paritaria a procedimenti comuni. Se le due Camere fossero espressione di "logiche e sostanze politiche" diverse, ma ugualmente apprezzabili e meritevoli di concorrere, ciascuna con il suo originale contributo, alla formazione delle decisioni politiche, non vi sarebbe ragione di scandalo. Anzi: la vita politica ne risulterebbe arricchita... Altrettanto comprensibile è l'esigenza di funzionalità delle istituzioni parlamentari, funzionalità che è precondizione... per l'efficace difesa della democrazia rappresentativa. Sotto questo aspetto, l'opinione comune è che il bicameralismo, così come l'abbiamo, sia difettoso. E' persino un'ovvietà... Si tratta appunto di un'ovvietà, ma forse un po' troppo ovvia. L'argomento del tempo raddoppiato sarebbe incontrovertibile se si trattasse dell'approvazione di una sola legge. Ma se le proposte di legge sono numerose e si accalcano contemporaneamente, creando ingorghi all'entrata del procedimento legislativo, disporre di due porte d'ingresso consente –per continuare nell'immagine– di smaltire il traffico con una velocità doppia.*

¹⁶ No obstante, dicha solución –como ha sido correctamente observado– fue el fruto, en sede de Asamblea Constituyente, de un compromiso entre los sostenedores de una Asamblea que representase las profesiones o las Regiones y los sostenedores de un sistema monocameral. Muy pronto, dicho compromiso suscitó unas perplejidades (se alude por ejemplo a las reflexiones de Meuccio Ruini) que volvieron a encender el debate constitucional para reformar el Senado, cfr. C. PINELLI, “Perché... trasforma un doppione della Camera in un Senato che rappresenta le autonomie”, *op. cit.*, p.13.

*wertfreiheit*¹⁷— que la opción de eliminar el “*bicameralismo paritario*” habría podido producir en el sistema constitucional un evidente «reforzamiento de la gobernabilidad». Sin embargo, tengo serias dudas —siempre sin ninguna valoración personal— a la hora de considerar que las palabras «rapidez» y «simplificación» sean las más adecuadas para describir el nuevo procedimiento legislativo resultante de la modificación prevista en la reforma constitucional.

Y todo ello, se quiere precisar, independientemente de la controversia sobre la nueva formulación del artículo 70 de la CI, referida a «la excesiva complejidad» del nuevo procedimiento legislativo; complejidad que vendría demostrada por el hecho de que el nuevo artículo 70 de la CI habría contenido hasta cuatrocientas noventa palabras, que contrastan con las nueve palabras que integraban el texto anterior¹⁸. Cambio que no debe extrañar, porque es consustancial al cambio de competencias atribuidas a las Cámaras, de suerte que al verificarse cambios competenciales, como los previstos en la reforma constitucional, es lógico que se produzcan cambios en los procedimientos, siendo entonces necesario un mayor número de palabras para describirlos¹⁹. Por otro lado, numerosos ejemplos de artículos largos que describen «procedimientos legislativos complejos» se encuentran, tanto en la experiencia constitucional comparada —bastaría con traer a colación, por ejemplo, el procedimiento previsto en los artículos 39 a 47 de la Constitución francesa o en los artículos 76 a 78 de la Constitución alemana—, como en la experiencia europea —sería suficiente recordar aquí la descripción del «procedimiento de codecisión» en la Unión Europea, el denominado, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, «procedimiento legislativo ordinario»—.

¹⁷ Cfr. M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr, Tübingen, 1922, trad. it P.ROSSI, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1958.

¹⁸ En este sentido, cfr. G. AZZARITI, “Perché no”, en *La Repubblica* del 17.10.2016, que cualifica el texto del nuevo artículo 70 Cost. como «un’articolazione in verità molto confusa»; G. ZAGREBELSKY con F. PALLANTE, *Loro diranno, noi diciamo, op.cit.*, p. 65: «Oggi l’art. 70 Cost. è lapidario: “la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere”. Sono nove parole, comprensibili da chiunque. La nuova versione voluta dai riformatori non è agevolmente riproducibile: ammonta a 432 parole, irte di rimandi interni (tecnica legislativa sconsigliata da tutti i manuali di legistica e mai comparsa prima in Costituzione)»; M. AINIS, “Il potere senza contrappesi”, en *Il Corriere della Sera* del 11.03. 2015.

¹⁹ Cfr. C. PINELLI, “Obiezioni e repliche sulla riforma costituzionale”, en *federalismi.it*, n.15/2016, p. 4, según el cual «Si lamenta che l’art. 70, che oggi consta di un solo rigo...con la riforma si compone di sette lunghi commi, trascurando che questo è l’effetto inevitabile della trasformazione del Senato in Camera rappresentativa degli enti autonomi (vedi gli artt.76-78 della Legge Fondamentale tedesca)». Análogamente, se subraya como el nuevo texto (mucho más largo) del art. 70 Cost. It. constituía una consecuencia directa de la “distribución asimétrica de la función legislativa” por parte de la Constitución, entre las dos Cámaras del Parlamento, cfr. N. LUPO, “I nuovi procedimenti legislativi: le (condivisibili) opzioni di fondo e qualche profilo problematico (risolvibile in sede attuativa)”- Relazione presso Fondazione ASTRID del 9 de mayo de 2016, en www.astrid-online.it, p. 1. Cfr., también, R. BIN, “Perché Sì”, en *La Repubblica* del 17.10.2016, según el cual «Il nuovo testo [dell’art. 70 Cost., n.d.r.] sarà lungo e brutto ma serve a distinguere con precisione le 14 leggi che saranno bicamerali dalle altre... L’apparente complessità del nuovo testo produce minore complessità nella sua applicazione».

El aspecto que resulta determinante –con respecto a la presente investigación– en la proyectada reforma constitucional, es que no cabe lugar a dudas de que haberse aprobado, el sistema constitucional italiano habría pasado de configurarse como un sistema basado en un único procedimiento legislativo a un sistema basado en múltiples y diferentes procedimientos legislativos.

El nacimiento de una pluralidad de procedimientos legislativos ha suscitado un interesante debate doctrinal acerca de la determinación del número de procedimientos previstos en la reforma constitucional. La doctrina no se ha puesto de acuerdo en relación al preciso número de nuevos procedimientos legislativos contemplados en el proyecto de reforma constitucional, lo que viene a evidenciar la complejidad de ésta. Algunos autores afirman que se proyectaban solo dos procedimientos, divididos a su vez en «variantes procedimentales»²⁰; otros autores, en cambio, individualizan un número mucho más elevado de procedimientos diferentes²¹. En todo caso, tanto si se califican sólo como «nuevos procedimientos» como si además se califican como «variantes procedimentales», al final de haber salido adelante la reforma, de hecho, habrían podido verificarse, por lo menos, siete distintas articulaciones procedimentales legislativas²², a saber: 1) un procedimiento bicameral (art. 70.1 CI); 2) un procedimiento monocameral “participado” (art. 70.2 y 70.3 CI); 3) un procedimiento monocameral “reforzado” (art. 70.4 CI); un procedimiento monocameral “de balance” (art. 70.5 CI); un procedimiento a iniciativa del Senado (art. 71.2 CI); 6) un procedimiento monocameral “con votación en fecha fija” (art. 72.7 CI); 7) un procedimiento de conversión de los decretos-leyes (art. 77 CI).

No obstante, es necesario precisar que la proyectada reforma constitucional no quería eliminar totalmente la «dimensión bicameral» que, aunque de forma más blanda,

²⁰ En este sentido, C. PINELLI, “Appunti sulla riforma costituzionale”, *op.cit.*, según el cual «In realtà la riforma prevede due tipi di procedimenti: quello che mantiene l’approvazione congiunta delle due Camere... e il procedimento di approvazione di tutte le altre leggi, attribuita alla Camera, su cui il Senato può deliberare proposte di modifica ferma l’approvazione definitiva da parte della Camera. Per questa tipologia sono previste varianti procedurali... E’ chiaro che, se consideriamo ogni variante come un tipo diverso di procedimento, il numero totale sale a sette o più: ma qual è il senso di questa scelta?». De la misma manera, por ejemplo, se ha afirmado que, al final de la reforma, las categorías de los procedimientos legislativos habrían sido dos: por un lado, el “procedimiento bicameral paritario” y, por otro lado, “el procedimiento a prevalencia de la Cámara”, estructurado en algunas “variantes”, cfr. N. LUPO, “I nuovi procedimenti legislativi: le (condivisibili) opzioni di fondo...”, *op.cit.*, pp. 3 e 4.

²¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY con F. PALLANTE, *Loro diranno, noi diciamo*, *op.cit.*, pp. 66-69, que individualiza hasta diez procedimientos; E. ROSSI, *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa, 2016, pp. 82 e ss., que individualiza nueve procedimientos distintos.

²² Se precisa que para cualificar las variantes del procedimiento legislativo determinadas por la reforma se han utilizado, instrumentalmente, dichas “categorías” –aunque no sean expresamente indicadas por el texto constitucional reformado– con la finalidad de subrayar las características principales de las distintas articulaciones procedimentales.

seguía existiendo en todas las variantes del procedimiento legislativo²³. Afirmación que se sustenta en dos significativas opciones del reformador: a) la opción de no dividir las competencias de las dos Cámaras en base a la distinción por «materias» entre Estado y Región²⁴, lo que habría excluido la intervención del Senado en las «materias» de competencia Estatal; b) consentir siempre la intervención del Senado en todos los procedimientos legislativos.

II. LOS PROCEDIMIENTOS BICAMERALES

1. La disciplina prevista por la reforma

La aprobación de la reforma proyectada hubiera supuesto que el procedimiento legislativo bicameral –es decir, el procedimiento actualmente vigente–, habría llegado a ser excepcional y aplicable exclusivamente para la aprobación de catorce tipos de leyes taxativamente indicadas por el nuevo art. 70.1 de la CI.

Ha de afirmarse que estos catorce tipos de leyes sometidas al procedimiento bicameral eran sustancialmente reconducibles a cuatro grandes categorías, cada una de las cuales requería la intervención paritaria del Senado por diferentes razones.

La primera categoría estaba constituida por las así llamadas «Leyes de garantía y de sistema», por ejemplo, leyes de revisión constitucional, leyes de tutela de las minorías lingüísticas, reglas sobre los referéndum populares. En definitiva, se trataba de leyes dotadas de una relevancia dentro del ordenamiento tan amplia que requería el consentimiento de cada una de las Cámaras.

La segunda categoría venía constituida por leyes concernientes al Senado y al *status* de la figura del Senador: por ejemplo, leyes sobre la elección del Senado, sobre la inelegibilidad o incompatibilidad con el oficio de senador, etc.

²³ Cfr. F.PIZZETTI, “Dal bicameralismo perfetto al bicameralismo asimmetrico: il nuovo Senato della Repubblica” – Relazione al Convegno Astrid su “Riforma del bicameralismo, composizione e ruolo del senato”, Roma, 5 de mayo de 2016, en www.astrid-online.it, p. 2, que –excluyendo la posibilidad de que el nuevo Senado fuese una “Cámara con competencias débiles y funciones limitadas y marginales”– considera que el nuevo *bicameralismo* dibujado por la reforma, a pesar de ser “*asimétrico*”, habría seguido manteniendo una “estructura fuerte”.

²⁴ Dicha opción ha sido compartida por parte de la doctrina, cfr., por ejemplo, N. LUPO, “I nuovi procedimenti legislativi”, *op.cit.*, pp. 2, 3. Otros autores, en cambio, han subrayado las criticidades de la misma, cfr. U. De SIERVO, “Appunti a proposito della brutta riforma costituzionale approvata dal Parlamento”, en *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 2 e ss., que destaca que las leyes reservadas al procedimiento bicameral son unificadas (literalmente, «*unificate dallo loro estraneità ai non pochi ambiti legislativi nei quali il nuovo art. 117 riserva alla legge statale la ulteriore specificazione dei confini fra le materie statali e regionali*», cosicché «*i nuovi senatori sarebbero chiamati ad occuparsi di politica estera e comunitaria, di assetto dell’amministrazione locale, di istituti di democrazia diretta, di ordinamento elettorale delle Regioni, ecc. ma non di ciò che le Regioni devono fare*»).

La tercera categoría estaba conformada por leyes que tienen una importancia en la ordenación jurídica del ámbito regional y local: por ejemplo, las leyes sobre las elecciones, sobre los órganos de gobierno y las funciones fundamentales de los entes locales, leyes por las que se conceden las especiales formas de autonomía a las Regiones *ex art. 116 CI*, etc. En el ámbito de esta categoría cabría incluir también las leyes que disciplinan el poder de sustitución *ex art. 120 de la CI*; es decir, la prerrogativa del Estado de sustituir, en el plano administrativo, a los órganos de las Regiones y de los entes locales en el caso de «*inobservancia de la normativa internacional y comunitaria*», en el caso de «*grave peligro para la incolumidad y seguridad pública*» y en los supuestos de la necesaria «*tutela de la unidad jurídica o de la unidad económica*» del país.

Al hilo de la inclusión de la prerrogativa de sustitución a la que nos hemos referido, suscitó cierta perplejidad²⁵ la opción de la reforma proyectada de no sujetar también al procedimiento bicameral la «cláusula de supremacía» prevista por el art. 117.4 de la CI. Debe recordarse que esta cláusula, prevista *ex novo* por la reforma, permitía al Estado intervenir normativamente sobre materias –no reservadas a la *legislación exclusiva*– de competencia regional; intervención que se justificaba en dos supuestos, a saber: la «*tutela de la unidad jurídica o económica de la Republica*» y «*la tutela del interés nacional*». Perplejidad que se deriva de la constatación de que los supuestos en los que se permite la operatividad de la cláusula de sustitución coinciden con dos de los supuestos previstos para la operatividad de la prerrogativa de sustitución a la que nos hemos referido anteriormente, y cuya aplicación sí se sujeta al procedimiento bicameral.

En la cuarta categoría se integran las leyes que conciernen el ordenamiento de la Unión Europea: por ejemplo, leyes de autorización de la ratificación de los Tratados sobre la pertenencia de Italia a la Unión Europea y leyes que disciplinan la participación de Italia en la formación y actuación de la normativa y de las políticas de la Unión Europea. Esta categoría era, probablemente, la más criticable de todas²⁶, puesto que la autorización de la ratificación de un Tratado es un acto típico de la

²⁵ En efecto, se consideraba necesario condicionar también la “cláusula de supremacía” al procedimiento bicameral y al consentimiento “paritario” del Senado, cfr. S. MANGIAMELI, “Rivedere il Senato come Camera di garanzia, rimanendo Camera territoriale?” - Audizione innanzi alla I commissione del Senato della Repubblica sul progetto di revisione della Parte II della Costituzione del 27.07.2015, en www.osservatorioaic.it, p. 6, 7 según el cual «*l'unico oggetto del c.d. procedimento aggravato sono le leggi che danno attuazione all'articolo 117, comma 4. Per intenderci quelle che afferiscono all'esercizio della potestà legislativa nelle materie regionali in forza della clausola di supremazia/flessibilità. Ora proprio queste leggi, per l'incidenza che hanno, richiederebbero il procedimento bicamerale, secondo il principio che scambia la competenza con la partecipazione*»; cfr. *Id.*, *Quale ruolo del novo Senato: composizione, rappresentanza e procedimenti alla luce del riparto delle competenze*, en <http://italianpapersonfederalism.issirfa.cnr.it>, n. 3/2015.

²⁶ Algunos autores –a pesar de reconocer los perfiles problemáticos– consideran que dicha disposición podía representar el fisiológico desarrollo del poder ya reconocido a las Regiones, *ex art. 117, coma 5 Cost.*, de participar a las decisiones dirigidas a la formación de los actos normativos de la UE y a su ejecución y actuación, cfr. M. D'AMICO – G. ARCONZO – S. LEONE, *Come cambia la Costituzione?*, Torino, 2016, p. 31.

soberanía estatal –cuya expresión parlamentaria, en la reforma, residía solo en la Cámara–; de suerte que, si venía reconocida dicha competencia también al Senado, no se entendía porque el procedimiento bicameral no venía previsto también para la «ratificación de los Tratados internacionales»²⁷.

En definitiva, la reforma constitucional incidía exclusivamente en su configuración como procedimiento tasado para la aprobación de una serie de leyes, no afectando dicha reforma al procedimiento en sí mismo considerado, puesto que éste presentaba las mismas características del actualmente en vigor: podía empezar indiferentemente en cada una de las dos Cámaras, se desarrollaba con el sistema de las “navette”²⁸, la aprobación de la ley requería la «doble lectura conforme» de ambas cámaras, etc.

2. Aspectos problemáticos

El aspecto más complejo del procedimiento bicameral estaba identificado en la disposición contenida en el apartado primero del nuevo art. 70 de la CI, según la cual las leyes bicamerales habrían tenido que presentar «*oggetto proprio*» y habrían podido ser abrogadas, modificadas o derogadas «*solo de forma expresa y por otras leyes bicamerales*».

La reforma proyectada suponía introducir en el sistema de fuentes italianas un nuevo tipo de ley, la «ley bicameral» como ley reforzada tanto por su contenido como por su procedimiento²⁹. Suponía introducir un acto normativo que, en algunos aspectos,

²⁷ Aunque es verdad –como ha sido correctamente observado– que, con referencia a dicha disposición, el “*criterio literal*” (que excluiría la participación del Senado a la función legislativa acerca de la autorización a la ratificación de los tratados internacionales) podría ser superado (justificando, pues, un procedimiento bicameral) en relación a algunos tratados internacionales (como, por ejemplo, el *Fiscal Compact*). En este caso, en efecto, se podría hacer hincapié en el “*criterio teleológico*” (teniendo en cuenta las específicas finalidades del tratado), y en el “*criterio sistematico*”, tratándose de un tratado (como el *Fiscal Compact*) suscrito por los Estados miembro de la UE, y destinado a ser absorbido en el derecho de la UE a través de trámites de las Instituciones UE que requieren la actuación de los Estados. Así pues, como ha sido afirmado, «*Vi sono buone ragioni di ordine istituzionale per ritenere che leggi di autorizzazione a ratificare trattati internazionali come il Fiscal Compact rientrino nella categoria delle leggi bicamerali*», cfr. C. PINELLI, “Le funzioni del nuovo Senato in riferimento all’adesione della Repubblica all’Unione Europea”, en *Rivista AIC*, n. 1/2016, pp. 1, 2 (al que se reenvía para un análisis detallado de las funciones del Senado, y de las problemáticas conectadas, concernientes la adhesión a la Unión Europea).

²⁸ Como es bien sabido, el sistema de las “navette” representa aquel mecanismo en base al cual, en Italia, el proyecto de ley tramita entre las dos Cámaras hasta la aprobación del mismo texto por parte de ambas.

²⁹ Cfr. N. LUPO, “I nuovi procedimenti legislativi...”, op.cit., pp. 4,9, según el cual la categoría de las leyes bicamerales paritarias presentaba “todas las características de una categoría distinta de “acto-fuente”, en la cual el elemento común consistía en la directa aplicabilidad del dictado constitucional: «*il comune denominatore di questa categoria di leggi può infatti essere individuato nel loro carattere direttamente attuativo della carta costituzionale, oltre che nella distinzione formale –competenziale rispetto alle (altre) leggi*

recordaban a las leyes orgánicas –“*leggi organiche*”– nacidas con la Constitución francesa de 1958 y luego acogidas también en la Constitución española de 1978.

La afirmada complejidad radica en que el apartado primero, última parte, del artículo 70 de la CI presentaba aspectos problemáticos. En primer lugar, era problemática la condición según la cual la ley bicameral habría tenido que presentar un «*objeto propio*», dado que la concepción de «objeto propio» presenta una conexión muy estrecha con la idea de «*objeto homogéneo*»³⁰. Y es interesante observar que la reforma proyectada, en varias ocasiones, haya introducido el parámetro de la «*homogeneidad normativa*» –como por ejemplo, con referencia a las leyes bicamerales, a los decretos-leyes, a las leyes de conversión o al procedimiento con votación en fecha fija–. Sin embargo, ha sido resaltado que la «*homogeneidad normativa*», de matriz pretoria³¹, es un concepto caracterizado por cierta incertidumbre porque, a menudo, resulta difícil su definición³².

Cabe preguntarse cuando, en efecto, una norma puede ser definida como homogénea. ¿Cuándo se refiere al mismo sector (criterio objetivo)? ¿Cuándo tiende a conseguir la misma finalidad aunque incida sobre sectores diferentes (criterio teleológico)? ¿Cuándo existe una única competencia ministerial para intervenir en el ámbito normativo de referencia (criterio subjetivo)?

En segundo lugar, la condición del “objeto propio y homogéneo” habría introducido un nuevo vicio de ilegitimad constitucional, integrando su inobservancia una especie de *tertium genus* entre el vicio formal y el vicio material³³. En efecto, una ley bicameral considerada “sin objeto propio” habría sido, al mismo tiempo, inconstitucional tanto por un vicio procedimental –la ausencia de un requisito del procedimiento bicameral– como por un vicio sustancial –el contenido no homogéneo–.

ordinarie e nel procedimento di formazione in qualche modo aggravato rispetto a quello ordinario».

³⁰ Cfr. P. CARNEVALE, “Brevi considerazioni in tema di «oggetto proprio», clausola di «sola abrogazione espressa» e «riserva di procedimento» per le leggi bicamerali dell’art. 70”, en *federalismi.it*, n. 5/2016, p. 2 e ss, p. 9.

³¹ Cfr. Cort. cost., sent. n. 16/1978, que, volviendo a determinar los límites de admisibilidad de las peticiones de *referendum* abrogativo, introdujo el requisito de la “homogeneidad” de la pregunta, considerando que fuese una necesidad que el “cuerpo normativo” objeto de la pregunta referendaria reflejase una “matriz racionalmente unitaria” que llevase a cabo un único principio inspirador.

³² Cfr. P. CARNEVALE, “Giuridificare un concetto: la strana storia della “omogeneità normativa””, en *federalismi.it*, n. 1/2014, pp. 3 e ss., 9, que, con referencia al concepto de “homogeneidad normativa”, subraya «*la sua strutturale indeterminatezza, ascritta per lo più all’assenza di individuazione di un fundamentum relations; cosa che, per un criterio tipicamente relazionale come quello in esame, è difetto da non poco*».

³³ Cfr. G. BRUNELLI, “Alcuni nodi (che andranno sciolti) presenti nel procedimiento legislativo bicamerale e nel “voto a data certa””- Relazione al secondo seminario Astrid sulle reformas constitucionales del 9 maggio 2016, en *www.astrid-online.it*, pp. 8 e ss., según el cual el control sobre el objeto “propio y homogéneo” integraría «*un controllo relativo, nell’ipotesi qui considerata, a un vizio procedurale...che si colloca pertanto in una sorta di «zona di confine» tra vizio formale e vizio materiale*».

Pero la complejidad no acaba ahí, puesto que hubiera dado lugar a problemas todavía más complejos la otra condición prevista según la cual la abrogación de las leyes bicamerales solo habría podido verificarse “*en forma expresa*” y “*en base a otras leyes bicamerales*”. En resumen, la ley bicameral habría llegado a ser una ley con una fuerza pasiva especial, no susceptible de “abrogación tacita o implícita”³⁴ ex art. 15 de las *preleggi*³⁵.

En definitiva, se podía dar la paradoja de que lo previsto en el apartado primero, última parte, del nuevo artículo 70 de la CI, queriendo garantizar la *certidumbre del derecho* y la *coherencia del ordenamiento*, de hecho, como ha sido resaltado³⁶, habría puesto las bases para casos irresueltos de *incertidumbre del derecho*: en todos los supuestos (frecuentes) de falta de coordinación, por parte del legislador, entre normas nuevas y anteriores normas. En efecto, en ausencia de una abrogación expresa, habrían tenido, en todo caso, que coexistir normas incompatibles entre ellas, generándose una “antinomía” imposible de solucionar.

III. LOS PROCEDIMIENTOS MONOCAMERALES (...CON PARTICIPACIÓN DEL SENADO)

1. Premisa. Las características comunes

Todos los procedimientos «monocamerales» previstos por la reforma –es decir, los procedimientos en los cuales la Cámara de los Diputados habría desarrollado un papel principal y preponderante–, aunque se diferenciaban entre ellos por significativas variantes procedimentales (como se expondrá más adelante), se caracterizaban, de todos modos, por tener algunos elementos comunes. En primer lugar, el Senado siempre estaba involucrado en el procedimiento legislativo, a través de la inmediata remisión del proyecto de ley aprobado por la Cámara de los Diputados. En segundo lugar, siempre se permitía al Senado examinar el texto aprobado por la Cámara de los Diputados; examen que, según los casos, podía ser obligatorio o facultativo. La tercera característica común residía en el hecho de que la Cámara de los Diputados, en su

³⁴ Cfr. G. BRUNELLI, “Alcuni nodi (che andranno sciolti)...”, *op. cit.*, 9: «*Quanto all’obbligo costituzionale di abrogazione “espressa” delle leggi bicamerali, si è notato che non risulterebbe applicabile a tali leggi l’abrogazione tacita come prevista dall’art. 15 delle preleggi, per cui in caso di incompatibilità tra le due leggi (bicamerali), la seconda non avrebbe la forza di modificare o abrogare tacitamente la precedente che dovrebbe comunque prevalere*».

³⁵ Las “*preleggi*”, como es bien sabido, son las Disposiciones sobre la ley en general, aprobadas preliminarmente al Código Civil italiano con el Real Decreto de 16 de marzo de 1942, n. 262.

³⁶ Cfr. M.LUCIANI, “Appunti per l’audizione innanzi la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica”, 28 luglio 2015, en *www.senato.it*, pp. 5 e ss., según el cual «[en ausencia de coordinamiento entra normas nuevas y antiguas incompatibles, n.d.r.] *Queste, che secondo i principi (art. 15 disp.prel.c.c.) dovrebbero essere abrogate per incompatibilità, non potrebbero esserlo, sicché resterebbero in vigore due serie incoerenti di norme...* ».

configuración como cámara preponderante, podría siempre superar las modificaciones propuestas por el Senado.

Este último aspecto se ha interpretado por los opositores³⁷ de la reforma como una demostración del definitivo «vaciado» del papel atribuido al Senado en el procedimiento legislativo; no obstante, para otra parte de la doctrina³⁸ esta tercera característica no adquiriría especial relevancia al considerar que era difícil especular, desde un punto de vista político –antes que jurídico–, que el dictamen del Senado, en calidad de ente representativo de las instituciones territoriales, hubiera podido ser totalmente desatendido o ignorado por la Cámara de los Diputados.

2. El procedimiento monocameral «participado»

El procedimiento monocameral «participado», previsto en los apartados 2º y 3º del artículo 70 de la CI, habría podido llegar a configurarse como el procedimiento legislativo «ordinario» en cuanto se preveía su aplicación para la aprobación de todas las demás leyes no incluidas en el listado establecido en el apartado 1º del art 70 de la CI.

Dicho procedimiento se desarrollaba, sustancialmente, a través de tres fases: a) la Cámara de los Diputados aprobaba el proyecto de ley, que era inmediatamente transmitido al Senado; b) el Senado, en el plazo de diez días, podía proceder a examinar el proyecto de ley si lo pedía un tercio de sus componentes, y deliberar sobre su modificación, dentro de los treinta días siguientes; c) en todo caso, se atribuía a la Cámara de los Diputados, la tarea de adoptar la decisión final, pudiendo rechazar todas las modificaciones propuestas por el Senado.

La configuración jurídica de este procedimiento previsto por la reforma, adolecía de cierta incertidumbre, por lo menos, en dos aspectos. En primer lugar, no estaba claro cuál era el *dies a quo* a partir del cual había de computarse el plazo de treinta días dentro del cual el Senado podía deliberar propuestas de modificación³⁹, lo que habría

³⁷ Cfr. G. AZZARITI, “Riforma del Senato...”, *op. cit.*, p. 2, según el cual «*il disegno di legge costituzionale definito dal Governo...perviene alla definizione di un organo di vertice dell’ordinamento costituzionale (il «nuovo» Senato) fragile e politicamente inutile*».

³⁸ A este respecto, en efecto, ha sido subrayado como la circunstancia que las propuestas de modificación del Senado fuesen siempre superables por la Cámara (en los procedimientos “monocamerales”) no implicaba en sí, por obvias “razones políticas”, que el Senado tuviese un papel secundario en el procedimiento. En efecto, «*a chi, approvando una legge, conviene inimicarsi l’organo che rappresenta i soggetti (Regioni e Comuni) che quella legge dovranno applicare? Regioni e Comuni possono in questo modo esprimere al governo e alla Camera le loro perplessità prima che la legge completi il suo percorso...*», en este sentido, R. BIN, “Perché... semplifica il procedimento legislativo”, en AA.VV., *Perché SI...*, *op. cit.*, p. 26.

³⁹ Cfr. N. LUPO, “I nuovi procedimenti legislativi: le (condivisibili) opzioni di fondo...”, *op. cit.*, p. 13, que –subrayando la incertidumbre de dicho plazo– destacaba que «*va definito l’output della delibera del Senato, da assumere nei 30 giorni successivi (non è chiaro se successivi alla richiesta di attivazione o al decorso dei 10 giorni previsti per la richiesta, anche ove tale richiesta sia già intervenuta)*».

creado cierta incertidumbre, tratándose, en efecto, de un plazo perentorio, conectado, además, a consecuencias relevantes: según el apartado 3º, última parte, del nuevo art. 70 de la CI, la caducidad del plazo para que el Senado deliberase habría permitido la promulgación de la ley.

En segundo lugar, no eran muy claras las consecuencias de la aprobación solo *parcial*, por parte de la Cámara de los Diputados de las modificaciones propuestas por el Senado. Supuesto de aprobación parcial en el que, probablemente, es razonable sostener, partiendo de la premisa del alumbramiento de un «nuevo texto normativo», que habría exigido volver a remitirlo nuevamente al Senado, para ser examinado de nuevo⁴⁰.

3. El procedimiento monocameral «reforzado»

El procedimiento monocameral «reforzado», previsto en el apartado 4 del nuevo art. 70 de la CI, se habría aplicado a las leyes de actuación de la denominada «cláusula de supremacía» prevista en el nuevo apartado 4º del art. 117 de la CI. Cláusula novedosa, como ya se ha expuesto, que habría permitido al Estado intervenir normativamente en materias de competencia regional de forma justificada bien por la «*tutela de la unidad jurídica o económica de la Republica*» o bien por «*la tutela del interés nacional*».

Debido a la especial relevancia de los intereses implicados⁴¹, y teniendo en cuenta que la aplicación de la cláusula de supremacía habría dado lugar a una fuerte disminución

⁴⁰ En este sentido, cfr. N. LUPO, “I nuovi procedimenti legislativi...”, *op.cit.*, p. 13 «*La Camera può...c) non concludere il procedimento in questione e magari identificare un accoglimento parziale della modifica approvata dal Senato. In quest’ultimo caso, però, il procedimento non può a mio avviso non ravvisarsi*». Análogamente, cfr. E. ROSSI, “Il procedimento legislativo delle leggi “monocamerale”...”, *op.cit.*, p. 185, según el cual «*non [si] escluderebbe la possibilità per la Camera di approvare emendamenti tali da rendere la legge «nuova» rispetto a quella approvata in prima lettura e trasmessa al Senato... Qualora infatti la Camera approvasse il d.d.l. con modifiche, si porrebbe la domanda se esso debba tornare al Senato per un nuovo esame (in quanto legge «nuova», e sulla quale pertanto il Senato non si è ancora espresso). Qualora la Camera ritenesse di non trasmettere il testo al Senato (ritenendolo «non nuovo», e in forza di una possibile interpretazione della previsione costituzionale che attribuisce alla Camera l’approvazione definitiva), non potrebbe escludersi un rinvio del Presidente della Repubblica e forse anche la richiesta di giudizio di costituzionalità per vizio del procedimento*».

⁴¹ Cfr. M. D’AMICO – G. ARCONZO – S. LEONE, *Come cambia la Costituzione?*, *op.cit.*, p. 32 que considera el procedimiento previsto por el art. 70, apartado 4, «*un procedimento che vede maggiormente “garantita” la posizione del Senato e delle autonomie territoriali di cui è espressione; e si capisce, se si considera che far scattare la clausola di supremazia significa consentire allo Stato di sottrarre spazi di competenza legislativa regionale per preminenti interessi di unità giuridica o economica*»; cfr. N. LUPO, “I nuovi procedimenti legislativi...”, *op.cit.*, 15, según el cual «*la ratio di questo procedimento speciale mi pare abbastanza chiara. In sostanza, il legislatore costituzionale, nel prevedere la “clausola di supremazia” per la legislazione statale... ha avvertito l’esigenza di rendere più incisiva la partecipazione del Senato alla loro formazione, visto che per definizione esse intervengo su materie che rientrano, anche esclusivamente, nella competenza legislativa regionale: e*

del ámbito competencial reconocido a las regiones por la Constitución, este procedimiento requería una «doble mayoría absoluta» –“doppia maggioranza assoluta”–, dado que si el Senado proponía modificaciones al texto remitido por la Cámara de los Diputados con mayoría absoluta, la Cámara de los Diputados podía rechazarlas únicamente mediante mayoría absoluta. Dicha condición ha sido objeto de distinta valoración, de suerte que para un sector doctrinal, los opositores a la reforma, no ha sido considerada suficientemente *garantista*⁴², otro sector doctrinal ha afirmado su adecuación al fin perseguido⁴³.

4. EL PROCEDIMIENTO MONOCAMERAL «DE BALANCE»

El procedimiento monocameral «de balance» venía establecido en el apartado 5 del nuevo art. 70 de la CI, y estaba previsto para la aprobación de las leyes en materia de balance ex art. 81.4 de la CI.

Según dicho procedimiento, una vez aprobado el proyecto de ley por la Cámara de los Diputados, su examen por parte del Senado era obligatorio; de suerte que el Senado podía deliberar propuestas de modificaciones en el plazo de 15 días⁴⁴ a partir de la fecha de remisión. En cualquier caso, también en este procedimiento la Cámara de los Diputados tenía siempre la última palabra dado que se le atribuía la competencia de adoptar la decisión final.

5. El procedimiento «a iniciativa legislativa del senado»

La reforma constitucional proyectada quería modificar el art. 71 de la CI para reconocer al Senado entre los sujetos legitimados para ejercer la iniciativa legislativa⁴⁵.

lo ha fatto unicamente innalzando la maggioranza necessaria perché la Camera decida difformemente al Senato...».

⁴² Cfr. G. AZZARITI, “Riforma del Senato...”, *op. cit.*, p. 3, según el cual, también en este procedimiento, «[il Senato esprime] pareri deboli che possono essere facilmente superati dalla Camera, anche nei casi più delicati, essendo richiesta al massimo la maggioranza assoluta, vale a dire un quorum facilmente raggiungibile».

⁴³ Cfr. M. LUCIANI, “Sul possibile funzionamento concreto del nuovo Senato”, *op. cit.*, p. 4, que consideraba el procedimiento disciplinado por el nuevo art. 70, co. 4 Cost. «un procedimento nel quale la posizione del Senato è fortemente valorizzata, sicché l’eventuale dissenso senatoriale può porre un problema politico anche di primaria importanza...».

⁴⁴ Dicho plazo ha sido criticado por ser muy corto (respecto al plazo previsto en el procedimiento monocameral “participado”), cfr. M. COLLEVECCCHIO, “I poteri del nuovo Senato in materia di bilancio: una soluzione debole”, en *Rassegna Astrid*, n. 10/2016. Y todo ello también en consideración de su carácter perentorio, cfr. N. LUPO, “I nuovi procedimenti legislativi: ...”, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁵ A este respecto, ha sido subrayada la “singularidad” de dicha disposición que atribuía al Senado (Asamblea que habría representado no la Nación, sino las instituciones territoriales) el poder de iniciativa legislativa sobre materias reservadas a la función legislativa de la Cámara de los diputados, cfr. F. PIZZETTI, “Dal bicameralismo perfetto al bicameralismo asimmetrico: ...”, *op. cit.*, p. 13, según el cual «La norma [l’art. 71, comma secondo] in sé

De acuerdo al nuevo procedimiento previsto, el Senado, por mayoría absoluta de sus miembros, podía requerir a la Cámara de Diputados para que deliberase sobre un proyecto de ley; y ésta habría «tenido»⁴⁶ que pronunciarse, positivamente o negativamente, en el plazo de seis meses. Así estructurado, dicho procedimiento habría, seguramente, constituido un instrumento válido para hacer que «el papel del Senado fuese más incisivo»⁴⁷. Sin embargo, es interesante destacar que «la obligación de deliberar» atribuida a la Cámara de los Diputados no llevara aparejada la imposición de ninguna sanción ante su posible incumplimiento.

En consecuencia, también la configuración de este procedimiento hacia aflorar cierta incertidumbre en cuanto a su operatividad práctica porque no preveía ninguna consecuencia ante el supuesto de inobservancia del plazo de seis meses previsto para la deliberación por la Cámara de los Diputados de la iniciativa legislativa formulada por el Senado.

IV. LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA

La previsión de un sistema legislativo tan complejo, como el que la reforma quería establecer, ponía las bases para posibles conflictos de competencia entre ambas Cámaras. En efecto, piénsese en el hecho, muy probable, de que dichos conflictos se habrían podido verificar en todos los casos en los que la Cámara de Diputados y el Senado no se hubieran puesto de acuerdo sobre la «naturaleza» del proyecto de ley y, en consecuencia, sobre el «procedimiento legislativo» que había de seguirse para su

appare piuttosto singolare. E' evidente, infatti, che la proposta di legge del Senato non può, per ragioni di razionalità di sistema, riguardare altro che le materie attribuite alla funzione legislativa della sola Camera e dunque al procedimento legislativo monocamerale. Occorre, allora, chiedersi quale sia la ragione per la quale il potere di proposta, relativa necessariamente alle materie riservate all'esercizio della funzione legislativa della Camera, sia riconosciuto anche a un'Assemblea che non ha rappresentanza generale della Nazione ma solo quella delle istituzioni territoriali».

⁴⁶ Cfr. E. ROSSI, “Il procedimento legislativo delle leggi “monocamerali”...”, *op.cit.*, p. 174, que, en efecto, habla de “*eficacia reforzada*” del procedimiento previsto por el apartado 2 del art. 71 Cost., productivo de “la obligación de la Cámara de proceder al examen y a la deliberación” (“*obbligo in capo alla Camera di procedere all’esame e alla deliberazione*”) dentro de seis meses a partir de la deliberación del Senado.

⁴⁷ En este sentido Pinelli, consideraba que dicho procedimiento habría reforzado el papel del Senado, sobre todo si la iniciativa legislativa hubiese sido conectada al ejercicio de su nueva función (atribuida por la reforma) de “evaluación de las políticas públicas y de las actividades de las públicas administraciones” y de “verificación del impacto de las políticas UE”, cfr. C.PINELLI, “Obiezioni e repliche sulla riforma costituzionale...”, *op.cit.*, p. 6: «*Il comma aggiunto all’art. 71 Cost., con l’attribuire al Senato il potere di “richiedere alla Camera dei deputati di procedere all’esame di un disegno di legge” con deliberazione adottata a maggioranza assoluta dei suoi componenti, prefigura un circuito fra deliberazione legislativa (o di politiche pubbliche), valutazione e verifica della sua attuazione anche in termini di efficacia, e iniziativa legislativa supportata da tali elementi cognitivi e valutativi, che, opportunamente utilizzato, renderebbe il ruolo del Senato assai più incisivo di quanto non risulti dalla sola lettura dell’art. 55, quarto comma.*».

tramitación. Es suficiente traer a colación, por ejemplo, el supuesto frecuente en el cual la ley no tenga un único objeto y abarque sectores diferentes.

Por esta razón, la reforma introducía en el art. 70.6 de la CI, una especie de «cláusula de salvaguardia», atribuyendo a los Presidentes de las dos Cámaras la tarea de solucionar «eventuales cuestiones de competencia» a través de un «acuerdo» («*intesa*»). No obstante, esta formulación no era suficiente para construir una «*adeguada*» cláusula de salvaguardia, puesto que los «acuerdos» entre los Presidentes de las Cámaras no habrían sido incuestionables⁴⁸ y, además, no era cierto que hubiese sido posible alcanzar siempre un acuerdo⁴⁹.

Así pues, en base al sistema previsto por la reforma, en todos los casos de falta de acuerdo entre los Presidentes de las Cámaras o de oposición al mismo, el conflicto habría sido sometido a la decisión de la *Corte Costituzionale*, llamada a intervenir preventivamente, a través de un «conflicto de atribución»⁵⁰, o sucesivamente, a través del juicio de legitimidad constitucional «en vía incidental» por vicios *in procedendo*.

En definitiva, la disciplina introducida por la reforma habría atribuido, en algunos supuestos, a la *Corte Costituzionale* un papel decisivo y determinante en el iter legislativo, con evidentes consecuencias negativas⁵¹ para el sistema. Se habría modificado la tradicional y característica función de la *Corte Costituzionale*

⁴⁸ Cfr. G. BRUNELLI, “Alcuni nodi (che andranno sciolti)...”, *op. cit.*, p. 7, que subraya la inadecuación del sistema “del acuerdo entre los Presidentes de las Cámaras” en consideración “de la falta de previsión de la expresa insindicabilidad en todas las sedes de dicho acuerdo. En efecto, según el autor, con la reforma «*Nasce il problema (assai controverso in dottrina) dell’adeguatezza o meno dell’intesa presidenziale a costituire una barriera efficace contro la possibile moltiplicazione dei casi di vizi formali di legittimità delle leggi. Non sono pochi i commentatori che rispondono negativamente a questa domanda, sottolineando che sarebbe stato necessario stabilire nel testo stesso della Costituzione l’esplicita insindicabilità in ogni sede dell’intesa e/o la possibilità di convocare un organo apposito, comitato o commissione (le cui determinazioni avrebbero dovuto comunque essere sottratte ad ogni controllo esterno...)*».

⁴⁹ El problema es, por ejemplo, subrayado por M. D’AMICO – G. ARCONZO – S. LEONE, *Come cambia la Costituzione?*, *op.cit.*, p. 33.

⁵⁰ En este sentido, cfr. G. BRUNELLI, “Alcuni nodi (che andranno sciolti)...”, *op. cit.*, p. 7: «*il meccanismo [dell’intesa tra i Presidenti delle Camere] oggi previsto implica l’eventualità di un intervento successivo della Corte costituzionale volto a sindacare il rispetto delle norme costituzionali che disciplinano le competenze delle due Camere nel procedimento legislativo, ad esempio in sede di conflitto di attribuzione*».

⁵¹ A este propósito, cfr. P. PASSAGLIA, “Il presumibile aumento delle denunce di vizi procedurales e l’ampliarse di una «zona d’ombra» della giustizia constitucional”, en *federalismi.it*, n. 5/2016. Cfr., también, M. LUCIANI, “Sul possibile funzionamento concreto del nuovo Senato”, *op cit.*, p. 5 que destaca que la decisión de la reforma de disciplinar detalladamente en la Constitución el procedimiento legislativo habría conllevado, inevitablemente, la “intromisión fatal del juez constitucional”. En efecto, según el autor, «*l’aver disciplinato –anche minuziosamente– il procedimento legislativo direttamente in Costituzione, specie con la definizione degli ambiti competenziali delle due Camere, comporta la fatale intromissione del giudice costituzionale nel perimetro, finora saldamente presidiato, degli interna corporis (sia pure ridefiniti e “ridotti” in armonia con il principio di supremazia della Costituzione)*».

(reconocida por el ordenamiento italiano) de custodia final de la Constitución. Pero, sobre todo, en el caso de cuestiones de competencia entre ambas Cámaras, el iter legislativo habría quedado sujeto en su tramitación a plazos temporales excesivamente largos, al subordinarse a los tiempos de decisión de la *Corte Costituzionale* sobre el conflicto de competencia; y, en todo caso, habría tenido un quedado caracterizado por un constante «estado de incertidumbre»⁵², cuando el irresoluto conflicto hubiese sido objeto de oposición *ex post*, después de algunos años, a través del juicio de legitimidad constitucional en vía incidental.

V. EL PROCEDIMIENTO MONOCAMERAL «CON VOTACIÓN EN FECHA FIJA» Y LA NUEVA DISCIPLINA DE LOS DECRETOS-LEYES

1. La *ratio* de la reforma

En la configuración del procedimiento legislativo diseñado por la CI de 1948 el Gobierno se encuentra en una posición *formalmente débil* respecto al Parlamento porque no tiene atribuido ningún instrumento constitucional que le permita desarrollar el papel de «guía del procedimiento legislativo». De hecho, se ha destacado por la doctrina que, en comparación con otros sistemas constitucionales europeos, el papel reconocido al Gobierno italiano, en el ámbito del procedimiento legislativo, es «*formalmente el más débil de todos*»⁵³. Todo ello hizo que el Gobierno en el devenir de los años, como se ha evidenciado doctrinalmente⁵⁴, reforzase el «equilibrio

⁵² Cfr. N. LUPO, “I nuovi procedimenti legislativi: le (condivisibili) opzioni di fondo...”, *op.cit.*, p. 10, según el cual :«[tale]incertezza, peraltro,[sarebbe] destinata presumibilmente a trascinarsi a lungo, visto che, nell’attuale sistema di giustizia costituzionale, le questioni che evidenziano tali vizi [le delimitazioni del procedimento legislativo fissate dal nuovo testo costituzionale, n.d.r.] tenderebbero ad essere sollevate prevalentemente se non esclusivamente in via incidentale, e perciò una volta trascorsi anni, se non decenni, dall’approvazione della legge in questione».

⁵³ In tal senso, cfr. V. LIPPOLIS, “Perché... impedisce l’abuso dei decreti-legge e limita il ricorso alla fiducia”, en AA.VV., *Perché SI’...*, *op.cit.*, p. 29.

⁵⁴ Cfr. V. LIPPOLIS, “Perché...impedisce l’abuso dei decreti-legge...”, *op.cit.*, pp. 29-32: «Nel corso del tempo, tuttavia, il governo...è passato da una posizione di debolezza ad una di forza, con atteggiamenti che potremmo definire quasi di prepotenza, al fine di ottenere decisioni rapide e conformi ai propri orientamenti da parte delle Camere. Ciò è avvenuto attraverso una utilizzazione distorta di strumenti destinati a soddisfare esigenze diverse: i decreti-legge... la questione di fiducia...in via di prassi un’originale e perversa creazione: il maxiemendamento... A partire dagli anni Settanta il numero dei decreti-legge è andato progressivamente aumentando. Essi sono stati adottati al di fuori della straordinaria “necessità e urgenza” richiesta dalla Costituzione... Con decreto vengono adottate riforme di interi settori dell’ordinamento giuridico e spesso in un decreto è contenuta la disciplina di materie eterogenee (c.d. decreto omnibus)... Se non si fa in tempo a convertire in legge il decreto...il governo ne emana uno nuovo, a volte accogliendo le modifiche proposte nell’esame parlamentare del primo (c.d.reiterazione)... La questione di fiducia...nell’esperienza italiana... è stata utilizzata anche... per ottenere un’accelerazione procedurale perché la questione di fiducia sull’approvazione di un testo evita di discutere e votare gli emendamenti. Si è perciò creata la c.d. “fiducia tecnica” non motivata da ragioni politiche...».

constitucional» con el Parlamento, a través de tres instrumentos –utilizados forzando la propia naturaleza de éstos–, a saber: a) el abuso del decreto-ley, y la conectada praxis inconstitucional de la reiteración⁵⁵ de los decretos-leyes no convertidos en leyes, y de los llamados «decretos *ómnibus*»; b) el abuso de la «cuestión de confianza⁵⁶», para parar el debate parlamentario sobre eventuales enmiendas; c) el abuso de los llamados “*maxi enmendamientos*”.

Con la introducción del procedimiento monocameral «*con votación en fecha fija*» y, al mismo tiempo, con la modificación de la disciplina de los decretos-leyes, la reforma quería conseguir la misma finalidad: permitir al Gobierno jugar el papel de «guía del procedimiento legislativo», al tiempo que hacía más rápido el *iter legislativo*⁵⁷ respecto a algunos proyectos de ley considerados *esenciales* para su programa, sin violar el principio de separación de los poderes; y, al mismo tiempo, evitar el abuso de los decretos-leyes.

2. El procedimiento monocameral «con votación en fecha fija»

El procedimiento monocameral «con votación en fecha fija», previsto por apartado 7º del nuevo artículo 72 de la CI, podía aplicarse a todo tipo de leyes, excepto las leyes bicamerales, las leyes electorales, las leyes de autorización de la ratificación de los Tratados Internacionales, las leyes de amnistía e indulto y las leyes de presupuesto.

Este nuevo procedimiento permitía al Gobierno solicitar a la Cámara de los Diputados una decisión rápida sobre un proyecto de ley considerado «*esencial para la actuación del programa de Gobierno*». Como resultado de dicha solicitud, la Cámara de los Diputados, en el plazo de cinco días, debía deliberar si disponer o no «la inscripción prioritaria en el orden del día» del proyecto de ley, y, en caso afirmativo, debía «pronunciarse en vía definitiva dentro del plazo de setenta días», plazo que podía ser prorrogado durante quince días más dada la especial complejidad de la ley. Aceptada la tramitación del proyecto de ley por la Cámara de los Diputados, se contemplaba su tramitación por el «procedimiento monocameral participado».

Ahora bien, el procedimiento monocameral «con votación en fecha cierta» también planteaba algunos relevantes problemas aplicativos. Concretamente, en primer lugar, el nuevo artículo 72.7 de la CI no aclaraba si el plazo de 70 días para la deliberación

⁵⁵ Tal y como afirmado por la *Corte costituzionale* a partir de la bien sabida sentencia n. 360/1996.

⁵⁶ Institución en fuerza del cual, como es bien sabido, el Gobierno requiere la aprobación parlamentaria sobre una iniciativa suya considerada necesaria para la actuación de la dirección política establecida de acuerdo con la mayoría, declarando, por esta razón, que, en caso de falta de aprobación, se considerará quitada la confianza de esta última y, consecuentemente, se dimitirá.

⁵⁷ Cfr. C. PINELLI, “Obiezioni e repliche sulla riforma costituzionale”,..., *op.cit.*, p. 6, que, en efecto, considera el nuevo procedimiento con “votación en fecha fija” como un válido “*remedio a la plaga de los decretos-leyes*”.

en vía definitiva de la Cámara de los Diputados constituía o no un plazo perentorio⁵⁸. En segundo lugar, resultaba paradójica la opción contenida en la reforma proyectada de excluir la aplicación de este procedimiento –recuérdese, introducido con la principal finalidad de limitar el recurso a los decretos-leyes– para la tramitación de leyes bicamerales, cuando, en cambio, los decretos-leyes se admitían también en las materias sometidas al procedimiento bicameral⁵⁹. En tercer lugar, no quedaban claras las consecuencias que se habrían derivado de la eventual votación de la Cámara de los Diputados contraria a la petición del Gobierno de activar el procedimiento «con votación en fecha fija»; de suerte que, ante este supuesto, probablemente, habría sido razonable reconocer, como efecto, similar consecuencia a la prevista para el supuesto de votación contraria en una «cuestión de confianza»: es decir la dimisión del Gobierno; puesto que, análogamente a lo que acontece en una votación contraria a la cuestión de confianza, la Cámara de los Diputados habría rechazado un proyecto de ley considerado «esencial para el programa de gobierno»⁶⁰.

3. La nueva disciplina de los decretos- leyes

Paralelamente a la introducción del nuevo procedimiento «con votación en fecha fija», la reforma modificaba la configuración constitucional de los decretos-leyes⁶¹, para evitar su uso abusivo por parte del Gobierno. A este respecto, la reforma se movía en dos direcciones. En primer lugar, se quería consagrar a nivel constitucional los límites de los decretos-leyes ya recogidos en la Ley nº 400/1988 y en la jurisprudencia constitucional⁶². En este sentido, el nuevo artículo 77 de la CI establecía: la

⁵⁸ El problema es, por ejemplo, advertido G. BRUNELLI, “Alcuni nodi (che andranno sciolti)...”, *op. cit.*, p. 11. Además, cfr. T. GUARNIER, “Rischi e aporie del procedimento legislativo a data certa”, en *federalismi.it*, n. 5/2016 p. 14 *ess.*, según el cual la omisión indicación constitucional habría impuesto a los regolamenti parlamentari de especificar las características de dicho plazo (cualificándolo como perentorio o, simplemente, como ordenatorio).

⁵⁹ Cfr. G. BRUNELLI, “Alcuni nodi (che andranno sciolti)...”, *op. cit.*, p. 11: «*Infine, potrebbe avere conseguenze pratiche (preoccupanti) la circostanza che il decreto-legge (diversamente dal voto a data certa) possa intervenire anche nelle materie c.d. bicamerali? Ciò non potrebbe determinare la preferenza del governo, almeno in alcuni casi, per la decretazione d’urgenza...*».

⁶⁰ En este sentido, E. ROSSI, *Una Costituzione migliore?*, *op.cit.* Además, cfr. M. D’AMICO – G. ARCONZO – S. LEONE, *Come cambia la Costituzione?*, *op.cit.*, p. 46, según el cual, la votación contraria de la Cámara en el procedimiento con “votación en fecha fija”, –aun reconociéndole el disruptivo rebote político– no habría provocado, desde un punto de vista jurídico, ninguna consecuencia, en virtud del art. 94, apartado 4, Cost., que prevé que “*la votación contraria de la Cámara de los diputados sobre una propuesta del gobierno no comporta la obligación de dimitirse*”.

⁶¹ Actos normativos, como es bien sabido, que tienen la misma fuerza de la ley, que el Gobierno puede adoptar “en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia”, inmediatamente eficaces, pero provisorios, que requieren la conversión en ley por parte del Parlamento dentro de 60 días a partir de su publicación.

⁶² Cfr. Cort.cost., sent. n. 22/2012 e n. 32/2014. Cfr., además, M. D’AMICO – G. ARCONZO – S. LEONE, *Come cambia la Costituzione?*, *op.cit.*, p. 48, según el cual, con la reforma, las limitaciones a la decretación de urgencia, llegando a nivel constitucional, habrían

prohibición de recurrir al decreto-ley a la hora de legislar sobre algunas materias - como eran la materia constitucional y electoral⁶³, la delegación legislativa, la autorización de la ratificación de los tratados internacionales, las leyes de conversión y la aprobación de los presupuestos y gastos-; la prohibición de la reiteración de los decretos no convertidos y de regulación de las relaciones nacidas en base a los mismos; y también la prohibición de restaurar la eficacia de normas declaradas inconstitucionales por vicios no concernientes el procedimiento.

Además, siempre de acuerdo con el posicionamiento contenido en la jurisprudencia constitucional⁶⁴, la reforma preveía la obligación de «homogeneidad del contenido», con referencia tanto al decreto-ley –que tenía que tener un contenido “específico”, “homogéneo” y “correspondiente al título”– como a la ley de conversión, de modo que no se podían aprobar disposiciones «extrañas respecto al objeto o a las finalidades del decreto», con la finalidad de evitar los así llamados decretos-leyes «*omnibus*»; y, a la vez, se imponía que el decreto-ley tuviese «medidas de inmediata aplicación», para evitar los llamados «decretos anuncios»⁶⁵.

En lo relativo al procedimiento a seguir para la conversión del decreto-ley, si el decreto concernía a materias «bicamerales» se aplicaría el procedimiento bicameral,

definitivamente acabado la tendencia del Gobierno a no respetarlas, haciendo hincapié sobre la naturaleza “ordenaria”, y no constitucional, de la normativa de referencia (la l.n.400/1988).

⁶³ En realidad, en materia electoral, los decretos-leyes se quedaban admisibles para disciplinar la organización del procedimiento electoral y del desarrollo de las elecciones.

⁶⁴ La obligación constitucional de la necesaria homogeneidad del contenido del decreto-ley, y de la conectada ley de conversión, ya había sido afirmada por la *Corte costituzionale*, con sentencia n. 22/2012, considerando la inobservancia de dicho vínculo, en sí, suficiente para declarar la ilegitimidad constitucional del decreto-ley y de la ley de conversión. Dicha declaratoria, pues, “radicalizaba” las posturas más “blandas” expresadas a este respecto, en precedencia, por la jurisprudencia constitucional (cfr. Cort.cost, sentt. n.171/2007 e n. 128/2008, según la cual la “no homogeneidad” del contenido del decreto-ley integraba solo un “índice” –que en todo caso había que averiguar– de la posible insustistencia del presupuesto constitucional de la “extraordinaria necesidad y urgencia”). En cambio, a este respecto, se destacan opiniones discordantes en doctrina. Según una cierta corriente doctrinal, en efecto, “la ausencia de homogeneidad” no integraría un vicio de inconstitucionalidad del decreto-ley (cuyos requisitos constitucionales, según el art. 77 Cost., están constituidos unicamente por el presupuesto de la extraordinaria necesidad y urgencia, y por la provisoriedad fijada en 60 días); mientras, la no homogeneidad determinaría la inconstitucionalidad de la ley de conversión (porque el art. 77 Cost. vincula el contenido de dicho acto, unicamente, a la “conversión del decreto”), cfr. S.M. CICONETTI, “Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?”, en *Giur.it*, n. 12/2012, p. 2491 e ss. En el sentido contrario, cfr. N. LUPO, “L’omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma essenziale, per limitare le patologie della produzione normativa”, en (a cura de) G. D’ELIA- G. TIBERI – M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Studi in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, 2012, p. 418 e ss., que considera la constitucionalización del vínculo de homogeneidad para el decreto-ley y para el diseño de ley de conversión “realmente cond divisible en línea de principio, y coherente con las posturas...de la jurisprudencia constitucional mas recién”.

⁶⁵ A este respecto, cfr. V. LIPPOLIS, “Perché...impedisce l’abuso dei decreti-legge...”, *op.cit.*, p. 35.

pero con la presentación del proyecto de ley siempre a la Cámara de los Diputados, lo que alteraba ligeramente el carácter «paritario» del procedimiento bicameral; si el decreto versaba sobre materias «monocamerales» se observaría el procedimiento monocameral en las variantes –según los casos– disciplinadas por los apartados 3º y 4º del nuevo artículo 70 de la CI, pero con plazos particulares⁶⁶.

La reforma preveía una ulterior novedad, estableciendo que el plazo para la conversión del decreto-ley, originariamente de 60 días a partir de la publicación, fuese prorrogado durante otros 30 días en el supuesto de que el Presidente de la República hubiese «reenviado a las Cámaras» la ley de conversión por una nueva deliberación. Esta novedad no estaba exenta de producir una cierta paradoja, puesto que si bien la norma tendía a disminuir la responsabilidad –“deresponsabilizzare”– del Presidente de la República, al admitir que éste podía «reenviar» a las Cámaras el texto de la ley de conversión sin el temor⁶⁷ a producir, automáticamente, la decadencia del decreto-ley, es verdad, también, que al mismo tiempo, esta novedad habría facilitado, aún más que la vigente configuración, el recurso a los decretos-leyes, y ello chocaba evidentemente con la exigencia prioritaria, perseguida por la reforma, de limitar la utilización de los mismos⁶⁸.

⁶⁶ Según el nuevo art.77, apartado 6 Cost., el Senado habría podido disponer el examen del diseño de ley de conversión dentro de treinta días a partir de su presentación a la Cámara, y habría podido deliberar propuestas de modificación dentro de diez días a partir de la transmisión del diseño de ley de conversión. Con referencia a las dos hipótesis de procedimiento de conversión del decreto-ley, según las materias interesadas sean sometidas al procedimiento bicameral o al procedimiento monocameral en sus variantes, cfr. N. LUPO, “I nuovi procedimenti legislativi: le (condivisibili) opzioni di fondo...”, *op.cit.*, p. 23 e ss.

⁶⁷ La prorrogación del plazo para la conversión del decreto-ley, introducido por la reforma, habría impedido al “reenvío presidencial” de fungir de “veto definitivo”; esta última hipótesis, –según un cierta postura– debería inducir el Presidente de la República de no recurrir a dicho poder todas las veces que “el reenvío a las Cámaras” de la ley de conversión determine, con seguridad, la decadencia del decreto-ley no convertido, cfr. S.M. CICONETTI, “Un caso di inammissibilità del rinvio presidenziale”, en *Giur. cost.* 2002, p. 3096 e ss. A este respecto, cfr. además Cort.cost., sent. n. 32/2014. En efecto, en doctrina, ya se había auspiciado la introducción de una disposición constitucional, con un tenor análogo (al previsto por la reforma), para la hipótesis de reenvío del Presidente de la República de la ley de conversión del decreto-ley, cfr. P. CARNEVALE, “La decadenza del decreto-legge a seguito di rinvio alle Camere della relativa legge di conversione: un accadimento proprio ineluttabile?”, en *Rass. parl.*, 2004, n. 1, p. 266 e ss.

⁶⁸ En este sentido, cfr. C. De FIORES, “Perché no”, en *La Repubblica* del 21 octubre de 2016, según el cual la única función de la prorrogación para la conversión del decreto-ley introducida por la reforma, habría sido aquella de “garantizar el poder normativo del Gobierno”. Según el Autor, en efecto, «Attraverso questa disposizione si vuole impedire che il Capo dello Stato, esercitando il potere di rinvio di una legge di conversione in prossimità di scadenza, provochi la decadenza del decreto governativo». En el sentido opuesto, cfr. N. LUPO, “I nuovi procedimenti legislativi: le (condivisibili) opzioni di fondo...”, *op.cit.*, p. 26, según el cual, a través de la prorrogación para la conversión prevista por la reforma, se habría “potenciado el papel del Presidente de la República, puesto a garantía (también) del correcto desarrollo del procedimiento legislativo, en especial el de conversión de los decretos-leyes en ley, evitando que su reenvío se traduciase, de hecho, en un veto absoluto y no superable”. Se encuentra de acuerdo, también T.E. FROSINI, “Perché

VI. EL NUEVO SISTEMA DE REPARTICIÓN DE LAS COMPETENCIAS NORMATIVAS ENTRE ESTADO Y REGIONES

La fallida reforma constitucional contemplaba, también, modificar el sistema de las relaciones entre el Estado, las Regiones y los entes territoriales, mediante la modificación de sus respectivos ámbitos competenciales. Nos centraremos, por ello, sobre algunos aspectos relevantes relacionados con la distribución de competencias normativas entre el Estado y las Regiones.

Como es bien sabido, el vigente artículo 117 de la CI –modificado por la Ley constitucional nº 3/2001– reconoce un amplio poder normativo a las Regiones repartiendo la competencia normativa entre el Estado y las Regiones de la siguiente manera: a) se reconoce una competencia exclusiva al Estado en las materias taxativamente indicadas en el apartado 2º del artículo 117 de la CI; b) se establece una competencia concurrente entre el Estado y las Regiones en las materias enumeradas en el apartado 3º del artículo 117 de la CI; c) y, finalmente, se articula una competencia residual de las Regiones, ex apartado 4º del art. 117 de la CI, en todas las materias no expresamente reservadas a la legislación del Estado.

Sin embargo, con el transcurso de los años, este marco de reparto competencial ha dado lugar a unos cuantos *problemas interpretativos* y ha suscitado *motivos de incertidumbre*⁶⁹, debido esencialmente a las siguientes razones. En primer lugar, a menudo, una misma ley versa sobre materias distintas, algunas de competencia regional, otras de competencia estatal. En segundo lugar, existen materias que pueden ser incluidas en el ámbito de la competencia «concurrente» que requieren, sin embargo, una disciplina unitaria por parte del Estado –por ejemplo, en materia de transportes, energía, etc.–. En tercer lugar, además, falta en el vigente texto constitucional una disposición que permita al Estado, por razones de interés nacional, intervenir normativamente sobre materias regionales.

Así pues, ante dichas ineficiencias de la configuración constitucional del reparto competencial entre el Estado y las Regiones, la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* ha tratado de dar remedio a través de *interpretaciones* elásticas

si”, en *La Repubblica* 21 de octubre de 2016, según el cual la disciplina introducida por la reforma habría facilitado el papel del Presidente de la República en la corrección de algunos vicios encontrados. En efecto, este último, en fuerza de la prorrogación para la conversión, habría podido” por fin ejercer un control más penetrante sobre el respecto de los límites constitucionales del decreto-ley y de la ley de conversión, sin tener que asumirse la responsabilidad de hacer deceder el decreto”.

⁶⁹ Cfr. G.M. SALERNO, “Perché...razionalizza il riparto delle competenze fra Stato e Regioni”, en AA.VV., *Perché SI'...*, *op.cit.*, p. 39 e ss., que destaca que, tras las modificaciones aportadas en el 2001, la repartición de las competencias prevista por el art. 117 Cost. ha resultado globalmente insuficiente. El Autor especifica, en efecto, «è giudizio praticamente unanime il fatto che nell'attuale riparto delle competenze vi siano sovrapposizioni, contraddizioni o lacune che hanno reso farraginoso e sin troppo intricato il meccanismo di produzione delle leggi statali e regionali».

—recurriendo, por ejemplo, a conceptos como «materias transversales»⁷⁰ o al principio de «subsidiariedad legislativa»⁷¹— capaces de hacer más flexible el sistema y consentir al Estado de ejercer el poder legislativo también sobre materias de competencia regional.

Precisamente en un intento de solucionar las ineficiencias advertidas, la reforma constitucional se proponía modificar el marco constitucional de competencias normativas atribuidas al Estado y a las Regiones, a través de la recepción a nivel constitucional de los principios ya mencionados, construidos por la jurisprudencia constitucional. Concretamente, la reforma, a través de la modificación del art. 117 de la CI, contemplaba introducir los siguientes cambios: a) supresión de las «competencias concurrentes»⁷², es decir, se derogaba la posibilidad de que las mismas materias fuesen disciplinadas, al mismo tiempo, por el Estado y por las Regiones; b) aumento de manera relevante el número de materias cuya competencia se atribuía al Estado; c) mantenimiento de la competencia residual atribuida a las regiones, aunque algunas materias reservadas a dicha competencia, venían expresamente indicadas; d); introducción de la denominada «cláusula de supremacía»⁷³ (ex art. 117.4 de la CI, en

⁷⁰ Cfr. Cort. cost., sentencias n.210/2016 e n. 77/2017 (en materia de ambiente y ecosistema), n.158/2016 (en tema de concurrencia), n. 207/2012 (con riferimento alla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”). Cfr. V. CERULLI IRELLI – C. PINELLI, “Normazione e amministrazione nel nuovo assetto costituzionale dei pubblici poteri”, en “Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione”, en *Quaderni di Astrid*, Bologna, 2004, p. 27 e ss., donde se destaca que las materias trasversales responden a “exigencias unitarias referibles a la Republica construida según el art. 114, apartado I[Cost.]”.

⁷¹ Cfr. Cort. cost., sentenze n.303/2003, n.6/2004, n76/2009. Cfr. M. RUOTOLO, “Le autonomie territoriali”, en (a cura de) F. MODUGNO, *Diritto Pubblico*, III° ed., Torino 2017, p. 545 e ss., que destaca como el principio de subsidiariedad llega a ser “elemento de flexibilidad” que consente de derogare a la rigida repartición de competencias legislativas establecida por el art. 117 Cost. para “instancias de unificación” que encontraban su fundamentación jurídica en el principio de “unidad y indivisibilidad de la Republica”.

⁷² Además, ha sido observado que la eliminación de la competencia concorsual sustancialmente “confutaba” la obiección, sostenida por los opositores de la reforma, según los cuales el Senado (aunque la Cámara represente a las autonomías) no habría sido competente para ejercer la función legislativa sobre cuestiones de interés regional; puesto que, con la supresión de dicha competencia, se habrían “reducido al mínimo los casos en los que la ley estatal dicta disposiciones generales comunes sobre materias con respecto a las cuales las Regiones ejercen la potestad legislativa y administran desde siempre”, cfr. C. PINELLI, “Obiezioni e repliche sulla riforma costituzionale,”...*op.cit.*, p. 5.

⁷³ Cfr. G.M. SALERNO, “Perché... razionalizza il riparto delle competenze fra Stato e Regioni”, *op. cit.*, pp.46,47, que ve con favor la introducción, en la Constitución, de la “cláusula de supremacía”, porque idonea a realizar un “principio de salvaguardia”, consentiendo al Estado de intervenir normativamente cuando hayan en juego intereses relevantes concernientes la intera colectividad nacional, sin, al mismo tiempo, que se caiga en el ejercicio “arbitrario” de dicho poder; tratandose, en efecto, de un procedimiento “delimitado” por la Constitución, y en el cual está atribuidas a las Regiones la posibilidad de contestar la equivocada aplicación de ellas en frente de *Corte costituzionale*. En este sentido, cfr. M. D’AMICO – G. ARCONZO – S. LEONE, *Come cambia la Costituzione?*, *op.cit.*, p. 41, según el cual la “clausola de supremacía” haría más flexible la repartición de

su versión reformada), para permitir al Estado, por exigencias del «interés nacional», o de la «tutela de la unidad jurídica o económica de la República», de ejercer el poder legislativo sobre materias regionales.

La reforma, además, al modificar el art. 116 de la CI, pretendía reforzar el «regionalismo diferenciado», consintiendo a las Regiones, en situación de equilibrio presupuestario, adquirir ulteriores espacios de autonomía, mediante la atribución de otras competencias normativas en determinados sectores, como por ejemplo instrucción, ambiente, etc.

VII. EL RESULTADO DEL REFERÉNDUM. ¿CUÁLES HAN SIDO SUS POSIBLES RAZONES?

Una última reflexión debe hacerse sobre las posibles razones que han conducido a los italianos a no aprobar la proyectada reforma de la Constitución Italiana. Como sabemos, en efecto, el resultado del *referéndum* fue negativo, con una clara mayoría del «no» sobre el «sí», circunstancia, esta última, realmente inesperada.

Ciertamente, la primera razón del fracaso del referéndum es de naturaleza política –antes que jurídica–.

Los promotores, posiblemente han, cometido el error de «personalizar» la reforma constitucional al ligarla excesivamente a la figura del primer ministro. De modo que, es probable que la mayor parte de los ciudadanos haya votado no en consideración a las modificaciones jurídicas que la reforma conllevaba, sino que haya instrumentalizado su voto negativo al referéndum para manifestar su disconformidad respecto del Gobierno⁷⁴.

las competencias legislativas entre Estado y Regiones, pero, al mismo tiempo –dado que está “positivizada” y “delimitada” en la Constitución– limitaría la excesiva discrecionalidad de la *Corte costituzionale* en materia.

⁷⁴ Ya la doctrina mas advertida –aunque favorable a la reforma– había destacado el peligro “político” de una excesiva conexión entre el resultado de la reforma y el destino del Gobierno, cfr. C. PINELLI, de su entrevista en *La Repubblica* de 11 mayo de 2016, que subrayaba: «*un impegno come quello assunto con questa riforma ha come conseguenza logica che, in caso di sconfitta al referendum, il governo ne prenda atto. Dopodiché farne un tema così dirimente certo non aiuta. Anzi allontana la comprensione del testo. Abbiamo capito che esiste un nesso con la durata del governo, adesso però occupiamoci del contenuto*». En general, con respecto a la distorsión del actual sistema político, derivada por la aceptación del *leader* che “*fagocita al partito*” y la misma acción de Gobierno, cfr. O. MASSARI, “Lectio magistralis con elementi autobiografici” (presentada en ocasión del evento “*Partiti e Parlamenti negli ordinamenti di democrazia pluralista*” del 31 de octubre de 2017, *Università degli Studi di Roma “La Sapienza*”), en *Nomos*, n. 3/2017, p. 18. Siempre en relación –en la comparación entre las experiencias alemana y italiana– entre los principios de participación política y el sistema de gobierno, también con referencia a las comunicaciones entre las dos culturas constitucionales en el debate sobre el derecho de los partidos, cfr. P. RIDOLA, “Le suggestioni del Grundgesetz nella dottrina costituzionalistica italiana. Sessant’anni di rapporti tra le “culture” costituzionali tedesca e italiana”, en *Rivista*

Desde el punto de vista jurídico, en cambio, la cuestión se revela mucho más compleja.

Ciertamente, en un momento histórico-político como el actual, caracterizado por un ordenamiento nacional cada vez más «líquido»⁷⁵, influido por las continuas interferencias de los ordenamientos supranacionales y de fenómenos, incluso económicos, como la globalización, es necesario un replanteamiento del actual marco constitucional sobre todo en términos de fortalecimiento de los sistemas de gobernabilidad⁷⁶ del País.

Ante este contexto, por tanto, la reforma parecía responder a una verdadera necesidad⁷⁷.

AIC, n. 4/2011, p. 9 e ss. Además, por lo que concierne la relación entre la Constitución y el poder político de masa (también en relación al papel de los partidos), con especial referencia a la evolución del ordenamiento constitucional alemán, cfr., además, *Id.*, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, p. 81 e ss. Obviamente, se sabe que no es posible limitarse a considerar solo “una votación basada exclusivamente sobre el enfado” (literalmente, “voto motivato dalla sola rabbia”), en este sentido, cfr. G. AZZARITI, “Dopo il referendum costituzionale: crisi della rappresentanza e riforma del Parlamento”, en *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, p. 7: «...sono diverse le ragioni che hanno spinto le persone concrete, il corpo elettorale diviso, a votare in un senso ovvero in un altro....Guardando in superficie si scorge un voto motivato dalla sola rabbia...Un voto, dunque, rancoroso e irriflessivo...[Tuttavia] E' necessario guardare più nel profondo, considerare le diverse Weltanschauungen, le culture per come si sono divise, quelle che hanno portato alcuni a prospettare un cambiamento dell'assetto costituzionale e quelle che hanno indotto altri a contrastarlo».

⁷⁵ Cogiando a modelo la eficaz termonología (aunque referida a un contexto distinto) de Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.

⁷⁶ A este respecto, cfr. S. CECCANTI, “Perché...non aumenta i poteri del Governo, ma anzi li razionalizza”, en AA.VV., *Perché SI'...*, *op.cit.*, p. 101-103, que subraya como “en las grandes democracias parlamentarias una gran parte de la legislación deriva del Gobierno, tanto porque es el protagonista de las dinámicas intergubernamentales de la Unión Europea, como porque en algunos ámbitos tiene una posición privilegiada en la adquisición de informaciones (sobre todo en el gobierno de la economía) y en algunas decisiones preventivas (tratados internacionales)”; así pues, “el desarrollo de los poderes del Gobierno es un fenómeno que ha abarcado todos los más importantes sistemas políticos porque el Estado ha ampliado sus finalidades y ello ha llevado a valorizar mas los órganos capaces de decidir en modo tempestivo y detallado”. En el sentido opuesto, cfr. G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, pp. 244 e ss., que dirige una “mirada miedosa” hacia la “mistica della governabilità, fructo de la “nuova filosofia del pensiero unico del neocostituzionalismo imperante”, que –detrás del hito de la gobernabilidad y de la simplificación– “reduce la democracia, emargina las diferencias y viola los derechos, si estos representan un obstaculo a la mística de la gobernabilidad”. Según dicha postura, es decir, «[occorre, n.d.r.] dare al nostro paese non solo istituzioni efficienti (secondo la semplificata e vuota retorica del neo-funzionalismo dominante), ma anche istituzioni in grado di rispecchiare i valori del pluralismo e della conflittualità sociale...», cfr. *Id.*, *Dopo il referendum costituzionale:...*, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁷ En este sentido, cfr. L. VIOLINI, “Perché...delinea istituzioni più stabili e rende la nostra voce più forte in Europa”, en AA.VV., *Perché SI'...*, *op.cit.*, p. 83-85, según el cual, «la Repubblica Italiana... si è trasformata dal tipico Stato nazionale di stampo ottocentesco in

Sin embargo, lo que, probablemente, generó las mayores resistencias fue el método y el modo con que el reformador trató de alcanzar este fin.

Con referencia al método, en efecto, puede afirmarse que la reforma fue llevada adelante aunque no distorsionada, en el Parlamento, por mayoría cualificada de dos tercios (que habría evitado el referéndum). Circunstancia esta que, si aceptable en supuestos de «pequeñas» modificaciones del texto constitucional, se convierte en una elección peligrosa⁷⁸ en el caso de reformas especialmente profundas –como la reforma proyectada objeto de este ensayo– destinadas a modificar todo el sistema constitucional⁷⁹.

una realtà ormai pienamente inserita nella compagine internazionale ed europea. Tale insieme di istituzioni e di poteri, che incidono dentro e oltre il territorio dell'Unione, determina molte delle scelte economiche e politiche che erano, in passato, monopolio delle nostre istituzioni e che oggi vengono adottate ai diversi livelli di governo a cui peraltro, non dimentichiamolo, il nostro Paese partecipa a pieno titolo....Per svolgere adeguatamente questa funzione è molto importante che le nostre istituzioni godano della stessa stabilità che è propria delle grandi potenze nostre partners... A tal fine, la riforma costituzionale non solo dota l'esecutivo di strumenti per realizzare con tempestività l'indirizzo politico ma mira, soprattutto, a trasformare il Senato da inutile doppione in ente di raccordo tra i diversi livelli di governo, così da essere sempre più in grado di prendere parte attiva nei processi di produzione normativa europea».

⁷⁸ El problema, entre otros, es evidenciado por V. ONIDA – G. QUAGLIARIELLO (a cura di C.Passa), *Perché è saggio dire no*, Catanzaro, 2016, pp. 64-66, 73 según el cual «...[sono] di grandi rilevanza tanto i problemi di metodo quanto i problemi di merito...Il problema costante è la sovrapposizione tra gli interessi politici contingenti e la materia costituzionale, che in quanto tale dovrebbe prescindere il più possibile dalle dinamiche di parte ed essere oggetto di ampia condivisione...Oggi per ragioni politiche di parte si vorrebbe imporre agli italiani una riforma non condivisa...[Sicché] c'è stato indubbiamente un problema di metodo che ha avuto riflessi anche sul contenuto delle riforme. Non si può condividere né il metodo né il merito. E in materia costituzionale il metodo è quasi più importante».

⁷⁹ Aunque es verdad que, por lo amplia que sea, bajo el perfil jurídico, la legitimidad de la reforma sería en todo caso asegurada por el respecto de la llamada “cláusula de intangibilidad” (con los conectados límites implícitos en la reforma constitucional), que nuestro ordenamiento (con el art. 139 Cost.) –como otros ordenamientos (el art. 79.3 de la Ley fundamental alemana, el art. 89 de la Constitución francesa)– contempla. La “cláusula de intangibilidad”, en cambio, no encuentra, por ejemplo, expreso reconocimiento en la Constitución española, cfr. a este respecto P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, pp. 246 e ss.: «Es a esta tendencia generalizada del constitucionalismo del presente a la que, sin motivos de mayor peso, ha venido a contradecir el sistema constitucional español, oponiendo, frente al reconocimiento de cláusulas de intangibilidad, la admisión explícita de reformas totales», e ciò nonostante «el establecimiento de cláusulas de intangibilidad implica el reconocimiento por el Derecho positivo de la distinción entre poder constituyente y poder de reforma. La declaración, a través de los límites, de zonas exentas a la acción del poder de revisión, equivale a consagrar su naturaleza de poder constituido y limitado. Frente al poder constituyente, que es por definición un poder soberano y libre, el poder de reforma aparece, lógicamente, como un poder inferior, en la medida en que una parte de la obra constituyente queda fuera de su competencia». Cfr. además, recientemente, M.F. MARÓN, *La reforma constitucional en España*, Santiago de Compostela (A Coruña), 2016. Sin embargo, no faltan posturas que han reconocido a la “cláusula de intangibilidad” un valor

No debe, en efecto, nunca olvidarse que la Constitución Italiana es una «*Constitución nacida de la sangre*»⁸⁰, y, por tanto, resultante de la capacidad de los «padres constituyentes» de encontrar un fuerte compromiso⁸¹ entre las diferentes posiciones políticas, fruto de un amplio consenso, que permitiera alejar de forma duradera al texto constitucional del conflicto. Y es lo que ha permitido a la constitución mantener su característica principal: la rigidez.

Es, por lo tanto, evidente que imponer una modificación radical de la Constitución sin contar con un amplio consenso, como quiso hacer la reforma, suponía una amenaza a su esencial naturaleza compromisoria, que durante años le aseguró solidez, así como capacidad de constituir un «punto de referencia sustraído a la contienda política»; con el peligro de transformar la Carta fundamental en una «Constitución de la mayoría», y como tal, fácil objeto de contestación con el cambio de mayorías y del marco político parlamentario⁸².

En relación al modo, la reforma pretendió, evidentemente, desplazar el epicentro del marco institucional a favor del Poder ejecutivo; pero, para hacerlo, reforzó «indirectamente» al Gobierno, debilitando al Parlamento, a través de medidas como la limitación del papel del Senado, la incidencia del Gobierno sobre el procedimiento

jurídico “blando” o “débil”, cfr. L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1930, IV, p.540 y ss.; P. BISCARETTI di RUFFIA, “Sui limiti della revisione costituzionale”, en *Annali del seminario giuridico dell’Università di Catania*, Napoli, 1949. Además –como ha sido observado– la Constitución, como base de una “*sociedad abierta*”, tiene que necesariamente basarse sobre el justo equilibrio entre continuidad y cambio, fundamentándose, pues, no solo sobre instrumentos que aseguran su formal supremacía, sino también sobre “*procedimientos evolutivos*” que consenten su “*flexible adecuación*” en relación al modificarse del tiempo. Procedimiento de “*adecuación*” en el cual e “*espacio público*” (en el cual se proponen opiniones y consultas que pueden dar impulso a la interpretación y al cambio constitucional) –y, además, la llamada “*sociedad abierta de los interpretes*”– tienen un papel esencial, cfr.P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, *op.cit.*, p. 146 e ss.

⁸⁰ En este sentido, Calamandrei, en el discurso pronunciado el 26 de enero de 1955, en el salón de los *Affreschi della Società Umanitaria di Milano*, en ocasión de la inauguración de un ciclo de siete conferencias sobre la Constitución italiana, hablaba con lo estudiantes universitarios y a los medios: «*Quanto sangue e quanto dolore per arrivare a questa costituzione! Dietro a ogni articolo di questa costituzione, o giovani, voi dovete vedere giovani come voi, caduti combattendo, fucilati, impiccati, torturati, morti di fame nei campi di concentramento, morti in Russia, morti in Africa, morti per le strade di Milano, per le strade di Firenze, che hanno dato la vita perché la libertà e la giustizia potessero essere scritte su questa carta. Quindi, quando vi ho detto che questa è una carta morta, no, non è una carta morta, questo è un testamento, un testamento di centomila morti.*», cfr. P. CALAMANDREI, *Discorso sulla Costituzione e altri scritti*, Napoli, 2007.

⁸¹ Cfr. G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, *op. cit.*, p. 245 que reenvía al “*espíritu propio de nuestra Constitución republicana, que ha construido su propio edificio sobre el compromiso entra instancias diferentes*” (literalmente, “*lo spirito proprio della nostra Costituzione republicana, la quale sul compromesso tra diversi ha eretto il proprio edificio*”).

⁸² Cfr. G. ZAGREBELSKY con F. PALLANTE, *Loro diranno, noi diciamo*, *op.cit.*, p. 80, 81.

legislativo, también, potencialmente, mediante la derogación de competencias regionales a través del establecimiento de la «cláusula de supremacía», etc.⁸³.

Tal *modus operandi*, por tanto, suponía la concreta posibilidad de que la reforma incidiera negativamente «en el equilibrio entre los órganos constitucionales»⁸⁴, y eso, inevitablemente, generó sombras sobre el proyecto de reforma constitucional.

Es evidente que las necesidades de «governabilidad» y «simplificación» (como las proyectadas por la reforma) —en abstracto, se repite, también apreciables— no permiten justificar alteraciones del sistema de *checks and balances*⁸⁵ entre los poderes

⁸³ Cfr. G. ZAGREBELSKY con F. PALLANTE, *Loro diranno, noi diciamo, op.cit.*, p. 79.

⁸⁴ A este respecto, cfr. G. AZZARITI, “Riforma del Senato...”, *op. cit.*, p. 2, 5, que destaca que, según las finalidades de la reforma, no se ha tenido en cuenta “del sistema, de los poderes globalmente considerados y de los equilibrios constitucionales” que se habrían verificado tras la misma reforma, limitándose el debate a las transformaciones del Senado, “sin considerar los efectos que habría producido sobre los demás poderes y sobre la forma de gobierno en general”; así pues, por ejemplo, “la elección de segundo grado de la otra rama del Parlamento reforzaría la instancia de representación en la única Cámara política que se ha quedado, privando el sistema de cada posible re-equilibrio o contra-peso de garantía”. En cambio —según dicha postura— «*Se oggi si vuole ricostruire la democrazia pluralista e conflittuale diventa necessario ripensare al ruolo del Parlamento, liberarlo dalla situazione di minorità rispetto agli esecutivi...*», cfr. *Id.*, *Dopo il referendum costituzionale:...*, *op. cit.*, p. 11. Analogamente, V. ONIDA – G. QUAGLIARIELLO (a cura di C. Passa), *Perché è saggio dire no,...* *op.cit.*, pp. 58-59 «...*ho sempre ritenuto che in Italia ci fosse un problema di debolezza di pesi e non di scarsità di contrappesi...che...nel nostro ordinamento l'esecutivo scontasse una debolezza endemica...Nel momento in cui si configura un premierato di fatto, un'architettura imperniata sulla sostanziale elezione diretta del premier...è necessario bilanciare il sistema con serie garanzie che nella riforma non sono previste*». En el sentido opuesto, cfr. C. PINELLI, “Appunti sulla riforma costituzionale”, *op.cit.*, p. 1 e ss. que subraya como las críticas dirigidas a imputar a la reforma, cual efecto, una “reducción de la democracia” sobreponían instrumentalmente, perfiles concierntes la reforma consitucional a aspectos relativos a la ley electoral (que habría tenido que entrar, contestualmente, en vigor). Según el Autor, en efecto, «*La riduzione di democrazia è per la verità quasi sempre riferita non alla riforma costituzionale in quanto tale, ma al fatto che entrerebbe in vigore contestualmente a una legge elettorale che alla Camera introduce un sistema maggioritario che assegna un premio in seggi alla lista che abbia ottenuto almeno il 40% dei voti, o diversamente la maggioranza assoluta nel turno di ballottaggio...Una riforma della Costituzione, che dovrebbe durare oltre le stagioni politiche, è cosa diversa da una semplice riforma elettorale*».

⁸⁵ Es verdad también que —para los sostenidores de la reforma— esta última no habría ignorado la exigencia, clásica del constitucionalismo, de un sistema de equilibrios entre pesos y contra-pesos, simplemente induciendo a volver a pensarlo en modo “nuevo y alternativo”, cfr. S. CECCANTI, “Perché...non aumenta i poteri del Governo”, *op. cit.*, p. 105: «...*che fine fa l'esigenza classica del costituzionalismo, quella di predisporre comunque un sistema di equilibri tra pesi e contrappesi? Essa non può essere riproposta in modo tradizionalista, puntando a indebolire i governi, ma va pensata in avanti, potenziando anzitutto il ruolo degli organismi terzi (a partire dalla giustizia costituzionale), la responsabilità dei vari livelli di governo (con una responsabilizzazione nazionale del nuovo Senato) e il ruolo politico-istituzionale di chi si trova fuori dalla maggioranza che nasce di norma in sede elettorale e che poi prosegue nel rapporto tra i parlamentari che votano la fiducia e il loro governo* ». Además, el mismo hecho de que “el procedimieto decisional se había hecho mas

constitucionales, que puedan, incluso solo potencialmente, afectar negativamente al principio de la plena y efectiva separación de poderes⁸⁶, eje del constitucionalismo democrático.

BIBLIOGRAFÍA

- AINIS, M., "Il potere senza contrappesi", en *Il Corriere della Sera* del 11.03. 2015.
- AZZARITI, G., "Riforma del Senato. Questioni di metodo e di merito", en *Astrid Rassegna*, n. 8/2014.
- AZZARITI, G., "Dopo il referendum costituzionale: crisi della rappresentanza e riforma del Parlamento", en *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017.
- AZZARITI, G., *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016.
- AZZARITI, G., "Perché no", en *La Repubblica* del 17.10.2016.
- BAUMAN, Z., *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.
- BIN, R., "Perché...semplifica il procedimento legislativo", en AA.VV., *Perché Sì. Le ragioni della riforma costituzionale*, Bari-Roma, 2016.
- BIN, R., "Perché Sì", en *La Repubblica* del 17.10.2016.
- BISCARETTI di RUFFIA, P., "Sui limiti della revisione costituzionale", en *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1949.
- BRUNELLI, G., "Alcuni nodi (che andranno sciolti) presenti nel procedimento legislativo bicamerale e nel "voto a data certa" "- Relazione al secondo seminario Astrid sulle riforme costituzionali del 9 maggio 2016, en *www.astrid-online.it*.
- CALAMANDREI, P., *Discorso sulla Costituzione e altri scritti*, Napoli, 2007.
- CARNEVALE, P., "Brevi considerazioni in tema di «oggetto proprio», clausola di «sola abrogazione espressa» e «riserva di procedimento» per le leggi bicamerali dell'art. 70", en *federalismi.it*.
- CARNEVALE, P., "Giuridificare un concetto: la strana storia della "omogeneità normativa"", en *federalismi.it*, n. 1/2014.

complicado" con la reforma (que era una de las mayores criticas que venía movida) habría tenido que contituir el sintomo de un reforzamiento (y no de una endeblez) del "sistema de los contra-pesos"; en este sentido, cfr. C. PINELLI, "Obiezioni e repliche sulla riforma costituzionale",...*op.cit.*, p. 1: «*La legge costituzionale...è stata critica su due fronti: da una parte ridurrebbe gli spazi di democrazia, dall'altra introdurrebbe più complicazioni di quanto ne elimini. Per la verità i due ordini di critiche non sono compatibili, poiché "l'uomo solo al comando" è tale solo quando non incontra ingombri istituzionali sul suo cammino. E viceversa: se si dice che la riforma complica i processi decisionali, come si fa a dire che riduce i contrappesi a vantaggio di un leader?*».

⁸⁶ Cfr. Ch.-L. de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'Esprit des loix...*, Barrillot et fils, Genève, 1748 (trad. it, Torino 1965), XI libro, cap.VI.

- CARNEVALE, P., "La decadenza del decreto-legge a seguito di rinvio alle Camere della relativa legge di conversione: un accadimento proprio ineluttabile?", in *Rass. parl.*, 2004, n. 1.
- CECCANTI, S., *La transizione è (quasi) finita. Come risolvere nel 2016 i problemi aperti 70 anni prima*, Torino, 2016.
- CECCANTI, S., "Perché... non aumenta i poteri del Governo, ma anzi li razionalizza", in AA.VV., *Perché Sì'. Le ragioni della riforma costituzionale*, Bari-Roma, 2016.
- CERULLI IRELLI, V. – PINELLI, C., "Normazione e amministrazione nel nuovo assetto costituzionale dei pubblici poteri", in "Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione", in *Quaderni di Astrid*, Bologna, 2004.
- CICCONETTI, S.M., "Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?", in *Giur.it*, n. 12/2012.
- CICCONETTI, S.M., "Un caso di inammissibilità del rinvio presidenziale", in *Giur. cost.*, 2002.
- COLLEVECCHIO, M., "I poteri del nuovo Senato in materia di bilancio: una soluzione debole", in *Rassegna Astrid*, n. 10/2016.
- D'ATENA, A., "La revisione della Costituzione tra maggioritario e sindrome della grande riforma", in *Diritto e Società*, núm. 1/2015.
- D'AMICO, M. – ARCONZO, G. – LEONE, S., *Come cambia la Costituzione?* Torino, 2016.
- De FIORES, C., "Perché no", in *La Repubblica* del 21 ottobre de 2016.
- De SIERVO, U., "Appunti a proposito della brutta riforma costituzionale approvata dal Parlamento", in *Rivista AIC*, n.2/2016.
- DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*, Madrid, 1985.
- DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1930, IV.
- FROSINI, T.E., "Perché sì", in *La Repubblica* 21 de ottobre de 2016.
- GUARNIER, T., "Rischi e aporie del procedimento legislativo a data certa", in *federalismi.it*, n. 5/2016.
- LIPPOLIS, V., "Perché... impedisce l'abuso dei decreti-legge e limita il ricorso alla fiducia", in AA.VV., *Perché Sì'. Le ragioni della riforma costituzionale*, Bari-Roma, 2016.
- LUCIANI, M., "Sul possibile funzionamento concreto del nuovo Senato" - Relazione al Seminario Astrid su "Riforma del bicameralismo, composizione e ruolo del senato", Roma, 5 maggio 2016, in www.astrid-online.it.
- LUCIANI, M., "Appunti per l'audizione innanzi la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica", 28 luglio 2015, in www.senato.it.
- LUPO, N., "I nuovi procedimenti legislativi: le (condivisibili) opzioni di fondo e qualche profilo problematico (risolvibile in sede attuativa)"- Relazione presso Fondazione ASTRID del 9 de mayo de 2016, in www.astrid-online.it.

- LUPO, N., "L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma essenziale, per limitare le patologie della produzione normativa", en (a cura de) G. D'ELIA - G. TIBERI - M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Studi in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, 2012.
- MANGIAMELI, S., "Rivedere il Senato come Camera di garanzia, rimanendo Camera territoriale?" - Audizione innanzi alla I commissione del Senato della Repubblica sul progetto di revisione della Parte II della Costituzione del 27.07.2015, en www.osservatorioaic.it.
- MASSARI, O., "Lectio magistralis con elementi autobiografici", en *Nomos*, n. 3/2017.
- MARÓN, M.F., *La reforma constitucional en España*, Santiago de Compostela (A Coruña), 2016.
- MONTESQUIEU, Ch.-L. de Secondat de, *De l'Esprit des loix...*, Barrillot et fils, Genève, 1748 (trad.it, Torino 1965), XI libro, cap.VI.
- ONIDA, V. - QUAGLIARIELLO, G. (a cura di C. Passa), *Perché è saggio dire no*, Catanzaro, 2016.
- PASSAGLIA, P., "Il presumibile aumento delle denunce di vizi procedurali e l'ampliarsi di una «zona d'ombra» della giustizia costituzionale", en *federalismi.it*, n. 5/2016.
- PINELLI, C., "Perché... trasforma un doppione della Camera in un Senato che rappresenta le autonomie", en AA.VV., *Perché Sì. Le ragioni della riforma costituzionale*, Bari-Roma, 2016.
- PINELLI, C., "Appunti sulla riforma costituzionale, con particolare riguardo al Senato" - Relazione al Seminario Astrid su "Riforma del bicameralismo, composizione e ruolo del senato", Roma, 5 maggio 2016, en www.astrid-online.it.
- PINELLI, C., "Le funzioni del nuovo Senato in riferimento all'adesione della Repubblica all'Unione Europea", en *Rivista AIC*, n. 1/2016.
- PINELLI, C., "Obiezioni e repliche sulla riforma costituzionale", en *federalismi.it*, n.15/2016.
- PINELLI, C., Entrevista en *La Repubblica* de 11 mayo de 2016.
- PIZZETTI, F., "Dal bicameralismo perfetto al bicameralismo asimmetrico: il nuovo Senato della Repubblica" - Relazione al Convegno Astrid su "Riforma del bicameralismo, composizione e ruolo del senato", Roma, 5 de mayo de 2016, en www.astrid-online.it.
- RIDOLA, P., *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016.
- RIDOLA, P., "Le suggestioni del Grundgesetz nella dottrina costituzionalistica italiana. Sessant'anni di rapporti tra le "culture" costituzionali tedesca e italiana", en *Rivista AIC*, n.4/2011.
- ROSSI, E., *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa, 2016.
- ROSSI, E., "Il procedimento legislativo delle leggi "monocamerale": prime considerazioni", en *Rivista AIC*, n.3/2016.

RUOTOLO, M., “Le autonomie territoriali”, en (a cura de) MODUGNO, F., *Diritto Pubblico*, III° ed, Torino 2017.

SALERNO, G.M., “Perché...razionalizza il riparto delle competenze fra Stato e Regioni”, en AA.VV., *Perché SI'. Le ragioni della riforma costituzionale*, Bari-Roma, 2016.

STAIANO, S., “Le leggi monocamerali (o più esattamente bicamerali asimmetriche)”, en www.italiadecide.it.

VIOLINI, L., “Perché...delinea istituzioni più stabili e rende la nostra voce più forte in Europa”, en AA.VV., *Perché SI'. Le ragioni della riforma costituzionale*, Bari-Roma, 2016.

WEBER, M., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr, Tübingen, 1922, trad. it ROSSI, P., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1958.

ZAGREBELSKY, G. con PALLANTE, F., *Loro diranno, noi diciamo*, Roma-Bari, 2016.

EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA EN ESPAÑA: ¿VIGENCIA O SUPERACIÓN DE FACTO? SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS EN LA IMPOSICIÓN DIRECTA ESTATAL Y EN EL GRAVAMEN MUNICIPAL SOBRE LAS PLUSVALÍAS

Antonio Vaquera García

avaqg@unileon.es

Profesor Titular de Derecho Financiero

Universidad de León

Resumen

El presente trabajo plantea un análisis sobre el cumplimiento en la actualidad del mandato derivado del principio de capacidad económica establecido por la Constitución de 1978. Para llevar a cabo este objetivo se ha dividido el estudio en tres partes: en la primera se realiza un examen crítico de la definición y formulación del citado principio a través de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En la segunda, se efectúa una comprobación general sobre una serie de figuras tributarias vigentes en España acerca de la efectiva incidencia que tiene dicha máxima en su articulación. Finalmente, en la tercera se detalla el último criterio aprobado por el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia relativa al Impuesto municipal sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

■ Palabras clave:

Capacidad económica;
Principio constitucional;
Tributo; Impuesto sobre la
renta; Impuesto sobre
sociedades; Impuesto
sobre sucesiones y
donaciones; Plusvalía

■ Keywords:

Taxpaying capacity;
Constitutional principle;
Tax; Income tax; Corporate
tax; Inheritance tax;
Appreciation; Capital gain

Abstract

This work presents an analysis of compliance currently the derivative mandate of the principle of economic capacity established by the Constitution of 1978. To accomplish this goal has divided the study in three parts: the first a brief test is performed critical of the definition and formulation of that principle by the doctrine and jurisprudence of the Constitutional Court. In the second, a general check on a number of existing tax figures in Spain about the actual impact having such a maximum in its articulation is made.

Finally, in the third section, the last criterion approved by the Constitutional Court is outlined in the Judgment on the Municipal Tax on Increasing Value of Urban Land.

I. Introducción – II. La formulación constitucional del principio y su modulación por el tribunal constitucional – III. Examen del respeto efectivo a la capacidad económica en diversos tributos estatales: A) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; B) Impuesto sobre Sociedades; C) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones – IV. Breve análisis de la Sentencia el Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2017 en relación con el gravamen de las plusvalías en el ámbito local – V. Reflexión final: ¿está superada dicha máxima constitucional? – Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La presencia en la Constitución Española de 1978 de principios que inspiran y deben moldear la creación y aplicación de los tributos fue una novedad muy importante incluida por primera vez en una Carta Magna en nuestro país. Con ello se elevó al mayor rango interno normativo unas máximas que se pretende que sean el pilar fundamental de la tributación en relación tanto con los administrados como con los entes públicos.

En este sentido y, como es bien sabido, se incluyen diversos principios tanto de carácter material como formal y que no es preciso enumerar en este momento; en cambio, únicamente pretendemos llamar la atención del lector sobre uno en concreto que va a centrar el objeto de este trabajo: la capacidad económica del contribuyente del Estado español, como fórmula para medir su aptitud para ayudar a sufragar los gastos públicos de dicho Estado.

No es nuestro objetivo a lo largo de estas líneas volver a un tema –tan manido como interesante– como es el contenido y las obligaciones que se derivan de la correcta aplicación de la capacidad económica; estas circunstancias, a las que haremos una escueta mención en el segundo apartado de este trabajo, solo nos interesan a efectos de poder situar la atención ante el núcleo de nuestra exposición. Éste se centra en comprobar el adecuado respeto que las diversas disposiciones reguladoras de los tributos han tenido con dicha obligación constitucional y para ello hemos utilizado una metodología basada en verificar en la normativa de algunos tributos –no de todos pues ello daría lugar a una monografía exhaustiva y no a un artículo de una revista científica– y, dentro de ella, en algunos aspectos sustanciales que pensamos que debería cumplir con las requisitorias propias de dicha capacidad y que, a nuestro juicio, no se llevan a cabo acertadamente.

A todo ello se añade un análisis pormenorizado de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional acerca del gravamen sobre las plusvalías en el ámbito municipal, lo que nos permite constatar el estado de la cuestión actual en el seno del Alto Tribunal y nos ayuda a formular una serie de conclusiones relevantes al final del presente trabajo.

La explicación de la anterior aseveración debe ser algo más detallada; en efecto, el resto de principios constitucionales tributarios contenidos en el Alto Texto de 1978 no tendrían razón de ser sin la presencia de la capacidad económica. Así, los principios de justicia material del artículo 31 de la Constitución –igualdad, generalidad tributaria,

progresividad y no confiscatoriedad– tienden siempre a ser definidos en relación con la riqueza de la que es titular o que gestiona un determinado individuo, lo que no es sino la demostración de su capacidad contributiva. Ello se comprueba fácilmente si ponemos en relación los mismos con ésta, del siguiente modo:

- En la igualdad tributaria por el hecho de tener que pagar lo mismo los que tengan la misma riqueza.
- En la generalidad en razón de que todos los que demuestren la misma riqueza deben contribuir a sufragar los gastos públicos sin que existan privilegios ni exenciones que no estén motivadas en otros principios constitucionales.
- En la progresividad de acuerdo a que debe contribuir más el que más capacidad económica tenga de forma más que proporcional al aumento de la misma, buscando de ese modo la redistribución de la renta.
- Finalmente, en la no confiscatoriedad debido a que no se puede hacer prescindir al sujeto de sus medios de vida, es decir, de sus rentas y bienes, por lo tanto, de su capacidad para hacer frente a las obligaciones cotidianas.

En consecuencia podemos colegir de lo anterior que si la riqueza del sujeto contribuyente no se tiene correctamente en cuenta a la hora de sufragar un tributo, éste quedará vacío de contenido o, al menos, no cumplirá con los mandatos derivados de la Constitución, lo que puede redundar en la declaración de inconstitucionalidad de su normativa reguladora y, mucho más grave que ello, la *injusticia* de su aplicación práctica.

Evidentemente no es este el momento ni el lugar para entrar a juzgar la oportunidad ni las posibles mejoras de nuestro sistema tributario español, sino de poner de manifiesto algunos preceptos de nuestra normativa dedicada a los gravámenes públicos que pueden plantear la duda acerca de dicho cumplimiento constitucional y cuya utilización está dando lugar a que se sometan a imposición hechos impositivos que lesionen –o sean susceptibles de ello– la situación patrimonial de los administrados, hecho que no puede, ni debe, ser permitido por nuestro ordenamiento jurídico.

Para llevar a cabo nuestro cometido hemos optado por dividir el trabajo en dos bloques bien diferenciados: en primer lugar, se efectúa un rápido bosquejo del propio principio de capacidad económica, con el fin de que se sitúe bien el lector ante el punto de partida y la interpretación de dicha máxima que se pretende contrastar con la regulación legal de los tributos; en segundo término, se sitúa la parte más novedosa del estudio aplicando la definición y el contenido del citado principio a diversas figuras impositivas vigentes en el ámbito estatal y al impuesto municipal sobre plusvalías. En todos ellos no se trata de comprobar, en general, el contenido de la regla indicada a las categorías tributarias, tema ya objeto de estudio desde hace muchos años en un plano teórico, sino de analizar la normativa concreta de las mismas para ver si se pueden suscitar dudas sobre su utilización.

En definitiva vamos a contemplar la regulación de algunos tributos para dar respuesta al interrogante que nos planteamos en el título de este artículo: ¿está vigente el

principio de capacidad económica en algunos tributos o se ha superado *de facto* por su empleo en la práctica? A ello dedicamos las siguientes páginas.

II. LA FORMULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO Y SU MODULACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El tenor literal del art. 31.1 de la Constitución Española de 1978 se limita a indicar que “*Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo (...)*”, como no podía ser menos en un texto constitucional, puesto que no era el lugar apropiado para ofrecer detalles de sus preceptos; ello motivó el que se tuviera que completar el contenido y las exigencias de la capacidad económica a través de la doctrina tributaria y de la jurisprudencia constitucional.

En principio se puede colegir que se trata de un derecho-deber, como es bien sabido, ya que tanto limita a los poderes públicos para exigir los tributos solamente conforme a la riqueza del sujeto, como obliga a dicho administrado a contribuir de acuerdo con la misma, lo que denota el carácter de esta regla constitucional y su ubicación en la Sección 2^a del Capítulo II del Título I de la Constitución referida a los “*Derechos y deberes de los ciudadanos*”¹.

¹ Ya se ocupó del tema de la construcción dogmática del deber constitucional como deber jurídico el profesor RODRÍGUEZ BEREJO, A. cuando indicaba que “*Los deberes públicos, por contraposición a los derechos, son aquellas situaciones pasivas o de sujeción que se imponen a un sujeto para tutelar intereses que no son particulares suyos sino en beneficio de intereses generales de la comunidad.*

En la doctrina alemana del Derecho público de la segunda mitad del siglo XIX (C.F. von GERBER) los deberes estatales que se enuncian en la Constitución se situaban en la esfera del sometimiento de los ciudadanos a la voluntad, al poder del Estado y no son más que aplicaciones o manifestaciones singulares de la relación general (orgánica) de sujeción de los ciudadanos al Estado como contrapartida de los derechos que la propia Constitución les atribuye como miembros de la colectividad estatal. Esta ‘relación de poder’ (Gewaltverhältnis) no significa y no debe entenderse –en la construcción de GERBER– como una anulación o disolución del derecho, sino, antes al contrario, con una finalidad de garantía: la determinación de los límites jurídicos dentro de los cuales ha de desenvolverse y ejercerse el poder del Estado. La relación de poder que une al Estado y los ciudadanos en la que se contienen derechos (los derechos civiles y políticos) y deberes correlativos (deberes militares, deberes fiscales, etc.) que son la contrapartida al disfrute de los beneficios de la pertenencia del individuo a la comunidad y de la participación en la vida estatal.

Se extendió así en la dogmática del Derecho Público la construcción según la cual de la situación de supremacía en el que el Estado se encuentra y de la correlativa relación general de sumisión del individuo al Estado derivan los deberes públicos subjetivos. Deberes positivos (en el caso del deber de contribuir a los gastos públicos), que obligan a los particulares a realizar actos y prestaciones a favor del Estado que coadyuvan al cumplimiento de sus fines”.

(Vid.: “El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 125, 2005, págs. 19 y 20).

Por lo tanto, la configuración del deber de contribuir se ha diseñado como una manifestación del principio de solidaridad que subyace en los valores fundamentales del ordenamiento constitucional, deber cuya realización resulta especialmente apremiante y que justifica la derivación de exigencias, incluso a otros titulares no directamente relacionados, es decir, un genérico deber de colaboración con la Administración².

Así, como indica el profesor RODRÍGUEZ BEREIJO, el deber de contribuir proclamado en la Constitución aunque se dirige al individuo como tal, se configuraría, en su estructura normativa como un mandato dirigido al legislador para que concrete dicho deber y lo dote de sanción y no como vinculación de la conducta de las personas. Son los poderes públicos quienes se encuentran vinculados a él y a la creación respecto de los particulares de las obligaciones correspondientes, precisamente, en las condiciones y dentro de los límites que establece la Constitución³.

Con todo y con eso, la doctrina tributaria ha tratado de dar contenido al principio que nos ocupa y cuyo detalle no es posible abordar en esta sede, sino únicamente destacar algunas aportaciones que nos parecen de interés; en este sentido, se ha afirmado que el origen económico que se le reconoce a esta máxima hizo que se dudara de su

² Según opina ESCRIBANO LÓPEZ, F.: *La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles constitucionales*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 327 y ss.

³ Vid.: “El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico”, *ob. cit.*, pág. 24. Más adelante (pág. 25) el citado profesor escribe: “*Fruto acaso del defectuoso entendimiento del significado jurídico de los deberes constitucionales es la utilización equívoca del concepto de ‘deber constitucional de contribuir’ como equivalente y aun sustitutivo del de obligación tributaria como situación jurídica pasiva que surge de la relación jurídica tributaria, que comienza a encontrarse también en trabajos doctrinales recientes de nuestro Derecho Tributario, donde deber de contribuir y sujeto del deber de contribuir se identifican y sustituyen con los que, tradicionalmente, la dogmática jurídico-tributaria ha acuñado como (...) como si de una misma situación jurídica se tratara*”.

Finalmente, el mismo autor señala una triple función jurídico-política de la formulación constitucional del deber de contribuir: “*a) de legitimación del tributo, cuyo fundamento o justificación descansa no ya en la simple fuerza o poder de supremacía del Estado (frente a la impotencia del súbdito), sino en el deber de solidaridad de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos por su interés, en tanto miembros de la comunidad política, en la existencia y mantenimiento del Estado (...);*

b) de límite y de garantía jurídica, en cuanto la norma constitucional fija los límites del deber de contribuir, sin que el Estado pueda constreñir al particular a pagar más allá de tales límites o en razón o medida de criterios o cánones distintos de los fijados constitucionalmente (la capacidad económica). Y al propio tiempo, de garantía a los ciudadanos, pues aunque las normas constitucionales que imponen deberes cívicos más que garantizar la libertad y la propiedad individual las constriñen (...), sin embargo es también una norma de garantía en cuanto indirectamente limita el derecho de supremacía del Estado, que ha de configurar en cada caso, como elemento base de la imposición supuestos de hecho que sean reveladores de capacidad económica;

c) de orientación programática de la actuación de los poderes públicos, primordialmente del legislativo, al cual se le encomienda la creación de un sistema tributario justo como cauce para la actuación del deber de contribuir proclamado constitucionalmente, y funcionalmente conexas, como hemos dicho, con el gasto público”. (*Ob. cit.*, págs. 32 y 33).

viabilidad como principio jurídico, hecho que se ha superado claramente en la actualidad⁴.

Otro hecho debatido es la construcción conceptual en torno a la expresión “*capacidad económica*” en lugar de la de “*capacidad contributiva*” como establece el art. 53 de la Constitución Italiana de 1947. Para ello ambos términos se han utilizado para identificar el mismo principio, aunque se ha anotado⁵ que la capacidad contributiva engloba en su seno la referencia a una serie de elementos éticos, sociológicos, políticos y económicos. Por el contrario la expresión capacidad económica se refiere tan sólo a la titularidad de un cierto grado de riqueza manifestada a través del gasto, del patrimonio o de la renta. En definitiva, se ha tratado en la Constitución Española de acotar más el término y aunar la riqueza de origen económico con la noción jurídica de capacidad para contribuir al sostenimiento de los gastos públicos⁶.

En definitiva y centrándonos en el tema que desarrollamos en el presente trabajo, hay que poner en relación la capacidad económica del hipotético contribuyente con las diferentes figuras tributarias, lo que nos orientará a efectos de realizar el balance acerca del respeto de las mismas con dicha máxima.

Así, por lo que respecta a los tributos directos, hay que acudir a las palabras del profesor SÁINZ DE BUJANDA, cuando escribía: “*La renta neta y actual, efectivamente percibida por cada individuo, no es, sin embargo, íntegramente computable para fijar la extensión de la riqueza imponible del sujeto. Los gastos vitales mínimos han de ser detraídos de esa renta. Sólo la diferencia puede considerarse disponible para el pago del tributo, y, por tanto, sólo de ella podrá afirmarse que confiere capacidad contributiva al perceptor*”⁷.

En cuanto a los de carácter indirecto, el citado profesor distinguía entre *impuestos sobre el tráfico patrimonial e imposición sobre el consumo*. Respecto a los primeros indicaba que la doctrina no es unánime, aunque afirmaba que, en términos generales, el pronunciamiento sobre su respeto a la capacidad económica era favorable, ya que es cierta riqueza que circula y que, por ende, supone un volumen de imposición que

⁴ Vid. AIZEGA ZUBILLAGA, J.M.: *La utilización extrafiscal de los tributos y los principios de justicia tributaria*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2001, pág. 122.

⁵ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, M.: “Los principios generales tributarios”, *XVI Semana de Estudios Financieros*, Edersa, Madrid, 1968, págs. 99 y ss.

⁶ Como indica ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, la expresión ‘*capacidad económica*’ sustituyó a la de ‘*capacidad contributiva*’ en el Texto Constitucional tras una modificación operada en su tramitación parlamentaria, cuya justificación es similar a la indicada en el texto. (Vid.: “Artículo 31. El gasto público”, *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirección ALZAGA, O., tomo III, Edersa, Madrid, 1983, pág. 306.

Para la doctrina italiana, puede consultarse el resumen que realiza FALSITTA, G. (*Manuale di Diritto Tributario. Parte Generale*, 2ª ed., Cedam, Padua, 1997, págs. 139 y ss.). En él se abarcan todas las posibles acepciones de la “*capacità contributiva*”, considerándose como presupuesto para contribuir, como parámetro, como límite máximo de gravamen y como función solidaria y garantía del sistema tributario.

⁷ Vid.: *Hacienda y Derecho. Estudios de Derecho Financiero*, volumen III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pág. 206.

recae sobre elementos reales que provocan y que permiten disponer de medios de pago, como el tributo sobre las adquisiciones *mortis causa*. En cuanto a los tributos relativos al consumo le asaltaban más dudas, al decir que es intensa la tensión entre los ideales fiscales y la realidad tributaria, por el carácter ciertamente regresivo de estos gravámenes.

Finalmente es importante señalar que para adaptar la carga tributaria que cada sujeto ha de soportar a su capacidad individual de pago no es suficiente conocer las fuentes o manifestaciones de su riqueza ni medir ésta con el empleo de los criterios estimativos ya esbozados. Es necesario, además, utilizar ciertos métodos impositivos que conduzcan a una determinación precisa de los pagos tributarios que cada individuo ha de realizar. En términos amplios, contemplado el problema dentro de la órbita de la distribución tributaria, puede atribuirse la consideración de métodos impositivos al conjunto de medidas técnicas sancionadas por la normativa tributaria que, partiendo de una manifestación de la riqueza imponible de un sujeto, conducen a la determinación de la cuota impositiva que por esa riqueza ha de satisfacer. Métodos impositivos son, por tanto, en esta amplia acepción, no sólo las distintas modalidades de los tipos de gravamen –fijos, proporcionales o progresivos, en sus variadas especies–, sino también la estructura –real o personal– de los presupuestos de hechos de las obligaciones tributarias y el criterio –objetivo o subjetivo– que pueda utilizarse para la determinación de las cuotas. Esos distintos elementos son susceptibles de muy variadas combinaciones.

Pasando ya a la formulación que el Tribunal Constitucional ha ido realizando de la máxima que nos ocupa, podemos adelantar que las conclusiones a las que ha llegado el Alto Tribunal no son en modo alguno diáfanas, en nuestra opinión, ya que el cuerpo de doctrina jurisprudencial elude entrar en mayores consideraciones que las ya sabidas de buscar la riqueza allá donde ella se encuentre; en señalar como índices de dicha riqueza la adquisición o gasto de un renta, la posesión de un patrimonio y la circulación de bienes; en indicar q no hay capacidad económica si solo se quiere gravar una renta ficticia o inexistente y, finalmente, en salvar el respeto a dicho principio si únicamente concurre una renta potencial⁸.

Como ha señalado algún autor⁹, nuestra jurisprudencia ha conectado la interpretación de los principios del art. 31 con los valores positivizados en el artículo 1.1 de la Carta

⁸ Ahorramos al lector la enojosa enumeración de las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el tema y que se pueden consultar en diferentes trabajos: NIETO MONTERO, J.J.: “El principio de capacidad contributiva y su reflejo en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 238, 1995, págs. 917 y ss.; VARONA ALABERN, J.E.: “Concepto de tributo y principio de capacidad económica”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 135, 2007, págs. 541 y ss.; APARICIO PÉREZ, A.: “La falacia de la capacidad económica como criterio informador de los tributos”, *Información Fiscal*, núm. 79, 2007, págs. 13 y ss.; FERNÁNDEZ JUNQUERA, M. y GARCÍA-OVIES SARANDESES, I.: “Una visión sobre la financiación autonómica”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 4, 2016, págs. 9 y ss. y ROMERO ABOLAFIO, J.J.: “Proyección de los valores superiores sobre la fiscalidad y el gasto público”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2016, págs. 45 y ss.

⁹ ROMERO ABOLAFIO, J.J.: *ob. cit.*, pág. 81.

Magna, invocados a través de la fórmula del “Estado social y democrático de Derecho” en nuestra jurisprudencia. De este modo, “En relación a la vertiente de los ingresos, sin ánimo de exhaustividad, podemos encontrar esta conexión explicitada en el ATC 71/2008: “(...) sólo cabe exigir que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad en la realización del hecho imponible en aquellos tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el art. 31.1 CE. Éste es, como hemos tenido ocasión de afirmar varias veces, el caso del impuesto sobre la renta de las personas físicas, que ‘por su carácter general y personal, y figura central de la imposición directa, constituye una de las piezas básicas de nuestro sistema tributario. Se trata, indudablemente –hemos señalado–, de un tributo en el que el principio de capacidad económica y su correlato, el de igualdad y progresividad tributarias, encuentran una más cabal proyección, de manera que es, tal vez, el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta (art. 131.1 CE) y de solidaridad (art. 138.1 CE) que la Constitución española propugna (...) y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)’ (STC 182/1997, de 28 de octubre, F. 9; en el mismo sentido, SSTC 134/1996, de 22 de julio, F. 6; 46/2000, de 17 de febrero, F. 6; 137/2003, de 3 de julio, F. 7; 108/2004, de 30 de junio, F. 8 y 189/2005, de 7 de julio, F. 8)”¹⁰.

Además, la capacidad económica debemos entenderla no solo como un principio rector del sistema tributario que informa la definición y estructura de los hechos imponibles y bases tributarias de los gravámenes, sino también como un límite al legislador en los diversos sentidos que se han formulado en la doctrina y que consisten en un límite cualitativo y uno cuantitativo; el primero, en relación a los llamados tributos con fines no fiscales y sobre los que ya nos hemos ocupado de manera extensa en publicaciones anteriores¹¹; el segundo, como *medida del impuesto*, es decir, como prohibición de confiscatoriedad¹². En consecuencia podemos suscribir las palabras del profesor NIETO MONTERO, J.J. cuando finaliza su trabajo opinando que “se contribuye porque se manifiesta riqueza, pero para que tal contribución sea justa, la capacidad ha de actuar como límite, precisamente ayudada de la igualdad y su manifestación tributaria, la progresividad, dentro de los límites de la no confiscatoriedad”¹³.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 82.

¹¹ Vid.: “La tributación con fines ecológicos: El reciente gravamen francés para la protección del ambiente atmosférico”, *Revista de Información Fiscal*, núm. 14, 1996, págs. 7-19; *Fiscalidad y Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 1999; “Propuestas comunitarias sobre la fiscalidad de la energía”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 193, 2000, págs. 89-98.; “La fiscalidad ambiental: algunas reflexiones actuales”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2006, págs. 9-38; “La tributación medioambiental en las Comunidades Autónomas y en el Derecho Comparado”, *Economía y medio ambiente*, núm. 113, 2007, págs. 50-67; “La protección ambiental como alternativa de financiación de las Comunidades Autónomas, el caso de los impuestos sobre usos y aprovechamientos del agua embalsada de Galicia y Castilla y León”, Thomson Reuters-Lex Nova, Valladolid, 2013, 127-170.

¹² En palabras de NIETO MONTERO, J.J.: *ob. cit.*, págs. 936 y ss.

¹³ *Ibidem*, pág. 961.

El mismo autor vuelve a reflexionar sobre el tema en un trabajo más reciente a la luz de las medidas tributarias aprobadas durante los últimos años y que se han motivado en la crisis económica que está asolando nuestro país; en efecto, las conclusiones a las que llega, que compartimos plenamente, consisten en considerar que la crisis económica ha sido utilizada por los poderes públicos para subvertir el orden constitucional en materia tributaria, de modo que ni se respeta la distribución de competencias derivadas de la Carta Magna, ni se legisla con respeto a los principios de justicia, que han dejado de operar como límites al poder tributario y como guías de la acción normativa. Ello podría llevar, como han señalado algunos autores, a considerar la acción legislativa como una acción corrupta, cuya única solución pasa por la atribución a los órganos jurisdiccionales ordinarios de la potestad de aplicación directa de la norma constitucional y la consecuente inaplicación de las normas inferiores que la contravengan¹⁴.

De lo que no cabe ninguna duda de es de la plena aplicación del tantas veces citado principio de capacidad económica en el ámbito de la figura tributaria por excelencia que es el impuesto; por otra parte, en lo que se refiere a la contribución especial, por su propia naturaleza creemos que cumple con las exigencias del mismo, ya que el presunto beneficio o aumento de valor de los bienes del contribuyente denotan ya la mayor riqueza del mismo para poder sufragar el gravamen¹⁵.

¹⁴ Vid.: NIETO MONTERO, J.J.: “El artículo 31 de la Constitución Española: ¿otra víctima de la crisis económica?”, *Dereito*, vol. 22, noviembre, 2013, págs. 394 y 395.

¹⁵ Comentando un Auto del Tribunal Constitucional 71/2008, de 26 de febrero, por el que se inadmitió una cuestión de constitucional en relación al principio que nos ocupa, el profesor RODRÍGUEZ BEREIJO escribe: “*La posición del Tribunal respecto del principio de capacidad económica puede resumirse diciendo que si bien no puede gravarse con un impuesto una capacidad económica inexistente (virtual o ficticia) –aunque sí la que equivale a renta potencial– no se exige, en cambio, que el gravamen del impuesto esté en función de la concreta capacidad económica. De este modo, una parte de los impuestos que integran el sistema tributario quedarán fuera del ámbito tutelado por la norma constitucional y fuera del contenido declarado de la capacidad económica como exigencia constitucional del justo reparto de la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos. Respecto de ellos, la capacidad económica no puede actuar como parámetro o medida de cuantificación de la imposición sino, a lo sumo, como límite último y extremo que impide un resultado confiscatorio.*

Estamos –en mi opinión– ante una reducción difícilmente admisible del ámbito declarado de una norma constitucional, en este caso el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE), al que se vacía de contenido. Según la doctrina vertida en este Auto, el Tribunal Constitucional parece entender el principio de capacidad económica como una norma que opera frente al legislador como criterio y límite dirigido únicamente a preservar la justicia, racionalidad y coherencia del sistema tributario en su conjunto y por tanto, sólo aplicable a aquellas figuras impositivas que ocupan una posición troncal dentro de la estructura del sistema fiscal, y no a fijar la medida de la contribución de cada uno al sostenimiento de los gastos públicos. Así, se despoja al precepto constitucional de su vertiente subjetiva y garantista (facultad reaccional) respecto de la tributación de cada contribuyente frente a toda figura impositiva, como concreta medida de la igualdad en la determinación de la carga tributaria que debe soportar; cuya modulación de acuerdo con su capacidad económica (en función de la intensidad en la realización del hecho imponible) sólo sería predicable, según dicha doctrina, en aquellos tributos «que por su naturaleza y caracteres

En cambio, pasando al campo de la tasa, la cuestión es más discutible, pues hallar resquicios de riqueza gravable es más complicado en ciertas situaciones y, más todavía, intentar aunar o adaptar la cuota tributaria de la misma a las circunstancias del contribuyente, hecho que ha llevado a la doctrina a preguntarse sobre si dicho principio es inherente a la figura de la tasa, como realiza el profesor VARONA ALABERN, quien opina que se trata de una compleja y sutil cuestión que la doctrina tributaria viene debatiendo desde hace muchos años, sin que se haya logrado alcanzar una conclusión unánime. La mayor parte de los tributaristas españoles han defendido la necesaria presencia de capacidad económica en la tasa. Otros autores son, por una parte, conscientes de los problemas que plantea el admitir la inherencia de este principio en esta clase de tributos, llegado incluso a afirmar que la tasa ‘no deviene como consecuencia de una manifestación de capacidad económica’, pero cuando se ven abocados a extraer conclusiones, ya por el art. 31.1 de la Constitución, ya por el peso de nuestra tradición doctrinal, no acaban de dar el paso y terminan por concederle cierta relevancia. Tampoco faltan quienes consideran que tal principio opera en sentido negativo, ya que a la tasa no se le pide que consiga la progresividad del sistema, lo que sería técnicamente imposible, sino al menos que no lo desvirtúe¹⁶.

Por nuestra parte nos adherimos al autorizado parecer en materia de tasas como es la de la profesora RUIZ GARIJO para quien es cierto que si afirmamos tajantemente el carácter de contraprestación (existencia de bilateralidad), nos encontramos con que no es posible graduar la cuantía de la tasa en función del principio analizado. La propia Ley de Tasas y Precios Públicos y la Ley Reguladora de las Haciendas Locales han establecido que ‘en la fijación de las tasas se tendrá en cuenta, cuando lo permitan las características del tributo, la capacidad económica de las personas que deben satisfacerla’. En la segunda, se declara que ‘para la determinación de la cuantía de las tasas deberán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas’. Sin embargo, hay que tener en cuenta lo establecido en el art. 31.1 de la Constitución: que ‘todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica’. En este sentido, la capacidad económica de los sujetos llamados a contribuir es un criterio que debe ser tenido en

resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir», como serían los grandes impuestos generales sobre la renta, el patrimonio y el gasto o consumo.

*Doctrina que, como se sostiene acertadamente en el Voto Particular discrepante del Magistrado Manuel Aragón Reyes, contradice el texto de la Constitución («todos contribuirán... de acuerdo con su capacidad económica») y la propia jurisprudencia del Tribunal; de manera singular, la STC 193/2004, F. J. 5º, a propósito de una norma del Impuesto sobre Actividades Económicas, en la cual explícitamente se rechazó la argumentación del Abogado del Estado en el sentido de que el principio de capacidad económica resulta predicable únicamente del sistema tributario en su conjunto, con la cual pretendía justificar la existencia de figuras impositivas, directas de carácter real, sobre el mero ejercicio de actividades empresariales y que se exijan por una capacidad económica meramente virtual o ficticia dado que no ocupan una posición central en el sistema tributario». (Cfr.: RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: “Una vuelta de tuerca al principio de capacidad económica”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 142, 2009, págs. 11 y 12).*

¹⁶ Vid.: VARONA ALABERN, J.E.: “Concepto de tributo y de principio de capacidad económica”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 135, 2007, págs. 576 y 577.

cuenta en cada uno de los tributos. Claro está que principio tendrá distinto protagonismo según nos encontremos con tributos de naturaleza impositiva o de naturaleza retributiva (tasas). Mientras que en los primeros dicho principio es su causa y fundamento principal (es un criterio de contribución), en el resto de tributos con estructura retributiva, la capacidad económica opera como un límite a la contribución de las tasas. Esta capacidad económica obliga a considerar el mínimo vital del sujeto beneficiado (mediante el establecimiento de exenciones). En definitiva, permitir la utilización gratuita de un servicio público se inscribe en este mínimo de subsistencia que debe ser respetado por el tributo.

Más discutible es considerar la capacidad económica del sujeto pasivo como un criterio de graduación de la cuantía de la tasa. Por un lado, y por lo que se refiere a la prestación de un servicio público, como el de recogida de basuras, tanto la Ley de Tasas y Precios Públicos como la Ley Reguladora de las Haciendas Locales disponen que ‘la cuota tributaria podrá consistir en una cantidad fija señalada al efecto, determinarse en función de un tipo de gravamen aplicable sobre elementos cuantitativos que sirvan de base imponible o establecerse conjuntamente por ambos procedimientos’ (art. 19.4 Ley de Tasas y art. 24.3 Ley Reguladora). A partir de este precepto, ningún reproche merece, en principio, la cuantificación de la tasa por recogida de basuras atendiendo al número de estrellas o a las plazas disponibles de los hoteles (asignándosele una cuantía fija, estableciéndose como base imponible a la que aplicar un tipo de gravamen o utilizándose ambos criterios).

Por otro lado, sin embargo, hay que tener en cuenta dos límites establecidos por las Leyes citadas (y que, en nuestra opinión, contribuyen a salvar la indeterminación del precepto anterior). El primero, el establecido en el art. 19.2 de la Ley de Tasas y Precios Públicos y en el art. 24.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales: ‘el coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida’. Como puede observarse, y aquí surge otro de los problemas en la cuantificación de las tasas, ambos preceptos se refieren al ‘coste conjunto’. Es decir, según dicho precepto, la cuantía total recaudada no deberá exceder del coste total del servicio, tal y como se afirma en la sentencia comentada. ¿Debe, de este modo, prescindirse del coste individual provocado o del que se beneficia el sujeto pasivo y, por ello, desvirtuarse este importante límite? En nuestra opinión no. Ello por diversos motivos. El primero, porque en ambos preceptos, como acabamos de ver, se establece un criterio de aplicación subsidiaria: ‘el valor de la prestación recibida’. Es decir, si el coste global del servicio no puede ser determinado, debe atenderse al valor de la prestación recibida por el beneficiario del servicio público o de la actividad administrativa.

En segundo lugar, un segundo límite en la cuantificación de las tasas es el principio de equivalencia, establecido en el art. 7 de la Ley de Tasas y Precios Públicos (de aplicación supletoria a las Haciendas Locales, tal y como dispone la Disposición adicional séptima de dicha Ley): ‘las tasas tenderán a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible’ (art. 7). Si el hecho imponible es la prestación de un servicio o la realización de una actividad administrativa en beneficio

de un sujeto determinado, a partir de este precepto, el límite del importe total del servicio deberá aplicarse con carácter individual¹⁷.

Para finalizar este epígrafe no nos resta sino hacernos eco de dos opiniones que muestran aspectos actuales de la problemática en la aplicación práctica del principio de capacidad económica y que nos sirven para enlazar en el apartado siguiente con el breve recorrido que queremos efectuar a través de algunos tributos; en primer lugar, la del profesor APARICIO PÉREZ cuando sienta como conclusiones a este tema, entre otras, que la capacidad económica no puede predicarse de todos los tributos sino sólo y exclusivamente de los impuestos, por lo tanto no puede aplicarse a la totalidad del sistema extendiéndola a las tasas y a las contribuciones especiales, ya que estos gravámenes por la propia naturaleza que les ha dado el legislador se basan en el principio del beneficio y no de la capacidad de pago. También considera que responde siempre a una realidad económica real y directa. Nada más contrario de ella que gravar una riqueza o renta potencial o virtual, siendo en el derecho español una referencia genérica sin contenido propio, debiendo aplicarse, en consecuencia, a través de otros principios como el de generalidad o de no confiscatoriedad¹⁸.

En segundo término las profesoras FERNÁNDEZ JUNQUERA y GARCÍA-OVIES SARANDESES, cuando, al referirse a los problemas de los tributos con fines no fiscales piensan que la situación creada podría conducir a entender que es la finalidad extrafiscal, pretendidamente justificada en la mayoría de los tributos autonómicos, la que los identifica y distingue de los estatales. Pero más bien creemos que se trata, en muchos casos, de una justificación falaz y que, si en su momento se destinó un gran esfuerzo a la justificación constitucional de los tributos con fines extrafiscales, ahora toca reconocer que dicha extrafiscalidad esconde, en la mayor parte de las veces, una pretensión claramente recaudatoria. Es más, nos atreveríamos a decir que estamos en un punto de inflexión y que si, hace un tiempo, se hablaba de la ‘crisis’ del principio de capacidad económica, ahora deberíamos tender de nuevo al ‘apogeo’ de dicho principio si no queremos caer definitivamente en su abandono. A nuestro juicio, la invocación de la finalidad extrafiscal para justificar el establecimiento de muchos tributos autonómicos, de un lado, y, de otro, para introducir en nuestro sistema tributario un conjunto poco conexo de beneficios fiscales, con fines políticos en muchos casos, distorsiona sustancialmente dicho ‘sistema’ y contribuye a que la capacidad económica se vaya diluyendo como principio inspirador del mismo¹⁹.

En fin, esperemos que la realidad económica que domina la actuación tributaria en nuestro país no acabe por domeñar y someter al principio de la capacidad contributiva cuyo respeto dudamos que se realice correctamente en algunas figuras impositivas, como tendremos ocasión de comprobar en el siguiente epígrafe de este trabajo. Para

¹⁷ Vid.: RUIZ GARIJO, M.: “¿Principio de capacidad económica en la cuantificación de la tasa por recogida de basuras? Una llamada sobre el carácter impositivo de algunas tasas”, *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 155, 2003, págs. 2 y 3.

¹⁸ Vid.: APARICIO PÉREZ, A.: “La falacia de la capacidad económica como criterio informador de los tributos”, *Información Fiscal*, núm. 79, 2007, pág. 44.

¹⁹ Vid.: FERNÁNDEZ JUNQUERA, M. y GARCÍA-OVIES SARANDESES, I: *ob. cit.*, pág. 30.

dicha verificación utilizaremos el método de contrastar algunos aspectos de diversos gravámenes en una doble perspectiva: en primer lugar, considerando si existe una auténtica riqueza que deba estar obligada a contribuir y, en segundo término, si se ha tenido en cuenta la tantas veces citada capacidad económica para modular la cuota a pagar por parte de los sujetos pasivos, circunstancia esta última que parece soslayar el Tribunal Constitucional, como hemos comprobado anteriormente.

III. EXAMEN DEL RESPETO EFECTIVO A LA CAPACIDAD ECONÓMICA EN DIVERSOS TRIBUTOS ESTATALES

A) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Comenzamos el repaso a algunos tributos actualmente exigidos en España con carácter estatal –dejando al margen el hecho de que una parte de los mismos están, como es bien sabido, cedidos en su recaudación total o parcialmente a las Comunidades Autónomas–, con el análisis del impuesto más representativo del sistema tributario, es decir, con el **Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**.

Este gravamen supone la pieza central de dicho sistema pues da la nota de progresividad al mismo y trata de adecuar “*la renta de las personas físicas de acuerdo con su naturaleza y sus circunstancias personales y familiares*”, tal como reza el art. 1 de su Ley reguladora.

Todo ello nos llevaría a pensar que este tributo es el más respetuoso con el principio de capacidad económica que es objeto de este estudio, pues tanto la propia riqueza sometida a gravamen –la renta de una persona física residente en España–, como los medios de estimación de la base imponible y de cálculo de la cuota parecen responder y estar condicionados a la efectiva presencia de dicha renta.

Sin embargo en un análisis detenido de algunos preceptos de la Ley reguladora del Impuesto (Ley 35/2006, de 28 de noviembre) descubrimos problemas de respeto a la máxima constitucional, que pasamos a describir someramente.

En primer lugar, el art. 7.m), que declara exentas “*las ayudas de contenido económico a los deportistas de alto nivel ajustadas a los programas de preparación establecidos por el Consejo Superior de Deportes con las federaciones deportivas españolas o con el Comité Olímpico Español (...)*”.

Si contrastamos esta exención con la presencia –o, en este caso, ausencia– de riqueza se comprueba que la razón de ser de esta medida tributaria no está incidiendo en una falta de capacidad económica o en un nivel menor de capacidad que otro tipo de contribuyentes; en efecto, si se trata de ayudar a deportistas para realizar programas específicos de preparación, entendemos que debería abrirse el abanico de ayudas a todo tipo de deportistas, no solo a los de *alto nivel*, lo que discrimina a los que no tengan dicha conceptualización, a la par de que los que no tengan dicha adjetivación

normalmente tendrán un menor acceso a las vías de financiación, al igual que a otro tipo de ingresos como de tipo publicitario o de derechos de imagen.

Además, a la hora de someter a gravamen a los deportistas que no tengan ese alto nivel o que no estén incluidos en los programas de preparación específicos, no se modula la cuota a pagar por el impuesto de ninguna forma, con lo que se ven beneficiados los que encima reciben un ingreso extra, frente a los que no obtienen ninguna para ayudarles en sus actividades²⁰.

La conclusión por lo tanto es dudar del respeto al principio de capacidad económica, hecho que comprobaremos en el resto de artículos de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que seguimos comentando.

En segundo término, el art. 17.1.b) considera como rendimientos del trabajo las “prestaciones por desempleo”. En este caso, no vamos a entrar en la polémica sobre si es un subsidio o una renta real, ya que se supone que su obtención viene motivada por la necesidad de conseguir un mínimo vital de subsistencia en tanto se está buscando un empleo por parte de la persona beneficiada por la misma. Ya anteriormente se había declarado la exención de este tipo de ingresos en el artículo 9.1 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto, cambiándose el parecer del legislador por medio del artículo 62 de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1994. Desde entonces se ha hecho tributar al subsidio por desempleo salvo en los casos de pago único con algunos requisitos, tema que excede el contenido de este trabajo.

Pensamos que no existe una riqueza en sí susceptible de gravamen, máxime cuando el perceptor de la ayuda por desempleo no obtiene otros ingresos o cuando sí están exentas, por ejemplo, las prestaciones de la Seguridad Social por gran invalidez o incapacidad permanente absoluta (art. 7.f) de la Ley del Impuesto). Además, podría modularse la cuota a pagar, pues no son un rendimiento del trabajo ordinario como pueden ser los demás, al menos en las pensiones por desempleo que sean de cuantías más bajas, y no solo dejar todo el peso de la adaptación de las circunstancias personales del contribuyente al modo de proceder del mínimo personal y familiar.

Otro aspecto es el contenido en el art. 17.2.a).7ª, cuando establece el gravamen de “*las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los seguros de dependencia conforme a lo dispuesto en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*”. Podemos realizar un razonamiento parecido al anterior, en función de la menor –o incluso, nula– riqueza de la que dispone el contribuyente que acude a dichas figuras de seguro, pues necesitará de unas ayudas para poder subvenir a sus necesidades básicas que en otros contribuyentes no sean

²⁰ Vid.: CORCUERA TORRES, A.: “La exención de deportistas de alto nivel en la nueva Ley del Impuesto sobre la Rentas de las Personas Físicas”, *Revista Jurídica de Deporte y Entretimiento*, núm. 2, 1999, págs. 13 y ss. y GARCÍA NOVOA, C.: “Exenciones en el IRPF de las ayudas a deportistas de alto nivel y de las indemnizaciones por despido percibidas por técnicos y jugadores”, en la Obra Colectiva: *Régimen Tributario del Deporte*, Thomson-Reuters, Navarra, 2013, págs. 29 y ss.

necesarias al disponer de mayor capacidad económica²¹. En este sentido creemos que gran parte de las mismas deberían ser declaradas exentas.

Muy similar al anterior es el caso del art. 17.2.f), que considera rendimientos del trabajo “*las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge y las anualidades por alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 de esta Ley*”.

La diferencia de trato entre pensión compensatoria debida al *cónyuge* –aunque pensamos que debería la norma hablar más bien del *excónyuge*– y los alimentos recibidos por los hijos es clara, pues los últimos se declaran exentos y la primera sujeta. Las razones del legislador se dirigen a la protección de los menores y al hecho de que el antiguo integrante del matrimonio es una persona mayor de edad que puede obtener otra fuente de ingresos; sin embargo, nuestra opinión va un poco más allá y creemos que habría que haber arbitrado alguna medida para adaptar mejor la capacidad económica del sujeto receptor de una pensión compensatoria, ya que en algunas ocasiones la situación financiera del mismo será muy difícil tras una separación o divorcio, lo que puede conllevar a una falta real de riqueza que la Ley no contempla, por lo que debería existir alguna forma de evitarlo. Así, se podría pensar en una exención de la pensión recibida, si el sujeto no demuestra tener más rendimientos en cierta cuantía o una reducción específica al rendimiento neto del art. 20 de la Ley del Impuesto.

En cambio, como es bien sabido, la situación del sujeto pagador de dicha pensión compensatoria está, en cierto modo, sobreprotegida, pues el art. 55 de la Ley le permite reducir su base imponible con el importe total de la pensión sufragada, sin ninguna limitación salvo la cuantía total de dicha base, lo que desemboca, en la práctica a que las rentas más altas se beneficien más de dicha reducción que las más bajas; en efecto, como dispone el artículo 50 de la Ley del Impuesto: “*La base liquidable general estará constituida por el resultado de practicar en la base imponible general, exclusivamente y por este orden, las reducciones a que se refieren los artículos 51, 53, 54, 55 y disposición adicional undécima de esta Ley, sin que pueda resultar negativa como consecuencia de dichas disminuciones*”, lo que conduce a que si la base imponible del sujeto es inferior a la pensión entregada, no podrá reducir en su totalidad la misma, lo que hace, *de facto* que los contribuyentes con menores rentas se vean perjudicados al no poder descontarlas, mientras los que sí disponen de ellas las absorberán en su integridad.

²¹ Desde un punto de vista genérico, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, M.: “El régimen fiscal de la dependencia”, *Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 2, 2008, págs. 187 y ss.; DELGADO GARCÍA, A.M. y OLIVER CUELLO, R.: “Aspectos fiscales de la discapacidad y la dependencia”, en la Obra Colectiva: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 545 y ss. y GUERVÓS MAÍLLO, M.A.: “Medidas fiscales sobre la dependencia y la discapacidad en la Unión Europea y en España”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 303, 2010, págs. 109 y ss.

Es claro, por lo tanto, el trato diferencial entre rentas, determinándose un carácter ciertamente regresivo del impuesto en este caso, a la par que poco respetuoso con la capacidad económica.

Por otro lado, el art. 19.2.e) declara como gasto deducible de los rendimientos del trabajo “*Los gastos de defensa jurídica derivados directamente de litigios suscitados en la relación del contribuyente con la persona de la que percibe los rendimientos, con el límite de 300 euros anuales*”.

De nuevo, como en el supuesto anterior se está perjudicando al contribuyente con rentas inferiores, porque al establecerse una limitación de 300 euros se está obligando a soportar a la renta del trabajador, que está litigando contra su antiguo empresario, el exceso de costes de representación en un proceso judicial y que, ciertamente, serán en muchos casos superiores a dicha cuantía. Para el trabajador con ingresos superiores el esfuerzo económico será menor, lo que conduce otra vez a que podamos pensar que se está obrando de forma inversamente proporcional a la capacidad económica de los contribuyentes, pues el que más tiene notará menos el coste del litigio que el que no alcanza un rendimiento muy elevado.

Siguiendo con nuestro examen, podemos citar el art. 24, que obliga a declarar como rendimiento en caso de parentesco por cesión de bienes inmuebles el porcentaje derivado de las imputaciones de rentas inmobiliarias del art. 85 de la Ley, lo que nos sitúa claramente ante la problemática de este trabajo; en efecto, en algunos casos –y más en la época de crisis de estos momentos– la única solución para algunas familias que han perdido sus viviendas por impagos de créditos hipotecarios es volver a convivir con sus familiares, principalmente sus ascendientes. Con esta medida tributaria del art. 24, se está haciendo recaer un gravamen sobre una riqueza inexistente, pues el propietario de una vivienda en la que ahora residen más personas habrá visto su capacidad económica disminuida, en vez de ampliada, al no recibir mayores ingresos y subir efectivamente sus gastos por ese uso múltiple del inmueble²².

Además, al obligar a tributar con carácter mínimo de acuerdo con el art. 85, no se les permite descontar ningún gasto deducible, lo que evita la modulación del gravamen conforme a la capacidad económica del contribuyente y se está impidiendo la correcta aplicación del mismo. Evidentemente, habrá casos en que se estará encubriendo un alquiler que no se declara por parte de parientes que, incluso, disfrutarán gratuitamente de una vivienda, pero no en una gran mayoría de supuestos en los que es la necesidad vital la que empuja a dichas situaciones.

En relación a los gastos deducibles de los rendimientos de capital mobiliario, el art. 26 solo incluye en su apartado 1.a) los gastos de administración y depósito de valores negociables, habiéndose suprimido los derivados de la custodia y mantenimiento de

²² En este sentido: RUIZ GARIJO, M.: *Los rendimientos de capital inmobiliario en el nuevo IRPF*, Edersa, Madrid, 2003, págs. 24 y ss. y MARTÍNEZ AZUAR: “Rendimientos del capital inmobiliario e imputaciones de renta inmobiliarias tras la Ley 35/2006 del IRPF”, *Técnica Tributaria*, núm. 80, 2008, págs. 81 y ss.

cuentas bancarias y similares; en cambio, sí que se contenían en la regulación de 1978 (art. 17.3.1.a)) y de 1991 (art. 39.Uno), respectivamente, de las Leyes reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, si bien se incluían genéricamente en la expresión “*gastos de administración y custodia*”, aunque sin añadir, como hace la disposición actual ninguna concreción respecto a que sean los derivados de valores negociables, lo que permitía una interpretación más amplia y, a nuestro juicio, más respetuosa con la capacidad económica del precepto.

Incluso podemos ir más allá y advertir que si se examina detenidamente la legislación vigente, se comprueba que los gastos por comisiones de las entidades de crédito sí pueden ser deducibles para los contribuyentes que ejerzan actividades económicas, pues se les permite descontar en los regímenes de estimación directa todos los gastos necesarios para obtener los rendimientos, al remitirse el art. 28 de la Ley 35/2006 a la regulación correspondiente del Impuesto sobre Sociedades que consiste en los arts. 15 y 16 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, de la que nos ocuparemos en el epígrafe siguiente. Dichos preceptos no excluyen dichos gastos, salvo que sean de muy elevada cuantía, lo que redundaría en una cierta vulneración no solo de la capacidad económica de los contribuyentes que vean mermados sus ingresos por rendimientos de capital mobiliario al pagar las mentadas comisiones, sino que también se puede vulnerar el principio de igualdad, cuando se les permite descontar las cuantías a las personas físicas que ejercen actividades empresariales y profesionales, mientras que a los demás, no, cuando muchos contribuyentes tendrán un efectivo nivel de riqueza muy inferior a los empresarios y profesionales.

De forma parecida, el art. 30.2.5ª permite como gasto deducible para los rendimientos de actividades económicas en régimen de estimación directa “*las primas de seguro de enfermedad satisfechas por el contribuyente en la parte correspondiente a su propia cobertura y a la de su cónyuge e hijos menores de veinticinco años que convivan con él. El límite máximo de la deducción será de 500 euros por cada una de las personas señaladas anteriormente*”.

Dejando al margen la elevación de dicho límite a 1.500 euros para el caso de personas con discapacidad, hecho que conlleva otras valoraciones diferentes a las que efectuamos en el presente trabajo, lo que sí llama la atención es que se permita la deducción de dichos gastos para los familiares del empresario o profesional persona física y no se permita en la normativa del Impuesto dicha medida para los mismos familiares de un sujeto que gane rendimientos del trabajo. Evidentemente no cuestionamos la deducción para el propio contribuyente cuando tienen el carácter obligatorio, como sucede anteriormente en el mismo art. 30.2.1ª, pero sí que habría que dudar cuando se le permite deducir, a mayores, las cuantías de dichos seguros, máxime cuando tengan carácter voluntario, pues esta posibilidad está vetada para los sujetos que obtienen rendimientos del trabajo; en efecto, estos últimos pueden deducirse las cotizaciones a la Seguridad Social o derechos pasivos, pero no los seguros voluntarios de enfermedad que sí se permiten para los contribuyentes que ejerzan actividades económicas. Si a ello se añade que no solo para el propio sujeto pasivo, sino también para su cónyuge e hijos menores de veinticinco años, encontramos un nuevo problema de respeto al principio constitucional que nos ocupa, pues parece que debe protegerse más la riqueza del empresario que la del trabajador

y, más todavía, cuando no se subordina el efectivo descuento de las cantidades de los familiares a ningún otro requisito, pues no se prevé el hecho de que dependan para subsistir de nadie, salvo el condicionante de la convivencia, que no trae consigo necesariamente la dependencia económica.

En definitiva, se trata de un nuevo supuesto dudoso en el que se está gravando una supuesta mayor capacidad económica –la del trabajador que no puede descontar gastos de seguros de enfermedad de sus familiares– frente a una menor riqueza en la figura del empresario o profesional que sí está habilitado para ello por la Ley del Impuesto²³. No pensamos que ello sea acorde al precepto constitucional, ni incluso al principio de igualdad tributaria que excede los límites de este estudio.

En otro orden de cosas, el art. 42.3.f) declara exentas “*la entrega a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000 euros anuales, siempre que la oferta se realice en las mismas condiciones para todos los trabajadores de la empresa, grupo o subgrupos de empresa*”.

Esta previsión, que tiene su origen y razón de ser en la entrega de opciones o de parte de la empresa para sus altos directivos, denota un grave cumplimiento del principio de capacidad económica, pues, permite abonar retribuciones en especie del trabajo sin tener que tributar por ellas y, si se desciende al mundo de la práctica, se llega a la fácil conclusión de que los beneficiados no serán los trabajadores de menores ingresos²⁴; en efecto, salvo en contadas ocasiones –piénsese en el caso de cooperativas de trabajadores en las que se les puede retribuir de esta forma– lo habitual será que seguirán siendo los citados directivos –con una gran capacidad o riqueza normalmente– los que se beneficien de esta exención –si bien limitada a los 12.000 euros anuales–. Con ello, se estará operando de forma inversa a la máxima que nos ocupa, pues se está otorgando una rebaja fiscal a quien más debería tributar en función de su riqueza.

Por último, debemos llamar la atención sobre el art. 85, relativo a la imputación de rentas inmobiliarias que, como es bien sabido, hace tributar a los inmuebles urbanos vacíos por un porcentaje de su valor catastral. Esta medida nos parece que vulnera claramente la capacidad económica del contribuyente, pues se está haciendo derivar una renta que es claramente inexistente y que, solo bajo la nota de una imputación de renta –presunta en todo caso– y claramente potencial se puede soslayar el inconveniente de hacer recaer el gravamen sobre la mera titularidad de bienes y no

²³ Como es lógico una cuestión distinta es la posibilidad de que sea el propio empresario el que pague las primas de los seguros de enfermedad a sus trabajadores o sus familiares, hecho que sí está previsto en la Ley en el art. 42.3.c) que los considera retribuciones en especie exentas. Pero lo que no está contemplado es que sea el trabajador el que las abone y ello no se considera gasto deducible como hemos comprobado en el texto.

²⁴ Sobre este tema: MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: “Régimen fiscal de la entrega a los trabajadores de acciones de la empresa”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 169, 1997, págs. 139 y ss.

sobre sus frutos, que es el objetivo primordial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas²⁵.

Se podría argumentar, no obstante, que el objetivo de este precepto es incentivar a que gran parte de los inmuebles que se encuentran sin utilizar afloren al mercado inmobiliario por medio de su venta o arrendamiento, pero dicha justificación no justifica, a nuestro parecer, la onerosidad del tributo; ello es así porque –y más en los tiempos de crisis inmobiliaria–, la titularidad de una finca o construcción urbana hoy en día puede ser más una fuente de gastos y obligaciones que de ingresos –aunque sean potenciales–; para ello basta con pensar en que incluso se podría estar rondando una doble imposición *de facto*, al incidir sobre la mera titularidad de un inmueble –imputándole una renta presunta– al igual que hace el Impuesto sobre el Patrimonio en su art. 10.

En la práctica hallaremos situaciones concretas de todos los tipos y, para el supuesto de personas que tengan los pisos cerrados con un mero fin especulativo, creemos que ya es suficiente con que contribuyan en el Impuesto mediante la ganancia patrimonial que hipotéticamente pueden obtener cuando los enajenen; en cambio, para los que hayan obtenido los bienes con otras causas: herencia, compra con el fin de habitarlos en un futuro, el art. 85 les está haciendo tributar por una riqueza que no es propiamente una adquisición de una renta –que es el objetivo del Impuesto– de manera que no solo se está incidiendo en una capacidad no existente, sino que tampoco se modula la cuantificación del tributo por medio de la misma. En este último sentido piénsese en que –al ser técnicamente una imputación de renta– no se permite ningún gasto deducible al contribuyente –como podría ser el Impuesto sobre Bienes Inmuebles o los gastos de comunidad o reparación– lo que impide más todavía esa modulación del gravamen a través de la tantas veces citada capacidad económica del sujeto pasivo.

En definitiva, estos ejemplos que hemos indicado suponen una visión de los problemas que la aplicación estricta del principio constitucional suscita en el impuesto personal sobre la renta y ello nos permite reflexionar sobre el efectivo respeto y vigencia del mismo.

B) Impuesto sobre Sociedades

A continuación vamos a utilizar la misma metodología para el tributo que grava la renta de las personas jurídicas residentes en España; en consecuencia, de un análisis de la ley 27/2014, de 27 de noviembre, deducimos los siguientes problemas de respeto al principio de capacidad económica:

Primero, en el art. 9.3.c), cuando establece la exención parcial en el tributo para “*los colegios profesionales, las asociaciones empresariales, las cámaras oficiales y los*

²⁵ Para un mayor detalle del tema de las viviendas desocupadas y su tributación en normas anteriores a la vigente, véase: HERRERA MOLINA, P.M.: *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 211 y ss.

sindicatos de trabajadores”. En este caso no pensamos que sea la misma situación la de las diferentes entidades que se mencionan en el precepto, pues la motivación para obtener la exención citada es muy distinta en el caso de un sindicato que en el de una asociación de empresarios; para este último supuesto, no creemos que exista una auténtica falta de capacidad económica –que motiva el beneficio fiscal– pues en muchas ocasiones dichas asociaciones tendrán una finalidad lucrativa, no altruista, que es la que en el fondo sirve de soporte argumental a todo. En consecuencia, se está alterando la razón de ser de la máxima constitucional.

Por otra parte, para los colegios profesionales y las cámaras oficiales, tampoco hallamos un fundamento claro de su reducción tributaria, ya que disponen de recursos suficientes para atender a sus finalidades –piénsese en los visados colegiales y en el recurso cameral permanente que se atribuyen las citadas cámaras– que incluso denotan una mayor riqueza que en otro tipo de sociedades. Por ello se está actuando, a nuestro parecer, en relación inversa a la búsqueda de medios económicos suficientes para contribuir.

En segundo término, el art. 13.1.1º, cuando excluye de deducción las pérdidas por deterioro por posibles insolvencias de “*los créditos adeudados por entidades de derecho público, excepto que sean objeto de un procedimiento arbitral o judicial que verse sobre su existencia o cuantía*”.

Dejando al margen el hecho de la admisión como pérdida por deterioro si hay dicho procedimiento relativo a su existencia o cuantía, lo que, caso de no aplicarse, pondría en tela de juicio la propia naturaleza de la deuda en cuestión, lo cierto es que las situaciones de insolvencia de los entes públicos ha motivado en los últimos años de crisis económica muchísimas dificultades financieras a los operadores privados del mercado; en consecuencia, la figura de la deducción de la provisión por insolvencias tiene su fundamento en evitar la tributación por una renta que no se ha recibido efectivamente y hay pocas posibilidades de obtenerse a corto o medio plazo.

Se podría pensar que los entes públicos –máxime después de las medidas aprobadas últimamente para garantizar (o tratar de garantizar) el pago de sus deudas– siempre consiguen allegar recursos para hacer frente a sus obligaciones, lo que excluiría a sus créditos de los que estamos tratando y sí estaría plenamente justificada entonces la ausencia de provisión; sin embargo, la realidad es muy diferente, pues los casos de ausencia de liquidez y de suspensión de pagos de ciertas entidades públicas –como los Ayuntamientos– han provocado que muchas empresas dependientes de sus abonos –al ser sus principales clientes– hayan tenido dificultades e, incluso, hayan debido dar de baja su actividad.

Todo ello nos entronca con el tema que nos ocupa, porque las empresas privadas que han debido declarar como ingresos en su Impuesto sobre Sociedades las cantidades a cobrar de las entidades públicas se han visto mermadas en su capacidad económica al tener que tributar por algo que no han recibido –ya que deben atenderse al criterio del devengo, no del cobro efectivo que, como es bien sabido, sí se permite en el Impuesto sobre el Valor Añadido–, y al no poder descontar como gasto las provisiones técnicas por insolvencias, la riqueza gravada ha sido no potencial, sino irreal. Además, la forma

de modular en este caso la base imponible del gravamen se ha visto alterada por la elevación de la misma en la cuantía de las cantidades adeudadas por los entes públicos, lo que influye en el resto de magnitudes y procedimientos liquidatorios que deben tener en cuenta dicha base. En definitiva, sería preferible que se admitiese la pérdida por deterioro en este caso, evitando así este riesgo de violentar la capacidad contributiva real de las sociedades²⁶.

Otro problema se encuentra en el art. 14.3, que declara no deducibles los gastos asociados a provisiones que sean “*relativos al riesgo de devoluciones de ventas*”. Sin embargo, si se reflexiona detenidamente sobre este tema se puede llegar a la conclusión de que un elevado volumen de devoluciones puede afectar muy negativamente al margen de maniobra de una empresa, de forma que disminuya sensiblemente su riqueza imponible. Por lo tanto, si no se permite deducir como gasto los costes de aseguramiento de dichas devoluciones, se estará corriendo el riesgo de hacer tributar a una sociedad por unas entregas de bienes que se han efectuado en dos ocasiones: en la primera venta y en la segunda aportación de los bienes ya reparados o sustitutos. Bien es verdad que se podría pensar que las mercancías devueltas por los clientes se pueden retornar al proveedor original de la empresa para que proceda a su sustitución o se reintegre el coste de las mismas, pero ello sucederá cuando la sociedad se dedique a la compraventa de bienes sin transformación en su industria; en el supuesto de que no sea así –es decir, que la empresa realice alteraciones en los bienes o, sea directamente el fabricante– el menoscabo en su capacidad económica se ve más claramente, porque los costes de producción o fabricación serán más elevados si se tiene que reparar o sustituir dichas mercancías. De este modo el fabricante no podrá recuperar parte de la inversión realizada al tener que afrontar el sobrecoste de las reparaciones, ya que no puede –como es lógico– repercutirlo al cliente que ya ha tenido suficiente perjuicio con la avería que ha soportado. Esa mayor carga de gasto hace que la capacidad económica real de la empresa sea inferior a la que está teniendo que declarar en el Impuesto, inconveniente que podría paliarse mediante la oportuna deducción de los gastos de aseguramiento de tales reparaciones.

A su vez, el art. 15.e) considera gasto no deducible los donativos y liberalidades, exceptuándose de esta calificación “*las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad*”.

La posible vulneración del principio de capacidad económica se comprueba en el hecho de que las grandes empresas –y por ende, las de mayor riqueza– dispondrán de mejores fórmulas para retribuir a sus altos directivos, mientras que las de menos fortaleza económica no alcanzarán a pagarles por medio de estas figuras, que pueden llegar incluso a revestir la forma de retribuciones en especie encubiertas. Como es lógico pensar, los donativos o liberalidades que reciban los dirigentes de grandes empresas siempre serán mucho más cuantiosos que los de las de tamaño más reducido,

²⁶ Para un mayor detalle: GONZÁLEZ GARCÍA, A.L.: “Las insolvencias en el Impuesto sobre Sociedades”, *Hacienda Pública Española*, núm. 47, 1977, págs. 189 y ss. y ROJÍ CHANDRO, L.A. y ROJÍ PÉREZ, S.: “Las empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades: incentivos fiscales”, *Revista Contable*, núm. 52, 2017, págs. 24 y ss.

de manera que se estará exceptuando de gravamen –al considerarse gasto deducible– los que reciban tales administradores y así se actúa de forma inversamente proporcional a la riqueza de una entidad; en efecto, a mayor capacidad de pago a sus administradores, la cantidad deducible será superior, con lo que, las pequeñas empresas, que no puedan fijar una retribución complementaria de este tipo a su consejo de administración, se verán perjudicadas por no poder ampararse por esta deducción²⁷.

Otro supuesto se encuentra, a nuestro juicio, en el art.19.3, cuyo tenor literal indica: *“El perceptor de cantidades sobre las que deba retenerse a cuenta de este Impuesto computará aquéllas por la contraprestación íntegra devengada. Cuando la retención no se hubiera practicado o lo hubiera sido por importe inferior al debido, por causa imputable exclusivamente al retenedor, el perceptor deducirá de la cuota la cantidad que debió ser retenida”*.

En este supuesto es clara la divergencia entre la capacidad económica real del contribuyente y la que efectivamente se declara en el Impuesto; en efecto, si no se ha llevado a cabo la retención oportuna o se haya realizado en una cuantía inferior, el contribuyente se ve “premiado” con la posibilidad de deducir la misma, aunque no haya sido real, con lo que estará restando en su cuota un pago a cuenta que no ha satisfecho en realidad. El resultado de todo ello será que se está tributando por una menor cuantía que la que sería normal, a pesar de una elevación al íntegro de los ingresos en la base imponible –operada a través de un ajuste fiscal positivo–, que, como es bien sabido, un aumento de base imponible con la correlativa deducción en la cuota por el mismo concepto no siempre tiene un carácter neutral en la mecánica impositiva. Esto último se comprueba fácilmente al pensar en las deducciones en la cuota –que actúan antes de los descuentos por pagos a cuenta– que tienen como límite la cuantía total de la cuota líquida.

Por lo tanto, debería haberse optado por acudir a la solución que la norma prevé para el caso de retenciones efectuadas por entes públicos, que consiste –en el mismo precepto– en indicar que *“en el caso de retribuciones legalmente establecidas que hubieran sido satisfechas por el sector público, el perceptor sólo podrá deducir las cantidades efectivamente retenidas”*. Esto da más neutralidad a la mecánica del tributo al mismo tiempo que, a nuestro parecer, no afecta al principio de capacidad económica.

En cuanto a las reducciones en la base imponible del tributo, el art. 23 establece una del 60 por ciento para las *“rentas procedentes de la cesión del derecho de uso o de explotación de patentes, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, de derechos sobre informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas”*.

²⁷ Vid.: GARCÍA NOVOA, C.: “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades”, *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2009, págs. 57 y ss. y MAGRANER MORENO, F.J.: “Un “esperado” giro jurisprudencial en torno a la calificación de las retribuciones de los administradores como gasto en el Impuesto sobre Sociedades”, *Tribuna Fiscal*, núm. 256, 2012, págs. 8 y ss.

La razón de ser de este beneficio fiscal estriba en la protección que se quiere dar a la propiedad intelectual y a la entrada en el mercado de este tipo de activos intangibles, con lo que se les da un trato de favor para que afloren al mismo y se cedan para su explotación efectiva. No obstante el propio precepto en el apartado 1.b) prevé que debe cumplirse el requisito de “*que el cesionario utilice los derechos uso o de explotación en el desarrollo de una actividad económica y que los resultados de esa utilización no se materialicen en la entrega de bienes o prestación de servicios por el cesionario que generen gastos fiscalmente deducibles en la entidad cedente, siempre que, en este último caso, dicha entidad esté vinculada con el cesionario*”.

Con este inciso el artículo está limitando la efectiva venta de bienes o prestaciones de servicios del cesionario al cedente consecuencia de productos que tengan su origen en el activo intangible y solo para el supuesto de que sean entidades vinculadas.

Todo ello nos parece muy bien, pero no es tan claro el hecho de que solamente se haga tributar los derechos de cesión en un 40 por ciento, lo que da lugar a que la riqueza por la que tiene que declarar el cedente es muy inferior a la realmente percibida, sobre todo en los casos de grandes multinacionales que ceden la explotación de sus patentes, planos, fórmulas o procedimientos secretos; así se estará gravando una capacidad económica inferior a la real.

Creemos que este beneficio fiscal se debería mantener para personas físicas o pequeñas empresas que hayan realizado una invención o el desarrollo de un nuevo procedimiento, pero se debería limitar para entidades de mayor envergadura.

Una novedad incluida en el art. 25 por la Ley 27/2014 es la relativa a la *reserva de capitalización*, que consiste en permitir a “*los contribuyentes que tributen al tipo de gravamen previsto en los apartados 1 o 6 del artículo 29 de esta Ley tendrán derecho a una reducción en la base imponible del 10 por ciento del importe del incremento de sus fondos propios*”. Con esta medida se ha intentado motivar que las entidades destinen mayores cantidades a nutrir su capital y reservas, evitando la descapitalización que frecuentemente se produce en épocas de crisis económica²⁸.

Sin embargo, si se atiende a la cuantía de la efectiva reducción, que asciende al citado 10 por ciento de dicho incremento de los fondos propios, se comprueba que ello da lugar a un método de reducción de la base impositiva que podríamos llegar a calificar de regresivo, pues aumenta proporcionalmente a medida que son mayores las cantidades destinadas a dicho fin. Asimismo, el propio art. 25 establece un segundo límite cuando indica que “*en ningún caso, el derecho a la reducción prevista en este apartado podrá superar el importe del 10 por ciento de la base imponible positiva del período impositivo previa a esta reducción, a la integración a que se refiere el apartado 12 del artículo 11 de esta Ley y a la compensación de bases imponibles*”.

²⁸ En este sentido: MÍNGUEZ CONDE, J.L.: “La reserva de capitalización en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades”, *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2015, págs. 113 y ss. y MALVÁREZ PASCUAL, L.A. y MARTÍN ZAMORA, M.P.: “Las nuevas reducciones de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades: las reservas de capitalización y nivelación”, *Contabilidad y Tributación*, núm. 383, 2015, págs. 109 y ss.

negativas”. Con ello se está aplicando un doble límite que también beneficiará a las bases más elevadas, mientras que a las más bajas se les está recortando claramente el ámbito del beneficio fiscal.

Lo indicado es fácilmente deducible si se piensa en cualquier entidad que, sin ser de reducida dimensión (a las que el artículo 105 de la Ley permite una reducción en la base denominada *reserva de nivelación* y que actúa de forma parecida a la que nos ocupa), no ha generado una cifra de negocios muy elevada como una gran empresa; en este caso, las grandes empresas podrán pagar un 10 por ciento menos de tributo, lo que, en razón de las elevadas cantidades que manejan dan lugar a una rebaja del gravamen que las beneficia mucho más que las que no tenga un volumen tan alto de negocios.

Este inconveniente y posible poco respeto a la capacidad económica, pues se está beneficiando al que mayores niveles de renta posee, se podría haber paliado mediante la inclusión de un límite concreto basado en una cantidad máxima a descontar –un fijo de x euros– en lugar de un tope genérico sobre un porcentaje de la misma base imponible. Como venimos exponiendo en estas páginas, el legislador presenta poco cuidado y delicadeza con la máxima constitucional que nos interesa.

Otro problema es la existencia en el art. 29 de un tipo de gravamen del 1 por ciento para las entidades de inversión de capital variable, los fondos de inversión de carácter financiero, las sociedades de inversión inmobiliaria, los fondos de inversión inmobiliaria y el fondo de regulación del mercado hipotecario.

No creemos que hagan falta muchos comentarios o explicaciones para demostrar cómo no se tiene en cuenta la capacidad económica de dichos contribuyentes a la hora de determinar su cuota tributaria; en efecto, como se habrá deducido con facilidad, los titulares, en la mayoría de las ocasiones, de los fondos antedichos serán personas físicas o jurídicas de elevada riqueza que utilizan dichas entidades para poner a su nombre sus bienes y valores y de esa forma evitar el gravamen patrimonial de los mismos. De esta forma se está evitando que personas con una fuerte capacidad económica se vean favorecidos frente a los que tienen menor valor o número de bienes que no pueden acceder, en ocasiones, a dichas instituciones. La cuantificación del Impuesto sobre Sociedades se está, por lo tanto, disminuyendo en función de la mayor riqueza, hecho que atenta a la capacidad económica e, incluso, dotando al gravamen de una cierta regresividad.

Por último, en el art. 34 se establece una bonificación en la cuota íntegra del Impuesto por la prestación de servicios públicos locales que alcanza el 99 por ciento de la parte de dicha cuota proveniente de esos beneficios.

Evidentemente el objetivo perseguido por el legislador es promover que las empresas opten por obtener los concursos públicos para convertirse en concesionarios para prestar dichos servicios públicos pero, con la fórmula arbitrada para conseguirlo se está vaciando de contenido la cuota resultante de los beneficios que con ello se obtenga, de tal forma, que, a pesar de conseguir unos ingresos –que en ocasiones son más regulares en su devengo que en el tráfico mercantil privado– se está tributando

exclusivamente por el 1 por ciento de su cuota correspondiente. Por otro lado se podría pensar que en las épocas de dificultades financieras de los entes públicos dichas empresas concesionarias debería devengar las cantidades facturadas principalmente a los Ayuntamientos y que, éstos, tardarían un tiempo en realizar los pagos, con lo que esta bonificación estaría plenamente justificada. Esta objeción, en cambio, se puede soslayar si se permite dotar como pérdida por deterioro por insolvencias los créditos frente a las entidades locales que, como hemos visto, no se admiten en el artículo 13.1.1º de la Ley del Impuesto, hecho que no está en la mente del legislador actual, con lo que, las empresas que cobren efectivamente tendrán una fuerte riqueza por la que están exonerados de contribuir.

En conclusión, al igual que hemos comprobado en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el Impuesto sobre Sociedades hemos hallado una serie de supuestos en los que el respeto al principio de capacidad económica es, cuando menos, dudoso, tanto en el aspecto de tenerlo en cuenta para gravar una determinada situación, como para apoyarse en él para modular la cuota a pagar en concepto de tributo.

C) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Cerramos este apartado de nuestro trabajo haciendo una breve mención a tres artículos de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que pensamos que entran en fricción con el correcto respeto a la máxima constitucional que comentamos.

En primer lugar, el art. 15 valora el ajuar doméstico del causante indicando que *“formará parte de la masa hereditaria y se valorará en el tres por ciento del importe del caudal relicto del causante, salvo que los interesados asignen a este ajuar un valor superior o prueben fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulte de la aplicación del referido porcentaje”*.

La razón de ser de este precepto es evitar la engorrosa tarea de cuantificar los diversos bienes que pueden integrar el ajuar doméstico y que puede conducir a valoraciones erróneas y a cierto grado de fraude fiscal; sin embargo, en su empeño el legislador ha ido demasiado lejos, pues ha establecido una presunción *iuris tantum* que sitúa la cuantificación en un porcentaje global basado en el propio caudal relicto de la persona fallecida, lo que prescinde casi completamente de la verdadera riqueza o valoración concreta del citado ajuar.

En este sentido, en aras de una mayor simplificación de las tareas liquidatorias se ha hecho depender de forma directa este método de valoración de la cuantía global de los bienes y derechos transmitidos por la herencia, minorados en las cargas, deudas y gastos deducibles. Pero no es claro que un porcentaje de ese neto patrimonial que se ha de repartir entre los causahabientes del fallecido constituya efectivamente los enseres propios de la figura indicada, con lo que en muchas ocasiones se estará gravando una capacidad económica no real e, incluso, ficticia.

Bien es cierto que se introduce como presunción que permite prueba en contrario, pero piénsese en la dificultad para conseguir desvirtuar la misma, que precisaría de una concreta evaluación de cada uno de los bienes del ajuar doméstico, hecho que redundaría, en no pocos casos, en una dificultad importante, tanto de consensuar un valor real a los bienes, como de realizar el método correcto para ello, pues muchos de los enseres tendrán cierta antigüedad y será muy difícil cuantificarlos según parámetros actuales.

Peor todavía es la previsión legal de que los propios interesados asignen un valor superior al citado ajuar que el 3 por ciento previsto en la norma, ya que, por su propio interés, los causahabientes preferirán dejar el porcentaje en lugar de declarar una cantidad más elevada que, lógicamente, les perjudicaría a la hora del abono de la cuota correspondiente. Los futuros contribuyentes del Impuesto optarán por dejar la presunción legal y así evitar una tarea engorrosa de medición, al mismo tiempo que más onerosa a la hora de satisfacer el tributo. De esta forma, se está, una vez más, haciendo medir una base imponible en un criterio que se aparta de la riqueza real de los obligados tributarios.

En segundo término, el art. 20.2.b) permite una reducción en la base imponible del *“100 por 100, con un límite de 9.195,49 euros, a las cantidades percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros sobre vida, cuando su parentesco con el contratante fallecido sea de cónyuge, ascendiente, descendiente, adoptante o adoptado”*.

La posible vulneración a la máxima constitucional que analizamos se advierte al reflexionar acerca de la escasa flexibilidad con que se arbitra la reducción citada; tanto es así porque no se distingue ningún tipo de discriminación en la cuantía a descontar en función del grado de riqueza del beneficiario del seguro de vida, dejando al margen los coeficientes correctores que sobre la totalidad de la cuota íntegra del tributo establece el artículo 22.2 de su Ley reguladora. Esos coeficientes actúan sobre el global de la cuota, es decir, sobre todo el caudal relicto, sin hacer ningún tipo de distinción en la fuente concreta de lo recibido, hecho que pensamos que es lógico por su propia naturaleza de adaptar el gravamen a la cuantía del patrimonio preexistente del contribuyente; por ello, no creemos que sean útiles para adaptar las cantidades concretas que deba recibir un beneficiario de un seguro de vida, aun cuando el propio artículo 22.2 prevea aplicarlos para dichos beneficiarios. El problema no estriba en la aplicación del coeficiente, sino en que la adaptación que realiza para los sujetos con un patrimonio preexistente superior a 4.020.770,98 euros en el Grupo I y II de parentesco (los más allegados), hace multiplicar la cuota por 1,2, hecho que no supone un incremento fiscal excesivo para una gran fortuna, la cual, ya se habrá beneficiado del descuento en la base imponible.

El razonamiento anterior todavía se puede reforzar más si se piensa en las importantes sumas que hay que abonar en concepto de primas a las compañías aseguradoras en este tipo de seguros, máxime cuando la edad del asegurado es elevada, lo que conducirá a que solamente las rentas más altas puedan afrontar su desembolso. En consecuencia, introducir una reducción sin mayor distingo sobre la capacidad

económica real tanto del asegurado (la persona fallecida) como el beneficiario (su causahabiente) está beneficiando a dichas rentas altas a las que prescindir del precio de la prima les supondrá un menor esfuerzo económico que a las de menor capacidad económica, con lo que se estará haciendo pagar menor tributo al que demuestra más riqueza.

Sería preciso, como un medio de evitar este riesgo de vulneración del principio constitucional, que la aplicación del coeficiente por patrimonio preexistente se aplicase individualizadamente en cada reducción de la base imponible y así se adaptaría mejor a la situación económica del contribuyente.

En último lugar destaca el art. 21.2, que incluye la tarifa del tributo, cuyo tipo marginal puede llegar al 34 por ciento y cuyas cuotas íntegras pensamos que son excesivas para caudales hereditarios que no superan los 70.000 euros, en los cuales se puede alcanzar el 15 por 100 de tipo marginal. Esto provoca que muchas personas que reciben, por ejemplo, bienes inmuebles en la herencia –y que no constituyan su vivienda habitual que estaría en parte exenta–, deban afrontar un coste impositivo en algunas circunstancias prohibitivo, pues al citado 15 por ciento se añadiría el impuesto municipal sobre plusvalías de los terrenos urbanos. Si la adquisición se produce después de mucho tiempo transcurrido desde la anterior transmisión, dicha plusvalía será muy importante, lo que, en los tiempos de crisis económica, puede conducir a tener que enajenar –o mal vender– los citados inmuebles para pagar los tributos, lo que mueve a pensar en que además de gravarse de manera exagerada una capacidad económica no tan elevada, se estaría llegando a conculcar el principio de no confiscatoriedad.

IV. BREVE ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 11 DE MAYO DE 2017 EN RELACIÓN CON EL GRAVAMEN DE LAS PLUSVALÍAS EN EL ÁMBITO LOCAL

Como colofón a todo lo examinado en páginas anteriores relativo al respeto de la normativa tributaria vigente al principio de capacidad económica, nos resta analizar la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo, por la que se declaran inconstitucionales algunos preceptos del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

El fallo parte de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Jerez de la Frontera en el que se duda sobre la vulneración al principio que nos ocupa en el art. 107 del citado Texto Refundido, en lo que se refiere a la forma de cuantificar la base imponible del Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana²⁹.

²⁹ El problema no es de ahora, como puede comprobarse en la lectura de: ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: “Génesis y trayectoria del Impuesto Municipal de Plusvalía”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 228, 1985, págs. 609 y ss.; ÁLVAREZ ARROYO, F.: *Impuesto municipal sobre el incremento de valor de los*

La argumentación jurídica del Auto que plantea la cuestión reconoce que la norma solo admite como resultado del impuesto la existencia de cuotas positivas, es decir, sin que ningún artículo prevea la posibilidad de utilizar otro método alternativo de cuantificación de las plusvalías, al mismo tiempo que no se contempla el supuesto de una minusvaloración en la enajenación de inmuebles, considerando siempre que existe un incremento por el que tributar (Antecedente de Hecho núm. 3).

Por su parte, el Abogado del Estado centra su defensa en que el art. 107 no sería inconstitucional en todo caso, sino solo en la medida en que no hubiese incremento de valor ni real ni cierto y ello quedase claramente demostrado; además, arguye que tras la reforma de citado artículo por medio de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de Reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, se suprimió la referencia que se hacía al término “*real*”, por lo que siempre va a existir una renta *potencial gravable* (en palabras del Abogado del Estado) y el principio de capacidad económica quedaría a salvo. Para cimentar su tesis indica expresamente que “*el fundamento del impuesto no es gravar el incremento “real” provocado por la diferencia de precios de venta y compra, sino la riqueza potencial, esto es, el incremento del valor del terreno experimentado por la acción urbanística del municipio en que se encuentra*” (Antecedente de Hecho núm. 6)³⁰. Asimismo, entiende que si el valor catastral se tiene en cuenta para la base imponible del tributo y dicho valor no se corresponde con el real, habrá que revisar dichas valoraciones, sin que ello afecte a la capacidad económica gravada.

En cuanto a los argumentos esgrimidos por el Fiscal General del Estado (Antecedente de Hecho núm. 7), entiende que la cuestión de inconstitucionalidad se debe ampliar

terrenos (plusvalías), Dykinson, Madrid, 2004, págs. 32 y ss.; CARBAJO VASCO, F.: “El gravamen de las plusvalías en España a la luz de las reformas en los países de la O.C.D.E.” en la Obra Colectiva: *El impuesto sobre la renta de las personas físicas: pasado, presente y futuro del tributo*, XXXVII Semana de Estudios de Derecho Financiero, Madrid, 1991, págs. 379 y ss.; CAYÓN GALIARDO, A.: “Reflexiones sobre el Impuesto Municipal de Plusvalías y la reforma de las Haciendas Locales de 1975”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 31, 1981, págs. 481 y ss.; D’CÓN, J.: “Algunas consideraciones en torno a la Ley de Haciendas Locales, con especial referencia al impuesto de plusvalía”, *Revista de Hacienda Local*, núm. 87, 1999, págs. 569 y ss. y VÁZQUEZ VILLAMOR, J.A.: “La posible inconstitucionalidad del sistema de cálculo del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía municipal)”, *Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 166, 2016, págs. 52 y ss.

³⁰ El Abogado del Estado llega a sugerir incluso que se compense –figurativamente hablando– las plusvalías obtenidas en años anteriores con las bajadas de precios actuales, como puede leerse en el mismo Antecedente de Hecho núm. 6: “*Es cierto, entonces (...) que los precios de los inmuebles han bajado respecto a años anteriores y en la que el titular de un inmueble puede verse obligado a enajenarlo por un precio inferior al de adquisición (...) puede ocurrir que, pese a haber obtenido una pérdida económica, a efectos del Impuesto municipal se aprecie un incremento del valor del terreno. Pero ello no es contrario al principio de capacidad económica (...). Durante las décadas anteriores y sobre todo en los años del llamado “boom inmobiliario”, el valor de mercado de los inmuebles se incrementaba muy por encima de los valores catastrales, mientras que en el Impuesto municipal se tributaba igualmente en función del valor catastral y no del valor de mercado (...)*”.

también al art. 110.4 de la misma Ley Reguladora de las Haciendas Locales, puesto que dicho precepto impide a los Ayuntamientos tener en cuenta los supuestos de decremento de valor de los inmuebles, pues no permite que puedan “atribuirse valores, bases o cuotas diferentes de las resultantes de tales normas”.

Con todo lo anterior, el Alto Tribunal resuelve declarando la inconstitucionalidad de los arts. 107.2 y 110.4 de la norma citada y, para ello, se basa en los siguientes argumentos:

En primer lugar, considera que el gravamen no se anuda necesariamente a la existencia de un “incremento”, sino a la mera titularidad del terreno durante un período de tiempo computable (entre uno y veinte años); por lo tanto, basta con ser titular de un terreno de naturaleza urbana para que se dé dicha circunstancia. Sin embargo, el nacimiento de la obligación tributaria se hace depender de la *transmisión de un terreno*, pero sin que sea, en modo alguno, una condición suficiente para ello en un tributo que quiere gravar el “incremento de valor”. Por lo tanto, juzga el Tribunal Constitucional –con acierto a nuestro parecer– que a esa transmisión hay que añadir la necesaria materialización de una plusvalía en el mismo, exponente de la capacidad económica, si no real, al menos potencial. Con ello, se indica que si *no se ha producido ese incremento* la capacidad económica se convierte en *irreal o ficticia* violándose el art. 31.1 de la Constitución (Fundamento de Derecho Tercero).

En segundo término, el Tribunal incide en que los preceptos cuestionados otorgan a los supuestos de no incremento –incluso de decremento– un tratamiento de renta ficticia, igualando dichos supuestos a una plusvalía real, cuando no existe una auténtica capacidad o riqueza gravable.

En tercer lugar, no admite el razonamiento del Abogado del Estado en relación con la falta de actualización de los valores catastrales –tanto en épocas de bonanza económica como de crisis– puesto que, si dichos valores deben revisarse –al alza o a la baja– ello no obsta para que, utilizándolos, se intente gravar una riqueza inexistente, pues no ha habido incremento de valor alguno (Fundamento de Derecho Cuarto).

Concluye indicando que los dos artículos deben ser declarados inconstitucionales, aunque solo en la medida en que no han previsto excluir del tributo las situaciones inexpressivas de capacidad económica por inexistencia de incrementos de valor, con lo que viene a decir que una modificación legal en dicho sentido salvaría la constitucionalidad de los mismos, haciendo recaer la responsabilidad en el legislador para que modifique o adapte el régimen legal del impuesto para que no se someta a tributación los incrementos de valor inexistentes (Fundamento de Derecho Quinto).

A nuestro parecer, el Tribunal Constitucional dicta en esta ocasión una resolución acertada, pues era llamativa desde tiempo atrás, la vulneración al principio de capacidad económica por parte del Impuesto municipal de Incremento de Valor. Evidentemente no se trata de suprimir dicho gravamen –cuestión aparte es la sobreimposición a la que se someten las plusvalías inmobiliarias, lo que excede los límites de este estudio–, sino de poner de manifiesto que con la forma de calcular la base imponible, aplicando unos porcentajes sobre el valor catastral del terreno y no

mediante la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión del inmueble –como se hace en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas–, se estaba incidiendo sobre una riqueza irreal, es decir, sobre un supuesto en el que no existía tal riqueza.

En definitiva, es de esperar que ahora el legislador se plantee una reforma –a la que le empuja el Alto Tribunal– del citado Impuesto de plusvalías y declare la exención total de los casos en que se demuestre que el valor de los terrenos enajenados no ha experimentado un ascenso³¹. Con ello se respetaría plenamente la máxima a la que dedicamos este trabajo³².

V. REFLEXIÓN FINAL: ¿ESTÁ SUPERADA DICHA MÁXIMA CONSTITUCIONAL?

Una vez expuestos los problemas prácticos que hemos encontrado en la regulación de los tres impuestos estatales directos de más enjundia, tanto recaudatoria como de peso en el sistema tributario, así como del problema en el ámbito municipal de las plusvalías, no nos resta sino hacer una reflexión en voz alta acerca de si la mención de la capacidad económica en la Constitución Española de 1978 no es sino una declaración de intenciones que se está viendo sobrepasada por la forma real de legislar por parte del poder tributario.

Como hemos puesto de manifiesto, existen abundantes casos en los que no se tiene en cuenta dicha capacidad ni para medir la base imponible del gravamen, ni se emplea

³¹ Los problemas de los posibles efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional se ponen de manifiesto por TRIANA REYES, B.: “Efectos de las sentencias del TC tras la nueva Ley del Sector Público: al hilo de la reciente anulación parcial del impuesto de plusvalías que cobran los Ayuntamientos”, *Diario La Ley*, núm. 8961, 2017, pág. 3 y ss. Por su parte, MOLINS SANCHO, F. da noticia de la intención de la Federación Española de Municipios y Provincias de trasladar al Gobierno dos propuestas para la modificación del Impuesto sobre el Incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. Según dicha Federación los recientes fallos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional han creado una situación de inseguridad jurídica que debe ser suplida por el legislativo. Las propuestas que se plantean desde la FEMP pivotan bien en el catastro, mediante la aprobación de «índices objetivos» que determinen si ha habido incremento o no y susceptibles de ser actualizados en los presupuestos generales del Estado, bien en el precio reseñado en las escrituras públicas de compraventa. (Vid.: “La reforma del impuesto de plusvalía a debate”, *Diario La Ley*, núm. 9030, 2017, págs. 12 y ss.). Véase también la opinión de DE UÑA REPETTO, J.: “El impuesto de “plusvalía municipal” en inmuebles transmitidos con pérdidas”, *Carta Tributaria*, núm. 27, 2017 (revista de opinión).

³² Sin embargo, en la práctica hasta el momento en que se concluye la redacción de este trabajo (octubre de 2017) no se ha aprobado ninguna medida por el legislador estatal, lo que contribuye a las dudas y dificultades en la realidad recaudatoria de los municipios; en efecto, se han empezado a plantear las dudas acerca de las posibles devoluciones de las cuotas cobradas por el Impuesto en los casos en que no haya habido incremento real de valor, basándose en la declaración de inconstitucionalidad. Incluso se plantea el problema de extender la misma al plazo de prescripción tributaria, hecho que tiene cierta lógica, por lo que sería de agradecer una toma de postura del poder ejecutivo en este ámbito o, al menos, una Circular u Orden Interpretativa del Ministerio de Hacienda en este sentido.

para modular la cuota tributaria a pagar, circunstancias que vimos en el epígrafe relativo a la conceptualización del principio que son consustanciales a su articulación práctica.

Todo ello lleva a pensar que se ha vaciado de contenido el artículo 31.1 de la Constitución, al menos en lo que en relación a este estudio hemos tratado y que prima en la voluntad del legislador una forma de estructurar algunos impuestos que se dirige fundamentalmente a asegurar unos ingresos tributarios. Para lograr esta finalidad se simplifica en ocasiones las mecánicas de integración de ingresos o las de gastos y beneficios fiscales, de manera que no se distinguen situaciones que son diversas desde el punto de vista de la riqueza del contribuyente. En otros supuestos, se distingue excesivamente entre tipos de renta que conduce a que se otorguen beneficios fiscales de los que se amparan sujetos pasivos con rentas más elevadas, lo que, nuevamente, conculca la máxima de la capacidad económica.

En definitiva, no podemos concluir este trabajo sin desear que las futuras modificaciones y reformas tributarias sean más cuidadosas en este extremo y que uno de los pilares del sistema fiscal español, al igual que otros países de nuestro entorno, se tenga en cuenta para ello, evitando así que, a la ya de por sí gravosa presencia de los impuestos, se añada la de una importante injusticia en su articulación y estructura.

BIBLIOGRAFÍA

- AIZEGA ZUBILLAGA, J.M.: *La utilización extrafiscal de los tributos y los principios de justicia tributaria*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2001.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: “Artículo 31. El gasto público”, *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirección ALZAGA, O., tomo III, Edersa, Madrid, 1983.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: “Génesis y trayectoria del Impuesto Municipal de Plusvalía”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 228, 1985.
- ÁLVAREZ ARROYO, F.: *Impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos (plusvalías)*, Dykinson, Madrid, 2004.
- APARICIO PÉREZ, A.: “La falacia de la capacidad económica como criterio informador de los tributos”, *Información Fiscal*, núm. 79, 2007.
- CARBAJO VASCO, F.: “El gravamen de las plusvalías en España a la luz de las reformas en los países de la O.C.D.E.” en la Obra Colectiva: *El impuesto sobre la renta de las personas físicas: pasado, presente y futuro del tributo*, XXXVII Semana de Estudios de Derecho Financiero, Madrid, 1991.
- CAYÓN GALIARDO, A.: “Reflexiones sobre el Impuesto Municipal de Plusvalías y la reforma de las Haciendas Locales de 1975”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 31, 1981.
- CORCUERA TORRES, A.: “La exención de deportistas de alto nivel en la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 2, 1999.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, M.: “Los principios generales tributarios”, *XVI Semana de Estudios Financieros*, Edersa, Madrid, 1968.
- D’CÓN, J.: “Algunas consideraciones en torno a la Ley de Haciendas Locales, con especial referencia al impuesto de plusvalía”, *Revista de Hacienda Local*, núm. 87, 1999.
- DELGADO GARCÍA, A.M. y OLIVER CUELLO, R.: “Aspectos fiscales de la discapacidad y la dependencia”, en la Obra Colectiva: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.
- DE UÑA REPETTO, J.: “El impuesto de “plusvalía municipal” en inmuebles transmitidos con pérdidas”, *Carta Tributaria*, núm. 27, 2017.
- ESCRIBANO LÓPEZ, F.: *La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles constitucionales*, Civitas, Madrid, 1988.
- FALSITTA, G. *Manuale di Diritto Tributario. Parte Generale*, 2ª ed., Cedam, Padua, 1997.
- FERNÁNDEZ JUNQUERA, M. y GARCÍA-OVIES SARANDESES, I.: “Una visión sobre la financiación autonómica”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 4, 2016.
- GARCÍA NOVOA, C.: “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades”, *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2009.
- GARCÍA NOVOA, C.: “Exenciones en el IRPF de las ayudas a deportistas de alto nivel y de las indemnizaciones por despido percibidas por técnicos y jugadores”, en la Obra Colectiva: *Régimen Tributario del Deporte*, Thomson-Reuters, Navarra, 2013.
- GONZÁLEZ GARCÍA, A.L.: “Las insolvencias en el Impuesto sobre Sociedades”, *Hacienda Pública Española*, núm. 47, 1977.
- GUERVÓS MAÍLLO, M.A.: “Medidas fiscales sobre la dependencia y la discapacidad en la Unión Europea y en España”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 303, 2010.
- HERRERA MOLINA, P.M.: *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- MAGRANER MORENO, F.J.: “Un “esperado” giro jurisprudencial en torno a la calificación de las retribuciones de los administradores como gasto en el Impuesto sobre Sociedades”, *Tribuna Fiscal*, núm. 256, 2012.
- MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: “Régimen fiscal de la entrega a los trabajadores de acciones de la empresa”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 169, 1997.
- MALVÁREZ PASCUAL, L.A. y MARTÍN ZAMORA, M.P.: “Las nuevas reducciones de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades: las reservas de capitalización y nivelación”, *Contabilidad y Tributación*, núm. 383, 2015.
- MARTÍNEZ AZUAR: “Rendimientos del capital inmobiliario e imputaciones de renta inmobiliarias tras la Ley 35/2006 del IRPF”, *Técnica Tributaria*, núm. 80, 2008.
- MÍNGUEZ CONDE, J.L.: “La reserva de capitalización en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades”, *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2015.

- MOLINS SANCHO, F.: “La reforma del impuesto de plusvalía a debate”, *Diario La Ley*, núm. 9030, 2017.
- NIETO MONTERO, J.J.: “El principio de capacidad contributiva y su reflejo en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 238, 1995.
- NIETO MONTERO, J.J.: “El artículo 31 de la Constitución Española: ¿otra víctima de la crisis económica?”, *Dereito*, vol. 22, noviembre, 2013.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: “El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 125, 2005.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: “Una vuelta de tuerca al principio de capacidad económica”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 142, 2009.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.: “El régimen fiscal de la dependencia”, *Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 2, 2008.
- ROMERO ABOLAFIO, J.J.: “Proyección de los valores superiores sobre la fiscalidad y el gasto público”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2016.
- ROJÍ CHANDRO, L.A. y ROJÍ PÉREZ, S.: “Las empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades: incentivos fiscales”, *Revista Contable*, núm. 52, 2017.
- RUIZ GARIJO, M.: “¿Principio de capacidad económica en la cuantificación de la tasa por recogida de basuras? Una llamada sobre el carácter impositivo de algunas tasas”, *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 155, 2003.
- RUIZ GARIJO, M.: *Los rendimientos de capital inmobiliario en el nuevo IRPF*, Edersa, Madrid, 2003.
- SÁINZ DE BUJANDA, F.: *Hacienda y Derecho. Estudios de Derecho Financiero*, volumen III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- TRIANA REYES, B.: “Efectos de las sentencias del TC tras la nueva Ley del Sector Público: al hilo de la reciente anulación parcial del impuesto de plusvalías que cobran los Ayuntamientos”, *Diario La Ley*, núm. 8961, 2017.
- VAQUERA GARCÍA, A.: “La tributación con fines ecológicos: El reciente gravamen francés para la protección del ambiente atmosférico”, *Revista de Información Fiscal*, núm. 14, 1996.
- VAQUERA GARCÍA, A.: *Fiscalidad y Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 1999.
- VAQUERA GARCÍA, A.: “Propuestas comunitarias sobre la fiscalidad de la energía”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 193, 2000.
- VAQUERA GARCÍA, A.: “La fiscalidad ambiental: algunas reflexiones actuales”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2006.
- VAQUERA GARCÍA, A.: “La tributación medioambiental en las Comunidades Autónomas y en el Derecho Comparado”, *Economía y medio ambiente*, núm. 113, 2007.
- VAQUERA GARCÍA, A.: “La protección ambiental como alternativa de financiación de las Comunidades Autónomas, el caso de los impuestos sobre usos y aprovechamientos

del agua embalsada de Galicia y Castilla y León”, Thomson Reuters-Lex Nova, Valladolid, 2013.

VARONA ALABERN, J.E.: “Concepto de tributo y principio de capacidad económica”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 135, 2007.

VÁZQUEZ VILLAMOR, J.A.: “La posible inconstitucionalidad del sistema de cálculo del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía municipal)”, *Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 166, 2016.

VIGILANDO AL VIGILANTE: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUS CIRCUNSTANCIAS

Miguel Ángel Alegre Martínez

maalem@unileon.es

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de León

Resumen

El escaso uso de los mecanismos de reforma constitucional ha hecho recaer sobre el Tribunal Constitucional, casi en exclusiva, la tarea de actualizar la Constitución española de 1978, a través de la interpretación evolutiva de la misma. En este trabajo, nos ocupamos, por una parte, de las dificultades a las que el Tribunal Constitucional ha tenido que enfrentarse en el desempeño de sus funciones; y, por otra, en el mayor o menor acierto en el ejercicio de las mismas. Reflexionamos sobre la delicada posición del Tribunal Constitucional, situado en el límite entre interpretar la voluntad del poder constituyente y sustituirla; así como en la frontera entre el activismo y la autocontención. Intentamos establecer la incidencia de algunas de sus decisiones sobre los problemas que afectan actualmente a nuestro sistema constitucional, en especial al Estado de las Autonomías.

■ **Palabras clave:**
Justicia constitucional;
Tribunal Constitucional:
organización, funciona-
miento, balance; Interpre-
tación constitucional;
Jurisprudencia; Sistema
normativo; Derechos
fundamentales; Estado
autonómico; Reforma y
mutación constitucional;
Defensa de la Constitución

Abstract

■ **Keywords:**
Judicial Review;
Constitutional Court:
Organization, Operation,
Balance; Constitutional
Interpretation;
Jurisprudence; System of
Rules; Fundamental Rights;
State of Autonomies;
Formal and non-Formal
Constitutional
Modification; Defense of
the Constitution

The limited use of the mechanisms of constitutional reform has made to rest on the Constitutional Court, almost exclusively, the task of updating the Spanish Constitution of 1978, through its evolutive interpretation. In this paper, we attend to, on the one hand, the difficulties to which the Constitutional Court has had to face in the development of its functions; and, on the other hand, the greater or lesser success in the exercise of the same. We reflect about the delicate position of the Constitutional Court, located on the border between interpreting the will of the constituent power or replace it; as well as on the border between activism or self-restraint. We are trying to establish the incidence of some of its decisions on the problems that currently affect our constitutional system, in particular to the State of Autonomies.

Introducción – I. Los condicionantes externos: 1. El marco normativo; 2. Renovación de magistrados e interferencia política; 3. La desvirtuación del recurso de amparo – II. Algunas líneas jurisprudenciales controvertibles: 1. Sistema de fuentes; 2. Derechos y libertades; 3. Estado autonómico – III. Una lectura conjunta: expectativas y resultados – IV. Consideraciones finales – V. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En puertas ya del cuadragésimo aniversario de la Constitución de 1978, comienzan a sucederse las reflexiones y los análisis: se recapitulará y se hará balance sobre lo sucedido en estas cuatro décadas de vigencia constitucional, se llevarán a cabo exhaustivos chequeos de nuestra Carta Magna en busca de sus fortalezas y debilidades, y se aventurarán conclusiones en clave prospectiva. Además, si en cada nuevo aniversario se reaviva la discusión sobre la necesidad y/o conveniencia de una reforma constitucional más o menos profunda, en medio de las actuales circunstancias, de todas conocidas, dicho debate se ha tornado permanente, y ha cobrado más fuerza e intensidad que nunca.

Como sabemos, solo las modificaciones llevadas a cabo en 1992 (art. 13.2) y 2011 (art. 135) permiten diferenciar el texto constitucional vigente a finales de 2017, del ratificado en referéndum el 6 de diciembre de 1978 y promulgado el día 27 del mismo mes¹. Se ha destacado en este sentido la enorme reticencia hacia la reforma constitucional demostrada por la clase política durante todos estos años, y lo fácilmente que, de forma paradójica, se ha superado ese miedo cuando (como sucedió en ambos casos) la reforma viene impuesta por la Unión Europea².

Sin embargo, por más que la letra sea prácticamente la misma, la Constitución ha *crecido y madurado* en estos años merced, fundamentalmente, a su desarrollo legislativo y a la interpretación de la misma resultante de la jurisprudencia constitucional. En este contexto, y por lo que aquí nos interesa, se hace preciso dirigir la mirada muy especialmente al Tribunal Constitucional³, definido en el artículo 1 de

¹ Reforma del artículo 13, Apartado 2, de la Constitución Española, de 27 de Agosto de 1992 (BOE de 28 de Agosto: <https://www.boe.es/boe/dias/1992/08/28/pdfs/A29905-29936.pdf>), y Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011 (BOE de 27 de Septiembre: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/09/27/pdfs/BOE-A-2011-15210.pdf>).

² FONDEVILA MARÓN M.: *La reforma constitucional en España*, Santiago de Compostela, Andavira, 2016, págs. 97-102. En la misma línea, VERA SANTOS J.M.: *La reforma constitucional en España*, Madrid, La Ley, 2007, págs. 298-299.

³ Quedan fuera del objeto de este trabajo el papel de los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la *jurisdicción constitucional* entendida como aplicación judicial de las normas constitucionales, el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional con respecto a la ordinaria (arts. 161.1.a CE, 40 LOTC y 5.1 LOPJ), así como compleja delimitación de funciones entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional y los consiguientes desencuentros entre ambos. Baste sobre estas cuestiones la remisión a: RUBIO LLORENTE F.: “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 4 (1982), págs. 35-67; GARCÍA CUADRADO A.M.: *Teoría Política y Constitucional*.

su Ley Orgánica como “intérprete supremo de la Constitución”. Precisamente esa esporádica actuación del poder de reforma constitucional (generalmente conocido como *poder constituyente derivado* o *poder constituyente constituido*), ha hecho recaer sobre el Tribunal Constitucional, casi en exclusiva, la tarea de *actualizar* la Constitución a través de la interpretación evolutiva de la misma, cobrando así un protagonismo superior al que en principio podría aspirar, en su condición de mero poder constituido. A él corresponde la depuración del ordenamiento jurídico a través del control de constitucionalidad de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; delimita el alcance y contenido esencial de los derechos y libertades y, a través del recurso de amparo, se convierte en el garante último de los que gozan de mayor protección; concreta el reparto territorial e institucional de poder dirimiendo los conflictos que se planteen entre los distintos poderes y niveles territoriales. En suma, a través del cotidiano ejercicio de sus competencias, el Tribunal Constitucional interpreta con carácter vinculante la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, defendiendo así la supremacía de aquélla sobre el resto del sistema de fuentes, al impedir que cualquier poder constituido pueda contradecir la soberana voluntad popular plasmada en la Norma Básica por obra del poder constituyente⁴.

Por muy elementales que puedan resultar estas consideraciones, no está de más recordarlas si lo que se pretende es poner de manifiesto que el nivel de protección de la Constitución, materializado en su efectiva vigencia (y, por tanto, lo que podríamos llamar su *estado de salud*), depende en buena medida, por una parte, de las dificultades a las que el Tribunal Constitucional haya de enfrentarse en el desempeño de sus funciones y, por otra, en el mayor o menor acierto en el ejercicio de las mismas.

Cierto es que la *justicia constitucional* no es el único instrumento de defensa jurídica de la Constitución para asegurar su vigencia, supremacía y estabilidad frente a las cambiantes mayorías parlamentarias: también la propia *rigidez constitucional* tiene, al fin y al cabo (a pesar de carecer de la mencionada cotidianidad de aquella), la misma razón de ser. Uno y otro mecanismo tratan de evitar la existencia, dentro del ordenamiento, de disposiciones normativas contrarias a la Constitución; preceptos que, de existir, implicarían, como más adelante se comentará, una reforma encubierta de la Constitución (*mutación constitucional*), contraviniendo el acuerdo que dio origen a la misma y desvirtuando su carácter de norma suprema. Ahora bien, la mencionada resistencia a emprender reformas constitucionales (alimentada sobre todo por los temores a no suscitar un consenso similar al logrado durante la idealizada transición política, y a reproducir la tradicional inestabilidad de nuestro constitucionalismo histórico)⁵, conduce a la percepción de un tribunal constitucional

Presupuestos y desarrollo de la dogmática constitucional, León, EOLAS, 2016. Páginas: 387-393; MATIA PORTILLA F.J.: “Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos”, *Revista de Derecho Político*, nº 97, UNED, 2016, págs. 11-48.

⁴ DE VEGA P: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pág. 53.

⁵ Así explican el fenómeno, entre otros, RUIPÉREZ ALAMILLO J.: “Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales”, en S. ROURA y J. TAJADURA (Dirs.): *La reforma*

saturado sobre el que recae todo el peso de la defensa y la interpretación evolutiva del texto constitucional.

Aun así, existe cierta propensión doctrinal a ponderar los méritos del Tribunal Constitucional y destacar el positivo balance de su actuación desde que en 1981 dictara sus primeras sentencias. Incluso advirtiendo luces y sombras, sobre todo respecto de la conformación del Estado autonómico, se destaca el vigor de la justicia constitucional en España, su labor decisiva e imprescindible en el desarrollo del Estado constitucional, y en concreto su papel esencial en la depuración del ordenamiento jurídico *pre* y postconstitucional, así como en la garantía de los derechos fundamentales⁶.

Lo que parece claro es que determinados factores externos (entre otros, la tardanza en la renovación de magistrados, algunos aspectos del marco constitucional y legal en el que ha de moverse, o ciertas prácticas consolidadas), así como algunas decisiones discutibles, que bien pueden calificarse como *flacos favores* a nuestro (ya de por sí frágil, precario y menesteroso) Estado social y democrático de Derecho, han deteriorado la imagen del Tribunal, y generado la sensación de que el *debe* pesa más que el *haber*. En las páginas siguientes trataremos de comprobar si esta percepción, tan personal como en cierto modo apriorística, puede considerarse o no una realidad verificada. Para ello, llevaremos a cabo un recorrido por algunas cuestiones

constitucional, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, pág. 26; BELDA PÉREZ-PEDRERO E.: *La fallida reforma de la Constitución española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*, Pamplona, Thomson/Civitas/Aranzadi, 2008, págs. 22 y ss. No obstante, como nos recuerda este último autor, “La reforma de la Constitución es una institución básica para la permanencia de la conexión entre el pueblo y el derecho, que aquél utiliza o recibe” (pág. 31).

⁶ Baste citar en este sentido a ARAGÓN REYES M.: “25 años de justicia constitucional en España”, en J. PÉREZ ROYO, J.P. URÍAS MARTÍNEZ y M. CARRASCO DURÁN (Eds.): *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Navarra, Thomson/Aranzadi 2006, tomo II, págs. 3667 y ss.; TORRES DEL MORAL A.: “Veintitrés años de Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, nº 58-59, UNED, 2003-2004, págs. 801 y ss. Por su parte, BLANCO VALDÉS R.L. [“La política y el Derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)”], *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 4, UNED, 1999, págs. 263 y ss.] pone el acento en los problemas funcionales y retos orgánicos; mientras que OUBIÑA BARBOLLA S. (*El Tribunal Constitucional. Pasado, presente y futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 33 y ss.), analiza en clave crítica una situación que dista de ser satisfactoria, dado el déficit funcional que lleva a poner en duda la capacidad del Tribunal para resolver los procesos constitucionales con la necesaria celeridad. Por su parte, ALVAREZ CONDE E. y TUR AUSINA R., tras destacar algunos retrasos importantes en la adopción de sus decisiones, y constatar aciertos y errores en la configuración del Estado autonómico, echan de menos “una función pedagógica y apodíctica en temas tales como el significado del principio democrático como canon de constitucionalidad, su papel en las normas dictadas durante la crisis económica y, en suma, su función de contrapoder, que parece brillar por su ausencia” (*Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 7ª ed., 2017, pág. 792). Sobre la incorporación por parte del TC de la doctrina elaborada por los órganos e instrumentos internacionales de garantía de los derechos, puede consultarse: P. NUEVO LÓPEZ: “Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 50, 2015, págs. 141-160; JIMENA QUESADA L.: *Jurisdicción y control de convencionalidad*, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

problemáticas, a sabiendas de que cada una de ellas ha merecido, y sigue necesitando, un tratamiento más detallado. Gráficamente, y en terminología muy actual, nos preguntamos por la *calidad del servicio* prestado por el Tribunal a ese ordenamiento constitucional al que debe proteger y fortalecer.

I. LOS CONDICIONANTES EXTERNOS

1. El marco normativo

En la raíz de cualquiera de los problemas que pudiéramos elegir para iniciar este elenco de dificultades (sus complicadas renovaciones parciales, la sobrecarga de tareas y consiguiente acumulación de asuntos, etc.), se encuentra el primordial de todos ellos: el *carácter abierto y en buena medida inacabado del texto constitucional*. Ciertamente es que a una Constitución, por su propia naturaleza de norma básica y fundamental, no puede pedírsele una regulación exhaustiva de las distintas materias, sino que lo que puede esperarse de ella es que trace las líneas generales del Ordenamiento jurídico de un Estado (ya en el siglo XIX afirmaba Pellegrino Rossi que la Constitución contiene los “títulos de los capítulos”, *têtes des chapitres*, del resto de las ramas del Derecho). Sin embargo, lo que se observa en el caso concreto de la Constitución española (y de manera especialmente clara en lo relacionado con la descentralización política y consiguiente organización territorial del Estado en Comunidades Autónomas) es la indefinición y las indecisiones del constituyente, que han tenido que resolverse en el momento de redactar, y posteriormente reformar, los Estatutos de Autonomía; de tal modo que el poder estatuyente de las autonomías, hubo de convertirse en una prolongación inevitable del poder constituyente, distorsionando así la lógica del Estado constitucional. Ello ha hecho necesaria una ingente labor interpretativa por parte del Tribunal Constitucional al resolver los conflictos de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas (incluso mediante la instauración de conceptos como el *bloque de la constitucionalidad*), trasladando así las dificultades *estructurales* existentes en el Ordenamiento, al ámbito, totalmente distinto, del sistema de *garantías* (Tribunal Constitucional). Esa traslación ha motivado que tales problemas estructurales no sólo no hayan encontrado solución satisfactoria, sino que al final se haya visto distorsionado y gravemente erosionado el propio órgano garantizador, dando paso a una constante y creciente judicialización de la vida política, acompañada del consiguiente peligro de politización de la justicia⁷.

⁷ Es la tesis mantenida por DE VEGA GARCÍA P.: “Prólogo” a *Constitución española* (edición, notas e índice de A. DE CABO DE LA VEGA), Madrid, Biblioteca Nueva, 1996, págs. XXIV y ss. Mantenía acertadamente este autor que, obligar al Tribunal Constitucional (“clave de bóveda del Estado constitucional”, cuya función es velar por que la Constitución se cumpla) a ser “garante de un proceso descentralizador, en el que las exigencias del pragmatismo político se imponen a las razones de la lógica constitucional, equivale sencillamente a desvirtuar su papel”. Si bien “es cierto que la conversión en materia estatutaria de lo que únicamente debería haber sido materia constitucional, obtuvo su legitimidad jurídica y política por el propio Poder Constituyente de 1978, al remitir la regulación de una serie de cuestiones, en las que él no quiso entrar, al momento de la aprobación de los Estatutos”, no lo es menos que “lo que al Tribunal Constitucional no

Siendo este el principal obstáculo que la Constitución ha puesto en el camino de su intérprete supremo, no es en modo alguno el único. A título meramente indicativo, y fijándonos ya en aspectos de índole esencialmente procesal, cabe reparar ahora en el que afecta a la *legitimación* para iniciar los distintos procesos constitucionales. De los artículos 162 y 163 de la Constitución, así como los 32, 35, 46, 59 y ss., 73, 75 *ter*, 78, 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se desprende que, excepción hecha de la llamada *autocuestión de inconstitucionalidad* (art. 55.2 LOTC), el Tribunal nunca puede ejercer sus competencias poniendo en marcha un procedimiento por iniciativa propia, optándose por una legitimación restringida a los sujetos mencionados en cada caso.

Asimismo, respecto del *objeto de control*, destacaremos la falta de previsión expresa del *control de las omisiones legislativas*, motivo por el cual el propio Tribunal ha tenido que abrir paso a esa posibilidad por vía jurisprudencial. Este tema ha cobrado relevancia en el contexto de la crisis económica, reclamándose una efectiva capacidad de control sobre la eventual inacción del legislador en relación con derechos sociales y principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I CE), que por sí misma vulneraría la Constitución por el mandato concreto de desarrollo contenido en la misma. La STC 45/1989 de 20 de febrero (FJ 11) abre la puerta al control de las omisiones legislativas⁸.

Cabe mencionar otras limitaciones a la capacidad fiscalizadora del Tribunal que se desprenden de la Constitución y la LOTC. Así, se ha puesto de relieve la *inexistencia de un recurso de amparo directo frente a leyes*. Por mucho que esa ausencia encuentre explicación en la existencia del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, resulta criticable en el caso de las llamadas *leyes autoaplicativas*, esto es, aquellas que pueden lesionar derechos de manera directa al no precisar actos de aplicación que los afectados pudieran impugnar ante la jurisdicción ordinaria. En todo caso, se vería vulnerada la tutela judicial efectiva del art. 24 CE con motivo de la indefensión generada⁹.

Cerraremos esta enumeración no exhaustiva con una alusión al *control de las reformas constitucionales*, respecto de las cuales el Tribunal carece también de posibilidad alguna de control. Hablamos, en principio, de un control respecto de su adecuación *formal* de la reforma al procedimiento constitucionalmente previsto (por ejemplo, si se siguiera el procedimiento del artículo 167 para reformar un precepto

puede pedírsele, en cuanto guardián de la voluntad del poder constituyente, es que se convierta en su sustituto, y realice lo que el poder constituyente no hizo o no quiso realizar”.

⁸ Pueden consultarse sobre esta cuestión los trabajos de: FERNÁNDEZ SEGADO F.: “La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, *Themis: Revista de Derecho*, nº 31, 1995, págs. 153-172; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ J.J.: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 2007, pág. 85; AHUMADA RUIZ M.Á.: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 8, Madrid, 1991, págs. 189 y ss.; VILLANUEVA TURNES A.: “La inconstitucionalidad por omisión legislativa”, *Diario La Ley*, nº 8826, 2016.

⁹ ARAGÓN REYES M.: “25 años de justicia constitucional en España”, *cit.*, pág. 3656-3657.

sujeto al más agravado procedimiento del artículo 168)¹⁰. Independientemente de que se las denomine *leyes de reforma constitucional* o *reformas constitucionales* (denominación que consideramos más exacta), lo cierto es que una vez aprobadas pasan a ser *Constitución* y, por tanto, no susceptibles de control de constitucionalidad; se trata pues de una importante laguna, que podría ser colmada mediante el establecimiento de un control previo para las mismas¹¹. Ese hipotético control, que debería ejercerse sobre el texto ya concluido, con anterioridad a su presentación para sanción y promulgación regia y, en su caso, con anterioridad a la celebración de referéndum, no ha sido incorporado por la Ley Orgánica 12/2015 de 22 de septiembre, que recupera el recurso previo de inconstitucionalidad para “*los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación*”¹².

2. Renovación de magistrados e interferencia política

La previsión del art. 159 CE sobre la composición del Tribunal Constitucional, implica que ocho de los doce magistrados son propuestos por las cámaras parlamentarias. Como se sabe, a partir de la reforma de la LOTC llevada a cabo por la LO 6/2007 de 24 de mayo (BOE 25 mayo 2007), los cuatro magistrados propuestos por el Senado han de ser elegidos “entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que dispone el Reglamento de la Cámara” (art. 16.1 LOTC, en relación con el art. 184.7 del Reglamento del Senado). No se trata ahora de entrar en los pormenores de esta reforma, que afecta también a los candidatos propuestos por el Congreso (art. 16.2 LOTC), ni de la STC 49/2008 de 9 de abril que desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la misma. Simplemente pretendemos destacar el riesgo que para la imagen y la propia misión del Tribunal supone su consideración como un órgano *politizado*. Por más que la Constitución exija mayoría de tres quintos tanto en el Congreso como en el Senado, la práctica de las sucesivas renovaciones permite constatar el intercambio de apoyos entre las dos fuerzas políticas mayoritarias para que las propuestas de una y otra salgan adelante. La duración de nueve años del

¹⁰ Dos aportaciones específicas sobre el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales son las de RODRÍGUEZ GAONA R.: *El control constitucional de la reforma a la Constitución*, Madrid, Dykinson, 2006, y GARCÍA BELAÚNDE D.: “Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana)”, *Revista de Derecho Político*, nº 66, UNED, 2006, págs. 477-500. Véase también el magnífico estudio comparativo que sobre el tema lleva a cabo BRAGE CAMAZANO J.: *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, págs. 256-274 (y de manera específica las págs. 267-268), donde plantea la posibilidad de control (formal) de las reformas constitucionales “para evitar un Caballo de Troya (in)constitucional”.

¹¹ TORRES DEL MORAL A.: *Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo II: Instituciones Políticas*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 5ª ed., 2004, pág. 387; “Veintitrés años de Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 803.

¹² ALEGRE MARTÍNEZ M.A.: “El recurso previo de inconstitucionalidad según la Ley Orgánica 12/2015: un regreso esperado, una reforma insuficiente”, *Revista de Derecho Político*, nº 97, UNED, 2016, págs. 128-129.

mandato de los magistrados prevista en el art. 159.3 LOTC (superior a la del mandato de las Cámaras que los designan) y las diversas cautelas contenidas en la LOTC para garantizar su independencia (arts. 16 y ss.) no han podido evitar que cada magistrado tenga asignada por los medios de comunicación y por la opinión pública, su inseparable *etiqueta* de “conservador” o “progresista”. A esta situación han contribuido de manera decisiva los retrasos en las renovaciones parciales (1992, 1995, 1998, 2001, 2007...) que han hecho pasar por momentos ciertamente delicados al Tribunal por causas ajenas a él mismo. Aunque el art. 17 LOTC establezca que antes de los cuatro meses de la fecha de expiración del mandato, el Presidente del Tribunal ha de solicitar a los Presidentes de los órganos que han de hacer las propuestas para la designación de nuevos magistrados que inicien el procedimiento para ello, muy frecuentemente los magistrados salientes han tenido que permanecer largo tiempo en el ejercicio de sus funciones hasta la toma de posesión de los nuevos. Especialmente llamativo fue el caso de los cuatro magistrados designados por el Senado que deberían haber sido sustituidos en diciembre de 2007 y no lo fueron hasta diciembre de 2010. Como bien se ha apuntado, aunque esa continuidad en funciones (prevista en el art. 17.3 LOTC) evita que se produzcan vacíos, no es deseable que se produzcan esas situaciones de interinidad, y mucho menos que se prolonguen. Ni que decir tiene que desde este punto de vista han resultado más problemáticas las renovaciones de magistrados de elección parlamentaria que la de aquellos designados por el Gobierno o por el Consejo General del Poder Judicial en los términos del art. 159.3 CE y 16.3 LOTC¹³.

La LO 8/2010 de 4 de noviembre (BOE 5 noviembre 2010) añade un párrafo 5 al art. 16 LOTC encaminado a evitar los problemas generados por la excesiva demora en la renovación de magistrados (en especial la mencionada de 2007 a 2010). Se establece a este respecto que “si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación”. Esta medida, que al menos deja a salvo el sistema de renovación por tercios, resulta sin embargo dudosamente compatible con la duración de nueve años del mandato fijada expresamente por el art. 159.3 de la Constitución¹⁴.

Por lo demás, la injerencia de los partidos políticos en el funcionamiento del Tribunal Constitucional no solo se manifiesta en la composición del Tribunal y en la renovación de sus magistrados, sino en el propio funcionamiento de la institución: gobiernos que

¹³ Cfr. ÁLVAREZ CONDE E. y TUR AUSINA R.: *Derecho Constitucional*, cit., pág. 771.

¹⁴ PÉREZ TREMPES P.: *Sistema de Justicia Constitucional*, Pamplona, Thomson Reuters/Civitas, 2ª ed., 2016, pág. 45.

Por otra parte, la STC 49/2008 de 9 de abril declara conforme a la Constitución la reforma del art. 16.3 LOTC operada por la LO 6/2007. Según este precepto, la elección de Presidente y Vicepresidente del Tribunal ha de realizarse tras la renovación del Tribunal por tercios cada tres años, estableciéndose que “Si el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados”.

En esta misma STC 49/2008 (FJ 19) el Tribunal recuerda “la obligación de los distintos órganos constitucionales legitimados por el artículo 159.1 CE de realizar la correspondiente elección en tiempo y forma”.

retiran recursos de inconstitucionalidad o conflictos de competencias interpuestos por gobiernos anteriores para ganarse el apoyo o el favor de determinadas fuerzas políticas autonómicas, o circunstancias poco edificantes alrededor de la tramitación de recursos de inconstitucionalidad¹⁵, son solo algunas de las vías por las que ha transitado la utilización e instrumentalización política del Tribunal. Monedas de uso corriente la traslación al Tribunal de conflictos políticos buscando hacer un posterior uso partidista de sus pronunciamientos, así como el ejercicio de presiones políticas y mediáticas, o las frecuentes recusaciones a magistrados¹⁶. Estos intentos de alterar el funcionamiento del Tribunal, así como las ya mencionadas demoras en las renovaciones, causan un gran perjuicio a un órgano llamado a moverse en un plano bien diferente al de la contienda partidista, por la propia naturaleza de su función garantista de la supremacía constitucional.

3. La desvirtuación del recurso de amparo

Es sabido que en nuestro ordenamiento jurídico el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se configura como un mecanismo *subsidiario*, cuya utilización solo procede una vez que se han agotado las demás vías previstas para garantizar aquellos derechos susceptibles de tal recurso. Eso significa, destacadamente, que para poder recurrir en amparo es necesario haber acudido antes a los jueces y tribunales ordinarios, que son los “garantes naturales” de los derechos y libertades (arts. 53 de la Constitución, 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y STC 170/2013 de 7 de octubre, FJ 2). Además, el art. 41.2 LOTC establece que el recurso de amparo procede frente a lesiones “originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”. No está pensado, por tanto, para garantizar los derechos frente a lesiones producidas por particulares.

Ahora bien, no es menos conocido que se ha consolidado una *vía indirecta para acceder a un recurso de amparo cuando la posible lesión proceda de un particular*: lo que inicialmente es un conflicto entre particulares llega al Tribunal Constitucional

¹⁵ “Recusación de magistrados, demora de cuatro años en la resolución, un Tribunal partido en dos mitades prácticamente”, son las que apunta CASTELLÀ ANDREU J.M. (“Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 37, UNED, 2016, pág. 566) en relación con la tramitación del recurso sobre la reforma del Estatuto catalán.

¹⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS M.: “La injerencia de los partidos políticos en el Tribunal Constitucional”, en GARRIDO LÓPEZ C. y SÁENZ ROYO E.: *La reforma del Estado de partidos*, Madrid, Marcial Pons, 2016, págs. 134-135. Señala este autor (*ibidem*, pág. 122) los diversos motivos por los que la incidencia de los partidos en el Tribunal ha alcanzado niveles especialmente preocupantes: “por un lado, la posición y funciones del propio Tribunal en el sistema político e institucional que se deriva de la Constitución de 1978; por otro, por el papel de árbitro de contiendas políticas que con demasiada frecuencia le han atribuido los partidos mayoritarios; y por último, por las concretas circunstancias que rodearon al Alto Tribunal durante los cuatro años que se prolongó el proceso contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña y que culminó con la STC 31/2010, de 28 de junio”.

cuando los tribunales ordinarios no han reconocido la lesión del derecho fundamental, y la parte perjudicada entiende vulnerado, además del derecho en concreto, el de la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. En esa situación, se considera que es la acción u omisión del tribunal ordinario que agote la vía judicial previa la que ha producido la lesión del derecho o derechos fundamentales, siendo tal lesión recurrible en amparo con base en el art. 44 LOTC. Este artificio procesal, que sintoniza con la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, ha sido asumida por el propio Tribunal, al haber reconocido “que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos” (STC 177/1988 de 10 de octubre, FJ 4). La consecuencia de ello ha sido la utilización abusiva de este procedimiento, por la consideración en la práctica del recurso de amparo como *una instancia jurisdiccional más*, con el consiguiente colapso del Tribunal y los importantes retrasos en la resolución, no solo de los propios recursos de amparo, sino del resto de los procesos constitucionales¹⁷.

La citada LO 6/2007 de 24 de mayo ha introducido modificaciones en la LOTC, dirigidas sobre todo a paliar en parte el problema de la ingente acumulación de recursos y, de paso, buscando también objetivar el recurso de amparo, al situar su virtualidad más allá de la mera satisfacción del sujeto individual que recurre la lesión de un derecho. En virtud de esta modificación, el art. 50.1 LOTC exige “que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional”, cuya existencia o no es apreciada en cada caso por el propio Tribunal (STC 155/2009 de 25 de junio)¹⁸.

¹⁷ Citemos únicamente algunos ejemplos especialmente conocidos por la opinión pública: la STC 31/2010 de 28 de junio en relación con la LO 6/2006, de reforma del Estatuto catalán se produce cuatro años después de que ésta fuera ratificada en el referéndum estatutario de 18 de junio de 2006. La ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, fue respaldada por el Tribunal Constitucional en la STC 198/2012 de 6 de noviembre. A fecha de 4 de noviembre de 2017 no hay aún sentencia en relación con la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva. No está de más recordar aquí lo establecido por el art. 34.2 LOTC: “La personación y la formulación de alegaciones deberán hacerse en el plazo de quince días, transcurrido el cual el Tribunal dictará sentencia en el de diez, salvo que, mediante resolución motivada, el propio Tribunal estime necesario un plazo más amplio que, *en ningún caso, podrá exceder de 30 días*”. Para la cuestión de inconstitucionalidad, el art. 37.3 LOTC prevé, transcurridos los quince días para formular alegaciones, un plazo de quince días para dictar sentencia, que no podrá exceder el de treinta días si ello se estima necesario mediante resolución motivada.

¹⁸ Como aportaciones recientes en torno a este requisito, GONZÁLEZ BEILFUSS M.: “La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 107, 2016, págs. 333-367; ARROYO JIMÉNEZ L.: “Especial trascendencia constitucional del recurso de amparo”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 68, 2017, págs. 36-43.

II. ALGUNAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES CONTROVERTIBLES

La relevancia práctica del Tribunal Constitucional reside fundamentalmente en el alcance de sus decisiones, no solo por el valor de cosa juzgada y los efectos que la Constitución les otorga (art. 164 CE), sino también por su incidencia en el modo en que los ciudadanos y los poderes públicos reciben, asumen e interiorizan los preceptos y principios constitucionales; y ello, tanto por el carácter vinculante de la interpretación que el Alto Tribunal realiza de los mismos (art. 5.1 LOPJ), como por el refuerzo de los poderes para ejecutar sus propias decisiones, recibido de la LO 15/2015 de 16 de octubre (avalada a su vez por la STC 185/2016 de 3 de noviembre). El alcance de éstas, además, no se limita al procedimiento o al contexto en el que se producen, sino que se convierten en directrices, en maneras de entender, interpretar y aplicar la Constitución, que permanecerán y producirán consecuencias, al menos, en tanto el propio Tribunal no modifique su doctrina. Así las cosas, si los actos de cualquier órgano constitucional pueden y deben ser sometidos a crítica, el *plus de cuestionabilidad* de las decisiones del Tribunal viene a ser lógica contrapartida a la especial trascendencia de las mismas, y a las consecuencias que de ellas se derivan. Este es precisamente el criterio que hemos seguido a la hora de reunir un elenco de resoluciones con especial incidencia en ámbitos como el sistema de fuentes, los derechos fundamentales o la organización territorial: sus efectos altamente perjudiciales para la fortaleza y la solvencia de nuestro sistema democrático. Siendo, por supuesto, discutible esta y cualquier otra selección que pudiera realizarse, no lo son menos las líneas jurisprudenciales que se enuncian seguidamente. Ellas, y otras que podrían citarse, han contribuido decisivamente a traernos, por diversos caminos, al desolador panorama constitucional que se presenta ante nosotros.

1. Sistema de fuentes

A) Haremos referencia en primer lugar a la *permisividad mostrada por el Tribunal Constitucional hacia el Decreto-Ley*, dando por buena su conversión en una figura de uso habitual, apartándose así del carácter excepcional con el que fue previsto en el artículo 86 CE. Casi desde el principio, el Tribunal se ha inhibido a la hora de apreciar la existencia o no del supuesto de hecho habilitante, al considerar que “en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por vía de decreto-ley” (entre otras, STC 29/1982 de 31 de mayo, FJ 3 y 4). Ciertamente, el Tribunal ha considerado que el decreto-ley no es inmune al control jurisdiccional (SSTC 6/1983 de 4 de febrero, FJ 5, 111/1983 de 2 de diciembre, FJ 5), y que la extraordinaria y urgente necesidad exigida por el art. 86 CE no puede ser entendida como “una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes” (STC 11/2002 de 17 de enero, FJ 4). Pero ello ha ido acompañado de otras muestras de laxitud en el control de esta figura: por ejemplo, suavizando la literalidad del término “afectar” en relación con los derechos, deberes y libertades para que la figura del decreto-ley no quede reducida a la nada (STC 111/1983, FJ 8), o no

considerando un obstáculo insalvable el contenido heterogéneo y multisectorial de un decreto-ley (STC 199/2015 de 24 de septiembre).

Como resultado de todo ello, los sucesivos Gobiernos centrales se han mostrado animados a la utilización habitual de este tipo de disposición normativa, y la tendencia se ha propagado a las Comunidades Autónomas, donde incluso se han superado los excesos cometidos en el ámbito estatal. En uno y en otro caso, acudiendo con asiduidad a esta norma con rango de ley, no solo se acortan tiempos eludiendo el debate parlamentario legislativo o el procedimiento de elaboración de reglamentos o resoluciones singulares, sino que además se evita el control de la jurisdicción ordinaria¹⁹.

B) Recordemos, en segundo término, la *interpretación restrictiva* realizada por el Tribunal a la hora de *delimitar el ámbito reservado por el art. 81.1 CE a las leyes orgánicas*, en especial por lo que se refiere a los “derechos fundamentales y libertades públicas”. Entiende el Tribunal que tal reserva ha de entenderse limitada a los incluidos en la sección primera del capítulo II del Título I, cuyo encabezamiento se corresponde con la expresión utilizada en el artículo 81, (entre otras SSTC 76/1983 de 5 de agosto, FJ 2, 160/1987 de 27 de octubre, FJ 2). Además, el “desarrollo” al que se refiere el precepto constitucional, no debe considerarse referido a cualquier aspecto, sino que la regulación por ley orgánica solo alcanzará al *desarrollo directo* del derecho o libertad fundamental en aspectos esenciales de los mismos, tales como titularidad, ámbito o límites en relación con otros derechos (SSTC 6/1982 de 22 de febrero, 67/1985 de 24 de mayo, 161/1987 de 27 de octubre, 132/1989 de 18 de julio, 101/1991 de 13 de mayo, 127/1994 de 5 de mayo, 292/2000 de 30 de noviembre, 53/2002 de 27 de febrero, etc.). Se trata así de evitar la “petrificación” del ordenamiento jurídico que podría suponer la exigencia de aprobación por mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados, que afecta a este tipo de ley. El artículo 81 y el resto de alusiones constitucionales a la figura de la ley orgánica, razona el Tribunal, podrían convertir a las Cortes en “constituyente permanente”, y al ordenamiento jurídico en una mayoría de Leyes orgánicas, con los importantes problemas de consenso interno que ello conlleva, “ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un Derecho Fundamental” (STC 6/1982, FJ 6).

De este modo, el Tribunal Constitucional vuelve a enmendar la plana al constituyente tal y como acabamos de ver con relación a los decretos-leyes, y además lo hace en uno y otro caso con argumentos opuestos. Para los Decretos-leyes: la Constitución quiere que haya decretos-leyes; por eso hay que interpretar con laxitud las limitaciones que ella impone a esta figura, que de lo contrario quedaría reducida a la nada. Para las leyes orgánicas: la Constitución quiere que haya leyes orgánicas; pero hay que interpretar restrictivamente el ámbito de las mismas, para evitar que se utilicen en exceso²⁰.

¹⁹ Véase DE LA IGLESIA CHAMORRO A.: “Decreto-ley autonómico: ¿Una fuente más o un nuevo problema constitucional?”, en RUBIO LLORENTE F., JIMÉNEZ CAMPO J., SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA J.J., BIGLINO CAMPOS P., GÓMEZ MONTORO Á.: *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, págs. 161 y ss.

²⁰ Que, por ejemplo, la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, al igual que sus predecesoras (Ley 35/1988 de 22 de noviembre y Ley 45/2003 de 21 de noviembre), o la Ley 14/2007 de 3 de julio de Investigación Biomédica, no se hayan

2. Derechos y libertades

A) El Tribunal Constitucional *ha restringido el derecho fundamental a la vida, negando al nasciturus la titularidad del mismo*. Así lo hizo a partir de la STC 53/1985 de 11 de abril, reiterando esta postura en las SSTC 212/1996 de 19 de diciembre (Fundamento Jurídico 3) y 116/1999 de 17 de junio. Con ello, el Tribunal Constitucional ha provocado una auténtica mutación (o modificación no formal de la Constitución) al interpretar que ésta dice justamente lo contrario de lo que dice, a pesar de reconocer (STC 53/1985, FJ 5) que, con la inclusión en el artículo 15 CE del término “todos”, se pretendió lograr la plena y eficaz protección del *nasciturus*, según consta en los propios debates constituyentes²¹. Esta restricción se observa con claridad en la STC 212/1996 (relativa a la Ley 42/1988 de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos). En su FJ 3 puede leerse que el artículo 15 de la Constitución “reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esa titularidad a los *nascituri*”. Con especial nitidez reaparece unas líneas más adelante el *razonamiento*, cuando se habla, textualmente, del “derecho fundamental de todos, es decir, de los nacidos, a la vida” [*sic*]. A esta misma doctrina se remite, posteriormente, la STC 116/1999 (recaída en relación con la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida). Así, el máximo garante de la Constitución ha dejado desprotegido el derecho a la vida, pues al negar el derecho a nacer del *nasciturus*, le está negando también todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos.

tramitado como leyes orgánicas, resulta sencillamente increíble, habida cuenta de los problemas éticos y jurídicos que plantean, y de su conexión directa con los derechos fundamentales constitucionalizados en el artículo 15. Por más que, como es lógico, el Tribunal Constitucional no pueda ser considerado responsable directo de ello, dichas leyes bien podrían haber sido declaradas inconstitucionales por infracción del art. 81 CE (a la vista también del art. 28.2 LOTC) si la línea seguida por el Tribunal hubiera sido diferente.

²¹ Esto se debe fundamentalmente a que el Tribunal Constitucional se acoge al concepto de “persona” que, para el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, contiene el Código Civil (el cual establece en su artículo 29 que el nacimiento determina la personalidad), en lugar de aprovechar los elementos que la Constitución ofrece (artículos 10.1 y 15) para extraer un concepto lo más amplio y favorable posible de persona. Así lo hace también en la sentencia 231/1988 de 2 de diciembre, centrada en la interpretación de los derechos a la intimidad y a la propia imagen y su alcance respecto de las personas fallecidas. Desaprovecha así el Tribunal Constitucional la oportunidad de dar por superada la disyuntiva terminológica “todos”/“todas las personas”, que ya no tiene sentido a la vista de la Constitución. Olvida además el Tribunal que, según el mismo artículo del Código Civil, “el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”. Al respecto, ALEGRE MARTÍNEZ M.Á.: “Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad”, *Revista de Derecho Político*, nº 53, UNED, 2002, págs. 348 y ss. Un leve giro en sentido positivo viene marcado por la STC 271/2015 de 17 de diciembre, a la que más adelante se aludirá, y que avala la constitucionalidad del precepto legal autonómico en el que se computa al *nasciturus* como miembro de la unidad familiar en las solicitudes de plaza en los procesos de admisión de los centros públicos no universitarios.

B) En relación con la participación política, encontramos también alguna orientación discutible, concretamente en el ámbito de nuestro Derecho electoral. En este sentido, se ha puesto de manifiesto la *extremada condescendencia del Tribunal Constitucional con el legislador estatal y los autonómicos, avalando la constitucionalidad de todas las normas sobre las barreras electorales* cada vez que ha tenido ocasión para ello (SSTC 75/1985 de 21 de junio, 72/1989 de 20 de abril, 193/1989 de 16 de noviembre, 45/1992 de 2 de abril, 225/1998 de 25 de noviembre, entre otras). Especial atención requiere la primera de ellas (STC 75/1985), porque se pronuncia de forma expresa y genérica sobre la licitud de las barreras electorales en atención a los objetivos que persiguen, y en relación con las exigencias que se derivan del mandato contenido en el artículo 23.2 CE (derecho de los ciudadanos a acceder a cargos públicos). Según el criterio del Tribunal, el hecho de que nuestra Norma Básica no contemple las barreras electorales no es óbice para aceptar su constitucionalidad, ya que protegen el sistema democrático contra el riesgo que supone la atomización de la representación política, sirviendo así a la racionalización de la forma parlamentaria de gobierno, al “favorecer la estabilidad gubernamental” (STC 225/1998 de 25 de noviembre, FJ 7). Resulta legítimo, pues, que el ordenamiento electoral intente conjugar el valor del pluralismo político (art. 1.1 CE), y su expresión, en su caso, en el criterio de proporcionalidad, con “la pretensión de efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos”²².

C) Si la calidad de un sistema democrático no se limita a la asunción de unos determinados métodos o procedimientos, sino que además tiene que ver con la identificación de unos determinados valores y la defensa de los mismos, esto es, con la denominada *democracia militante*. Pues bien, nuestro Tribunal Constitucional, en relación con los requisitos exigidos para la legalización de los partidos políticos y la posibilidad de disolución judicial de los mismos en la LO 6/2002 de 27 de junio, ha entendido que “en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’ en el sentido que él le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección

²² Sobre este tema véase, por todos, OLIVER ARAUJO J.: *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 163 y ss. Como nos aclara este autor, la claridad de estos pronunciamientos, favorables a la legitimidad constitucional de las barreras legales, contrasta con la “calculada ambigüedad” del Tribunal cuando ha sido llamado a pronunciarse sobre el *límite* de las mismas. En efecto, si bien ha afirmado que el cinco por ciento de los votos emitidos en el conjunto de la Comunidad Autónoma es el tope más elevado que puede establecerse sin lesionar el derecho de acceso a cargos públicos (STC 225/1998), no explica cuáles son las “poderosas razones” que podrían justificar excepcionalmente una barrera superior, ni hasta qué porcentaje de votos se podría endurecer dicha barrera. De esta manera, continúa Oliver, el intérprete supremo de la Constitución contestó “con desgana y solo a medias” al requerimiento del Defensor del Pueblo sobre este asunto, de modo que “sabemos qué barreras son, a juicio del Tribunal, compatibles con la Constitución, pero desconocemos cuáles no lo son”, con el consiguiente peligro de “abusos por parte de legisladores poco respetuosos con la voluntad del constituyente” (*ibidem*, págs. 21, 177-180).

jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos. La ley recurrida no acoge ese modelo de democracia” (STC 48/2003 de 12 de marzo, FJ 7). Doctrinalmente se ha entendido, sin embargo, que el constituyente sí configuró una democracia militante, fundamentada en la dignidad y los derechos de la persona, y por tanto, asentada sobre unos determinados valores. Entre ellos está el pluralismo político, que el Tribunal Constitucional identifica con la legitimidad de las distintas opciones políticas dentro de los límites constitucionales, pero el problema está en aclarar si esos límites son únicamente procedimentales o también de carácter material²³.

3. Estado autonómico

En un primer acercamiento a la jurisprudencia mediante la que el Tribunal Constitucional ha tenido que ir dando forma al Estado autonómico, se puede tener la sensación de que, en conjunto, las Comunidades Autónomas han resultado favorecidas en el reparto del poder, con el consiguiente debilitamiento paulatino del Estado central. En materias que el constituyente parece concebir como netamente estatales (por ejemplo, la planificación general de la actividad económica, a través de la lectura conjunta de los arts. 131 y 149.1.13^a), el Estado ha ido perdiendo margen de maniobra, toda vez que determinados aspectos claves de la actividad económica (comercio, suelo, agua, etc.) han quedado en manos de las Comunidades Autónomas con el beneplácito del Tribunal Constitucional. Se ha acabado instalando la dialéctica *Estado versus Comunidades Autónomas*, considerados entes antagónicos y

²³ Así lo entiende TORRES DEL MORAL A: “Democracia militante”, en PÉREZ ROYO, J., URÍAS MARTÍNEZ, J.P., CARRASCO DURÁN, M. (Eds.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Navarra, Thomson/Aranzadi 2006, tomo I, pág. 223. Y ello porque “la democracia es más que el principio de mayoría en el procedimiento de adopción de decisiones. La democracia no se puede predicar solo de la parte orgánica de la Constitución, dejando inerte la parte dogmática, es decir, los valores, los principios, los derechos y las garantías”. “Puede haber democracia militante y ello no le resta ni un ápice de su carácter democrático. Más aún, debe haber democracia militante. Avancemos más todavía: tiene que haber democracia militante. O dicho finalmente: *no puede haber democracia no militante*, democracia a la que no le importe dejar de serlo” (*ibidem*, pág. 219). Sobre este tema, consúltese también JIMENA QUESADA L.: “Estado constitucional de partidos y militancia democrática. A propósito del libro *Partidos Políticos y Constitución*, de Javier Tajadura Tejada”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 48, 2004, páginas 113-129. Del mismo autor, *Dignidad humana y justicia universal en España*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2008, páginas 187 y ss. Más conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional se muestra PRESNO LINERA M.Á: “¿Ilegalización de partidos independentistas? ¿Bromea o qué?”, <https://presnolinera.wordpress.com/2017/10/19/ilegalizacion-de-partidos-independentistas-bromea-o-que/>, 19 octubre 2017: “Y es que, si el texto constitucional se puede modificar en su totalidad, o de una manera parcial que transforme uno o varios de sus elementos estructurales –por ejemplo, reconociendo el derecho de autodeterminación territorial–, no cabe impedir en una norma legal la existencia de partidos que puedan perseguir objetivos que son susceptibles de alcanzarse reformando la Norma Fundamental; tampoco cabe excluir de un proceso electoral las propuestas que vayan en esa misma dirección”.

enfrentados, como si éstas no fueran parte de aquél; y la credibilidad del propio texto constitucional queda en entredicho para cualquiera que lea, en su artículo 139.1, que “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”.

Si intentamos una mayor aproximación, habremos de acudir al auxilio de las Ciencias físicas para poder distinguir y visualizar las fuerzas centrífugas y centrípetas, los puntos de inflexión y los movimientos pendulares que se observan en la jurisprudencia constitucional sobre el Estado autonómico y el reparto de competencias, desde aquel “Autonomía no es soberanía” inicial (STC 4/1981 de 2 de febrero, FJ 3). Así, se detectan ciclos en los que predomina una línea centralizadora (como el que se habría producido en torno a 2015, apreciable por ejemplo en la STC 156/2015 de 9 de julio, que resuelve un recurso del Gobierno andaluz contra un Decreto-ley estatal sobre permisos de los funcionarios y horarios comerciales), y la posterior o casi simultánea rectificación avalando las pretensiones autonómicas o locales: así se percibe en la STC 271/2015 de 17 de diciembre o en la 41/2016 de 3 de marzo²⁴. Un punto de inflexión, sin duda, viene marcado por la STC 31/2010 de 28 de junio relativa al Estatuto de Autonomía de Cataluña, la cual, según se ha afirmado, introdujo numerosas mutaciones constitucionales *praeter legem*, esto es, aquellas que, sin contradecir abierta e inequívocamente un precepto de la Constitución, lo interpretan de modo que se modifica su significado. La sentencia que nos ocupa interpreta de manera forzada preceptos constitucionales ambiguos, con tal de dejar vigente la mayor parte de un Estatuto “que desde el inicio pretendió tener naturaleza de Constitución”²⁵. Junto con

²⁴ Al respecto, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA J.J.: “El Tribunal Constitucional recupera el equilibrio”, *El Imparcial*, 27 de Septiembre de 2016: <https://www.elimparcial.es/noticia/170014/el-tribunal-constitucional-recupera-el-equilibrio.html>.

La primera de las sentencias citadas desestima una cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 22 de la Ley de las Cortes Valencianas 6/2009, de 30 de junio, de protección de la maternidad. En ella, los criterios establecidos en la norma autonómica, que suponen una modulación de los criterios estatales son considerados compatibles con la legislación básica estatal. La segunda estima parcialmente un recurso de la Asamblea de Extremadura en relación con la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Entre otros aspectos, se declara la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos legales que autorizan al Estado a compensar determinadas deudas contraídas por las Comunidades Autónomas con los créditos resultantes de su sistema de financiación; asimismo se realiza una interpretación conforme de la disposición relativa a la asunción autonómica de competencias municipales en materia de educación.

²⁵ Así lo entiende GARCÍA CUADRADO, A.M.: *Principios de Derecho Constitucional*, León, Eolas, 2ª ed., 2013, pág. 753. Respecto de la técnica de las sentencias interpretativas empleada en la sentencia, apunta acertadamente este autor que “Aunque la interpretación de preceptos legales del Estatuto lo ha dejado recortado en algunas de sus ambiciones, también la Constitución ha quedado seriamente afectada por una de las más polémicas y negativas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español desde su fundación en 1980”. De entre los numerosos comentarios a esta sentencia, remitimos al de CASTELLÀ ANDREU J.M.: “La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del Estado autonómico”, *federalismi.it*, *Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, n° 18, 6/10/2010: <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=16937&edoc=05102010115117.pdf&tit=La%20sentencia%20del%20Tribunal%20constitucional%2031/2010,%2>

todas ellas, hay otras resoluciones que, siquiera brevemente, han de ocupar nuestra atención.

A) La STC 76/1983 de 5 de agosto, resolvió varios recursos previos de inconstitucionalidad acumulados contra el texto definitivo de la llamada *Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA)*. La sentencia estimó parcialmente el recurso, declarando que la LOAPA no podía promulgarse ni como ley orgánica ni como ley armonizadora, señalando además la inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos. Ello, en la práctica, ha supuesto dejar inutilizada una figura prevista por el constituyente (la *ley de armonización* del art. 150.3) que podría haber desempeñado un papel útil en la construcción del Estado de las Autonomías, contribuyendo posiblemente a evitar la existencia de diferentes sistemas educativos o sanitarios, calendarios laborales, etc., en las distintas Comunidades Autónomas, lo cual ha generado importantes costes y distorsiones.

B) La STC 66/1985 de 23 de mayo, que desestimó el recurso previo contra el texto definitivo de la *Ley Orgánica que modificaba la LOTC suprimiendo el recurso previo de inconstitucionalidad*. En ella, si bien el Tribunal se pronunció a favor de la constitucionalidad de la supresión del recurso previo, no afirmó la inconstitucionalidad del mismo. Por el contrario, se refirió, si bien de forma marginal, a su carácter *praeterconstitucional*, pero *no inconstitucional* (FJ2). Sobre todo a partir del proceso de reformas estatutarias vivido en España durante la VIII Legislatura (a partir de 2004) fueron aumentando en número e intensidad las voces que proponían rescatar el recurso previo, partiendo de un serio temor –fundado, por lo demás– a que, ante la imposibilidad de alcanzar el consenso necesario para modificar la Constitución en un ambiente político crispado y enrarecido, se pretendiera modificar el modelo territorial constitucionalmente previsto por el atajo o puerta falsa consistente en utilizar para ello la vía de la reforma estatutaria; lo cual equivalía sencillamente a *comenzar la casa por el tejado*, habida cuenta de que, si realmente se quería y/o necesitaba modificar el modelo territorial, lo lógico y deseable habría sido modificar primero la Constitución (una vez que el contenido de la reforma hubiera alcanzado un grado de maduración y de acuerdo por entonces –y aún hoy– impensables), y adecuar después los Estatutos al nuevo marco constitucional. Finalmente, la Ley Orgánica 12/2015 de 22 de septiembre, recuperó la figura del recurso previo de inconstitucionalidad para los Estatutos de Autonomía y sus reformas. No hay que olvidar, sin embargo, que hasta 1985 era posible el control previo no solo para los Estatutos de Autonomía, sino también para las demás leyes orgánicas. Argumento a favor de la extensión del control previo a las *leyes orgánicas* es el de la difícil o imposible reparación de los efectos desplegados por cualquier ley declarada inconstitucional, lo cual puede ser especialmente delicado en relación con materias tan relevantes y sensibles como las que la Constitución reserva a ley orgánica en el artículo 81 (destacadamente, los derechos fundamentales y libertades públicas)²⁶.

0sobre%20el%20Estatuto%20de%20autonom%C3%ACa%20de%20Cataluna%20y%20su%20significado%20para%20el%20futuro%20del%20estado%20auton%C3%B2mico.

²⁶ Véase ALEGRE MARTÍNEZ, M.Á.: “El recurso previo de inconstitucionalidad según la Ley Orgánica 12/2015: un regreso esperado, una reforma insuficiente”, *cit.*, págs. 102 y ss., 128.

C) Como ya se indicó, el Tribunal Constitucional ha permitido a las Comunidades Autónomas asumir competencias en materias que la Constitución reconoce al Estado de manera exclusiva. Valga citar aquí como ejemplo la STC 165/1994 de 26 de mayo a propósito de las *relaciones internacionales* (art. 149.1.3^a). Distingue el Tribunal entre *relaciones internacionales* y *relaciones de relevancia internacional*. Con base en esa distinción, reconoce la posibilidad de las Comunidades Autónomas de llevar a cabo actividades que tengan una “proyección exterior”, limitándolas a las que resulten necesarias o convenientes para el ejercicio de sus competencias, siempre que no impliquen un *ius contrahendi*, ni incidan en la política exterior del Estado, ni generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales (FJ 6). Esta nueva alteración de la voluntad del constituyente ha abierto las puertas de numerosas *oficinas* o *pseudoembajadas* de Comunidades Autónomas en numerosos países europeos y americanos, y ante la Unión Europea, con la consiguiente multiplicación de costes económicos, y el aumento de la distancia y falta de sintonía entre la realidad y la letra de la Constitución (que es lo que significa, a fin de cuentas, la *normatividad* de ésta).

D) En *materia lingüística*, el Tribunal Constitucional ha realizado verdaderos ejercicios de equilibrio, con los resultados de todos conocidos. En aras de la brevedad, haremos referencia únicamente a las cuatro sentencias dictadas por unanimidad el 4 de julio de 2017 (SSTC 86, 87, 88 y 89/2017), que estiman de forma parcial los recursos de inconstitucionalidad relativos a diversas leyes catalanas (Ley 22/2005 de 29 de diciembre de Comunicación Audiovisual de Cataluña, Ley 10/2010 de 7 de mayo, de primera acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña, Ley 22/2010 de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, y Ley 20/2010 de 7 de julio, del Cine), que de una u otra manera afectan al régimen lingüístico de Cataluña²⁷. En ellas se reafirma la cooficialidad del castellano y el catalán (art. 3.2 CE), pero esta constatación aparece seguida de diversas piroetas argumentales.

Así, por ejemplo, en la STC 86/2017, respecto de la previsión de que “la lengua normalmente utilizada por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual públicos sea el catalán”, contenida en los arts. 32.3.c) y 86.1 de la Ley 22/2005, señala que estos preceptos “pueden ser interpretados en el sentido de que no significan la exclusión del castellano, ni pretenden privar al castellano de la cualidad de uso normal por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual públicos en Cataluña” (FJ 6). ¿Cómo puede interpretarse que un precepto dice exactamente lo contrario de lo que dice? Además, el Tribunal no considera que la citada ley vulnere el art. 20 CE,

²⁷ Sobre otras resoluciones que inciden sobre aspectos concretos de esta materia, pueden consultarse, entre otros muchos, los trabajos de ALBERTÍ ROVIRA E.: “El régimen lingüístico de la enseñanza (Comentario a la STC 337/1994, de 23 de diciembre)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 44, 1995, págs. 187-214; ALONSO DE ANTONIO Á.L.: “La cuestión lingüística en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 27, UNED, 2011, págs. 449-460; NUEVO LÓPEZ P.: “Derechos lingüísticos en la enseñanza tras la STC 31/2010 de 28 de julio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, en VV.AA., *Constitución y Democracia. Ayer y hoy: Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, Madrid, Universitas, 2012, vol. II, págs. 2529-2542.

al entender que su regulación no supone la imposición de censura, ni afecta al pluralismo o a la legalidad sancionadora, ni supone la imposición de sanciones desproporcionadas (*cf.* FJ 5).

En la STC 88/2017, a propósito de la Ley 22/2010, el Tribunal declara la constitucionalidad del art. 128.1.1, que prevé el derecho de los consumidores a ser atendidos oralmente y por escrito en la lengua que escoja, siempre que se interprete en los términos previstos en la sentencia. Al respecto se señala que, en el ámbito de las relaciones entre particulares, la previsión contenida en el citado precepto no puede suponer la imposición del uso de cualquiera de las dos lenguas oficiales, pues el derecho en él proclamado solo puede ser exigible en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos; de tal manera que, en el ámbito de las relaciones entre particulares, no cabe establecer un régimen sancionador frente a eventuales incumplimientos de la norma autonómica (FJ 4). Además, continuando con el uso recurrente de la técnica de la sentencia interpretativa, el art. 128.1.2 es declarado constitucional siempre que se interprete en los términos de la sentencia. El derecho de los consumidores contenido en ese precepto, a recibir en catalán una serie de documentos e informaciones, debe entenderse reconocido sin perjuicio del respeto a la legislación estatal, que exige el uso del castellano en determinadas informaciones y documentos, o la que pudiera establecer el Estado al hilo de sus competencias en esta materia, como sucedió para el etiquetado (FJ 5). El Tribunal deja sin resolver la cuestión, dando a entender que una cosa es tan constitucionalmente posible como su contraria.

Por su parte, la STC 89/2017 desestima el recurso interpuesto contra diversos preceptos de la ley catalana 20/2010, del Cine, si bien declara que la cuota de reserva del 50%, entendida con carácter absoluto, debe considerarse desproporcionada; por ello, el artículo 18.1 de la ley impugnada debe ser interpretado en el sentido de que la cuota de reserva para distribuidores y exhibidores de películas dobladas o subtituladas en catalán no puede exceder el cómputo efectivo global del 25% (FJ 13). ¿Interpreta aquí el Tribunal, o directamente legisla?

E) Por último, la previsión constitucional del ya mencionado art. 139.1 nos pone en contacto con la controvertida inclusión, en los Estatutos de Autonomía, de catálogos propios de derechos²⁸. Habida cuenta de que, a partir de 2006, diversos

²⁸ Pueden verse al respecto, entre otros, los trabajos de CANOSA USERA R.: “La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, UNED, 2007, págs. 61-115; en el mismo lugar, VILLAVERDE MENÉNDEZ I.: “La intangibilidad competencial de los derechos fundamentales. Forma de Estado y derechos fundamentales”, págs. 321-357; asimismo, el intercambio de argumentos mantenido por L.M. Díez-PICAZO y F. CAAMAÑO (DÍEZ-PICAZO L.M.: “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 78, 2006, págs. 63-75; CAAMAÑO F.: “Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 79, 2007, págs. 33-46; DÍEZ-PICAZO L.M.: “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 81, 2007, págs. 63-70); o la obra colectiva de APARICIO M.A. (ed.), CASTELLÀ

Estatutos empezaron a incluir derechos de sus respectivos *ciudadanos*, incorporando incluso la distinción entre derechos, deberes y principios rectores, no debe extrañar que el Tribunal Constitucional tuviera ocasión de pronunciarse en seguida sobre el particular. A nuestro juicio, su doctrina sobre esta cuestión, contenida en la STC 247/2007 de 12 de diciembre, y que se mantiene en lo esencial en la citada STC 31/2010 de 28 de junio²⁹, deja sin respuesta clara, al menos, dos cuestiones: la utilidad real que la mera plasmación estatutaria de los derechos pueda añadir a su reconocimiento constitucional, y la eventual inconstitucionalidad de las leyes autonómicas que, al desarrollar los Estatutos, incidan en aspectos reservados por la Constitución a Ley orgánica (art. 81 CE en relación con el 28.2 LOTC).

III. UNA LECTURA CONJUNTA: EXPECTATIVAS Y RESULTADOS

En los apartados anteriores hemos optado por hacer referencia a numerosas y muy diversas cuestiones, en detrimento de su tratamiento pormenorizado. Ello nos ofrece, como contrapartida, una visión de conjunto de la que ahora podremos extraer algunas enseñanzas y consecuencias de carácter general, más aún a la luz de las actuales circunstancias.

A) La primera de ellas ha de estar referida a la existencia o no de una *relación causa-efecto* las aludidas dificultades a las que se enfrenta el Tribunal Constitucional, y el rumbo por el que la jurisprudencia constitucional ha ido transitando en los diferentes ámbitos abordados. La respuesta, por obvia, no deja de suscitar alguna reflexión que nos parece de interés. Al Tribunal Constitucional no puede reprochársele lo que no ha podido hacer por las previsiones normativas, las interferencias políticas o las prácticas consolidadas que condicionan su labor; pero sí cabe someter a crítica sus decisiones y, en su caso, considerar algunas como

ANDREU J.M. y EXPÓSITO E. (coords.): *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Atelier, 2008.

²⁹ En la primera de ellas leemos que “los Estatutos de Autonomía, que en el ámbito institucional del contenido estatutario pueden establecer derechos subjetivos por sí mismos, en el ámbito de atribución competencial requieren de la colaboración del legislador autonómico, de tal manera que las prescripciones estatutarias relativas a este último ámbito, cualquiera que sea el modo literal en que se enuncien, han de entenderse, según antes se acaba de decir, como mandatos, orientaciones u objetivos, dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya”. En el FJ 13, parece reservar la denominación “derechos fundamentales” a los recogidos en el Título I, capítulo II de la Constitución. Por su parte, la STC 31/2010, aunque reconoce que el Estatuto catalán contiene derechos subjetivos *stricto sensu*, no modifica sustancialmente la doctrina anterior: confirma que los derechos estatutarios no son derechos fundamentales; que solo vinculan al legislador autonómico; que el Estatuto no puede actuar como ley orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales ni regular su ejercicio; y que son derechos vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma, sin que de ellos se puedan derivar competencias distintas a las atribuidas en el título pertinente (FFJJ 16-18). Véase CASTELLÀ ANDREU J.M.: “Derechos en la STC 31/2010: ¿Rectificación o depuración de la doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia 247/2007?”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 16, 2010, págs. 261-300.

discutibles, perjudiciales o contraproducentes. Por ejemplo, una cosa es que el carácter abierto e inacabado del Título VIII CE haya supuesto una seria complicación a la que ha tenido que enfrentarse el Tribunal, y otra que lo haya hecho en el sentido más acertado. Quien sostenga que la jurisprudencia constitucional ha tendido, en líneas generales, a incrementar el peso específico de las Comunidades Autónomas mermando así el margen de actuación estatal, defenderá que el Tribunal, ya de haber tenido que *completar* el Título VIII, podría haberlo hecho en un sentido más favorable al poder central. En efecto, hay quien ha visto en los recientes acontecimientos relacionados con el desafío independentista catalán, y en concreto con la aplicación por vez primera del artículo 155 de la Constitución³⁰, la confirmación de lo que desde hace muchos años se veía venir: el estallido de un Título constitucional inacabado, no solo por no haberse acometido a tiempo reformas constitucionales necesarias, sino también, en parte, por la falta de visión del Tribunal Constitucional, que contribuyó al desaprovechamiento de la ley de armonización prevista en el art. 150.3 CE³¹. Precisamente, la *elasticidad* significa que el texto constitucional admite desarrollos legislativos diferentes y también diversas interpretaciones jurisprudenciales.

B) No creemos que deba subestimarse la relación entre ese carácter abierto o inacabado de –por ejemplo– la regulación constitucional del Estado autonómico o de los derechos, y las *altas expectativas puestas en la labor del Tribunal Constitucional*. A su jurisprudencia se le ha reconocido rango superior a la ley (en el caso de la doctrina sentada en sus sentencias fijando el sentido y alcance de los preceptos constitucionales), o bien el mismo valor de la ley sobre la cual actúa (en el caso de las sentencias que aplican o interpretan la ley, que vendrían a ser, salvadas las distancias, como una ley posterior que produce ese efecto); y es que, su condición de intérprete supremo de la Constitución lo convierte en el único órgano estatal capaz de determinar, con eficacia vinculante para los demás órganos, el sentido que debe atribuirse a cada precepto constitucional (art. 5.1 LOPJ). Ese valor *cuasi constitucional* de la doctrina del Tribunal implica que las demás fuentes del Derecho quedarían subordinadas a la misma, como a la propia Constitución: solo la propia Constitución estaría por encima de ella, quedando siempre a salvo la posibilidad de que ésta pueda fijar su propio sentido de manera distinta a la establecida por dicha jurisprudencia, mediante una reforma constitucional³². Sin embargo, ya hemos podido

³⁰ Los correspondientes acuerdos del Pleno del Senado y del Gobierno fueron publicados en el BOE de 27 de octubre de 2017: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/27/pdfs/BOE-A-2017-12327.pdf> y <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/27/pdfs/BOE-A-2017-12328.pdf>.

³¹ DE ESTEBAN J.: “Estallido del Título VIII de la Constitución”, *El Mundo*, 22 de octubre de 2017, pág. 21: <http://www.elmundo.es/espana/2017/10/21/59eb9de546163f60648b4575.html>.

³² GARRORENA MORALES Á.: *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2013, págs. 189-190. Asimismo, para DÍAZ REVORIO F.J. (“La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional”, *Quid iuris*, nº 6, 2008, págs. 7-38), la vinculación a todos los poderes públicos y los efectos *erga omnes* (arts. 164.1 CE, 38.1, 61.3 LOTC), desde el punto de vista de la eficacia jurídica de sus resoluciones y de la interpretación que contienen de la Constitución o de otras normas, hacen que la jurisprudencia constitucional pase “en la práctica a integrarse en el Ordenamiento, con el rango de la respectiva fuente interpretada (pág. 33).

comprobar que no siempre puede establecer la frontera entre interpretar la voluntad del constituyente y sustituirla, generando en este caso auténticas modificaciones no formales de la Constitución, dando por buenas leyes que contravienen cualquier precepto constitucional, incluyendo los que contienen sus valores y principios básicos. Por muy delicada que sea una reforma constitucional, y mucha precaución y consenso que requiera, y por mucho que las frecuentes reformas puedan poner en cuestión la estabilidad que se espera de una Constitución, peor aún será que el órgano encargado de defenderla pueda socavar su propia normatividad *desde dentro*, reduciéndola a papel mojado, permitiendo que la realidad avance por otro camino mientras el texto permanece inalterado³³.

C) Si difusa es la frontera entre interpretar y sustituir la voluntad del constituyente, no lo tiene más fácil el Tribunal Constitucional al *debatirse entre el activismo y la moderación*. La presunción de constitucionalidad de las leyes implica la confianza en que el legislador democrático no ha querido contradecir la Constitución. Por eso el Tribunal Constitucional ha asumido el principio según el cual “la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución” (STC 108/1986 de 29 de julio, FJ 13, así como STC 66/1985 de 23 de mayo, FJ 3), dando lugar a la frecuente utilización de la sentencia interpretativa, en los términos que hemos comentado. Así pues, en relación con el control de constitucionalidad de las leyes, el equilibrio se ha alterado en favor de una jurisprudencia más creativa, en busca de una interpretación de la norma enjuiciada que resulte conforme con la Constitución. Sin embargo, cuando se ha tratado, por ejemplo, de deducir nuevos derechos a partir de los reconocidos en la Constitución. A falta de previsión en ésta de una cláusula que abra la puerta al reconocimiento de otros derechos no recogidos expresamente (así se contemplaba, por ejemplo, en el art. 29 de la Constitución española de 1869), el Tribunal se ha mostrado mucho más cauteloso y apegado a la literalidad constitucional, en un ejercicio de *autocontención* o *self restraint*³⁴.

³³ Sobre la posibilidad de que las mutaciones constitucionales se produzcan “a través de la interpretación de los términos de la Constitución, de tal modo que los preceptos obtienen un contenido distinto de aquel en que inicialmente fueron pensados”, y de que procedan de los Tribunales Constitucionales, adquiriendo así el carácter de verdaderos actos jurídicos de naturaleza jurisdiccional, DE VEGA P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, cit., págs. 187, 189.

³⁴ Cfr. CÁMARA VILLAR G.: “El sistema de los derechos y los deberes”, en BALAGUER CALLEJÓN F. (Coord.), CÁMARA VILLAR G., BALAGUER CALLEJÓN M.L., MONTILLA MARTOS J.A.: *Introducción al Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 5ª ed., 2016, págs. 349-350. De todas formas, apunta este autor, la *vocación de plenitud* que late en el sistema constitucional de los derechos coexiste con una *permanente tensión con sus posibilidades de apertura*. El reconocimiento constitucional de la dignidad humana en el art. 10.1 CE, la cláusula del artículo 10.2 CE, así como determinados desarrollos legislativos han funcionado como *vías de apertura* en este sentido. Así, respecto de la interpretación constitucional, cabe señalar ejemplos de derechos deducidos implícitamente de la Constitución pese a no estar expresamente recogidos en ella. Tal sería el caso del *derecho de rectificación* (SSTC 35/1983 de 11 de mayo, 168/1986 de 22 de diciembre, 40/1992 de 30 de marzo), regulado por la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo; o el *derecho de establecer el “ideario”* o “*carácter propio*” del centro como exigencia del pluralismo

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A) Es el momento de volver al inicio y preguntarnos si el recorrido aquí efectuado por algunas vicisitudes y tendencias jurisprudenciales confirma o no la sensación inicial de que el Tribunal Constitucional, aun proclamando desde el principio la supremacía de la Constitución (STC 80/1982 de 20 de diciembre, FJ 1) no ha conseguido defenderla en la medida conforme a las expectativas generadas³⁵. Desde luego, como era de esperar, son más las preguntas que podemos formular que las respuestas que podemos ofrecer. Pero sí hemos podido observar que, esa posición de norma suprema del ordenamiento que nominalmente corresponde a la Constitución, está hoy día ocupada por un mosaico o magma de elementos diversos, y destacadamente por los Estatutos de Autonomía; hasta el punto de que, cuando se habla de la reforma de la Constitución, muy a menudo se señala que debe ser revisada y actualizada para amoldarse a los Estatutos y, en definitiva, a los ordenamientos

externo en materia educativa como parte de la libertad de creación de centros reconocida por el art. 27.6 CE tanto a las personas físicas como jurídicas (STC 5/1981 de 13 de febrero). En cuanto a la dignidad como vía para dar entrada a derechos no constitucionalizados explícitamente, ha tutelado la protección del derecho a la intimidad frente a una situación de acoso sexual en el trabajo (STC 224/1999 de 13 de diciembre). Asimismo, en la STC 119/2001 de 24 de mayo, reflexiona sobre la incidencia del ruido y la contaminación acústica en la salud y en la calidad de vida, y sobre su conexión con los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la intimidad (art. 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), concluyendo que “cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)”, y que “una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida” (FJ 6).

³⁵ Tal y como indica MUÑOZ MACHADO S. (*Informe sobre España*, Barcelona, Ed. Crítica, 2012, págs. 207 y ss.), “Depende de la justicia constitucional que la Constitución misma sea preservada. Si las leyes que la vulneran no son inmediatamente anuladas y dejadas de aplicar, si las actuaciones de los poderes públicos que invaden competencias que no les pertenecen no son corregidas, la Constitución misma queda desplazada y su imperio sustituido por el de los legisladores ordinarios”. Mantiene este autor la tesis de que “el modelo de justicia constitucional concentrada ha reducido la garantía de los derechos de los ciudadanos y está siendo incapaz de preservar la integridad de la Constitución”. A ello contribuye, entre otros factores, una de las dificultades a las que se enfrentan las sentencias de inconstitucionalidad: “que habrán tardado años en producirse, durante los cuales se habrá seguido aplicando la ley inconstitucional y no la Constitución. Este aplazamiento y sus consecuencias alcanzan la máxima gravedad cuando la disposición impugnada es, a su vez, norma habilitante de otras normas, como ocurre con los Estatutos de Autonomía, de modo que mientras se resuelve la impugnación no sólo seguirá vigente una ley contraria a la Constitución, sino que se habrán dictado, con apoyo en ella, otras que adolecen de idéntico vicio original. Puede hacerse una evaluación del problema que describo considerando que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Estatuto de Cataluña en 2006 fue resuelto a mediados de 2010. Durante esos años el legislador catalán produjo muchas normas en desarrollo de preceptos estatutarios”.

autonómicos creados a partir de aquéllos, como si debiera la Constitución adaptarse al resto del ordenamiento, y no al revés.

B) La STC 114/2017 de 17 de octubre, que declara nula la Ley de Cataluña 19/2017 de 6 de septiembre, “*del referéndum de autodeterminación*”, considera (FJ 5) que la ley es “con toda evidencia inconstitucional, por contradecir explícitamente “principios esenciales de nuestro ordenamiento constitucional: la soberanía nacional, residenciada en el pueblo español, la unidad misma de la Nación constituida en Estado social y democrático de Derecho y la propia supremacía de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos y también, por tanto, el Parlamento de Cataluña (arts. 1.2, 2, 1.1 y 9 CE)”. Afirma en el mismo fundamento jurídico algo que en estas páginas ha aparecido recurrentemente: “ningún poder constituido puede pretender situarse por encima de la norma fundamental”. Y, aún más recientemente (Sentencia de 8 de noviembre de 1917, en la que se declara inconstitucional y nula la Ley de Cataluña 20/2017 de 8 de septiembre, “de transitoriedad jurídica y fundacional de la república”), vuelve de nuevo a los inicios al recordar que el derecho a la autonomía “no es ni puede confundirse con la soberanía” (FJ 5). Especialmente en el transcurso de octubre y noviembre de 2017, junto con estas dos resoluciones citadas, se han ido produciendo otras en las que el Tribunal ha realizado un importante y loable esfuerzo por desmontar el proceso independentista y devolver, al menos, una cierta apariencia de normalidad jurídica³⁶. Todo esto, por más que lo podamos compartir y agradecer, llega tarde: el daño ya está hecho, aquellos barros han traído estos lodos, y no se puede volver atrás en el tiempo. Cuando el Tribunal afirma que la Cámara catalana ha incurrido en desconocimiento pleno de la lealtad constitucional y del principio democrático, “se ha situado por completo al margen del derecho, ha entrado en una inaceptable vía de hecho (SSTC 103/2008, FJ 4, y 259/2015, FJ 7, así como ATC 24/2017, FJ 9), ha dejado declaradamente de actuar en el ejercicio de sus funciones constitucionales y estatutarias propias y ha puesto en riesgo máximo, para todos los ciudadanos de Cataluña, la vigencia y efectividad de cuantas garantías y derechos preservan para ellos tanto la Constitución como el mismo Estatuto”, dejando así a los ciudadanos “a merced de un poder que dice no reconocer límite alguno” (STC 114/2017, FJ 5), no está afirmando otra cosa que su propia incapacidad ante una situación como la actual, ya que eso es precisamente *lo que ha sucedido*.

C) Si el Tribunal Constitucional no puede revertir esta realidad, ¿quién podría hacerlo? ¿Sería una solución fortalecer el papel de los jueces y tribunales ordinarios

³⁶ Así, el auto de 31 de octubre de 2017 en el que el Tribunal inadmite, por prematuro, el recurso presentado por la Generalitat de Cataluña contra las medidas del art. 155 de la Constitución antes de su aprobación por el Senado, las tres sentencias de 31 de octubre de 2017 en las que el Tribunal declara inconstitucionales y nuladas las normas complementarias a la Ley catalana del referéndum, el Decreto de convocatoria del mismo y la resolución del Parlamento de Cataluña que nombró la “Sindicatura electoral”, o el auto de 8 de noviembre de 2017 en el que el Tribunal anula la Declaración de independencia de Cataluña y el “proceso constituyente”, documentos aprobados por el Parlamento catalán el pasado 27 de octubre, afirmando que la actuación de la Asamblea autonómica ha supuesto un “grave atentado” contra el Estado de Derecho. Pueden verse resúmenes y los textos completos de las resoluciones en la página web del Tribunal Constitucional: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/prensa/Paginas/default.aspx>.

en la depuración del ordenamiento jurídico?³⁷ Obviamente, el que el Tribunal haya tomado decisiones discutibles no es por sí mismo argumento suficiente para plantearse su prescindibilidad o proponer su supresión, y menos aún en el actual estado de cosas. Ahora bien, el problema adquiere otra dimensión cuando, precisamente, algunas de sus decisiones han contribuido a alimentar la situación. Sin embargo, cualquier reflexión al respecto no debería venir dada tanto por las decisiones del Tribunal, como por los factores que condicionan su funcionamiento. No decimos que estos sean los causantes de aquéllas, pero sí que, llegado el caso, nos tememos que sería más fácil suprimir el órgano que corregir los condicionantes que lo lastran. Por lo demás, ¿cómo puede esperarse que el Tribunal defienda eficazmente nuestra Norma Básica si, como hemos visto (apartado I.1), él mismo no podría defenderse frente a una hipotética reforma constitucional que fuera encaminada a su supresión?

D) Como penúltima reflexión, retomamos la idea de *equilibrio*, en este caso entre la reforma constitucional y la defensa jurisdiccional de la Constitución. La reforma constitucional no puede ni debe ser algo habitual o cotidiano, pero tampoco ha funcionado el dejar en manos del Tribunal Constitucional la responsabilidad casi exclusiva de actualizar la Constitución, en este caso, por vía interpretativa³⁸.

E) El sentido común ha demostrado ser, precisamente, uno de los bienes más escasos a la hora de *hacer avanzar* a la Constitución durante estas casi cuatro décadas, y hacerlo bajo la guía de sus valores, principios y mandatos. Uno de ellos pero no el único: también han faltado lealtad institucional, respeto a la división de poderes,

³⁷ MUÑOZ MACHADO S. (*Informe sobre España, cit.*, págs. 209 y ss.) se refiere a los “abusos del control de constitucionalidad” y, en definitiva, a la crisis del modelo concentrado de justicia constitucional y a su incapacidad para preservar la integridad de la Constitución (debida, entre otros factores, al sistema de elección de magistrados, excesiva tardanza en la resolución, proliferación de las sentencias interpretativas o al creciente volumen de la producción legislativa). La solución que él propone (págs. 213, 221 y ss.) no pasa por la desaparición del Tribunal Constitucional ni por la sustitución del sistema de justicia constitucional concentrada eliminando el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (lo que obligaría a una reforma constitucional profunda e innecesaria), sino por ampliar las facultades de los jueces y tribunales ordinarios a la hora de inaplicar leyes contrarias a la Constitución. No se trataría de atribuirles competencia para declarar la nulidad de las leyes, sino “de dejarlas inaplicadas a los solos efectos de resolver un litigio”, habida cuenta de que la técnica de la inaplicación de las normas “forma parte de las facultades reconocidas ordinariamente a los jueces desde el siglo XIX”, y de que “también son ellos los que resuelven los problemas de la sucesión de las leyes en el tiempo, deciden sobre la derogación o la retroactividad, que no siempre son operaciones menos delicadas que la simple inaplicación por inconstitucionalidad”. Para evitar el problema de seguridad jurídica que se generaría, propone este autor “imponer la obligación, a cualquier juez que inaplica una ley, de plantear inmediatamente después de dictada la sentencia una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. La decisión de éste no tendría que afectar a la cosa juzgada, pero sí establecería un criterio definitivo sobre la validez de la ley”.

³⁸ Lo explica perfectamente VERA SANTOS J.M.: *La reforma constitucional en España, cit.*, pág. 298: “La reforma constitucional es una institución que, toda vez que la interpretación del Tribunal Constitucional no lo puede todo, debe ser utilizada sin mayores problemas que los que dimanen del sentido común: reflexión previa, consenso sereno, temporalización adecuada”.

sentido de Estado, altura de miras, y tantos otros³⁹. Esto es lo que reivindica la doctrina, y esta ha sido sin duda su principal contribución durante todos estos años. Es verdad que quienes cultivamos el Derecho Constitucional hemos actuado a veces como altavoces, comentaristas descriptivos (casi meros copistas) de las decisiones del Alto Tribunal. Nuestros trabajos se han nutrido en gran medida de la jurisprudencia constitucional (y, desde luego, la retroalimentación no ha funcionado con igual intensidad en sentido contrario)⁴⁰. Pero no es menos cierto que, sin la labor doctrinal responsablemente crítica, habría quedado, y seguiría sin respuesta, la cuestión fundamental de *quién vigila al vigilante*. Sobre ella ya reflexionaba Emmanuel Sieyès en los albores del constitucionalismo, y emergió de nuevo en el primer tercio del siglo XX, cuando Hans Kelsen y Carl Schmitt polemizaban sobre el control de constitucionalidad y su legitimidad, utilizando argumentos que a día de hoy conservan plena vigencia⁴¹. Se ha dicho con acierto que la crítica jurídica y política de las sentencias es el mayor instrumento de control sobre el Tribunal Constitucional⁴². La existencia de un mecanismo eficaz para declarar la nulidad de las disposiciones legislativas contrarias a la Constitución es esencial para que pueda mantenerse el carácter supremo de ésta dentro del ordenamiento. Los esfuerzos doctrinales para fortalecer y regenerar ese mecanismo, aunque para ello haya que poner de manifiesto sus puntos débiles, son hoy, más que nunca, una labor impagable.

V. BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA RUIZ M^a Ángeles: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 8, Madrid, 1991, págs. 169-194.

³⁹ Véase el “Editorial” del nº 25 (octubre 2017) de la *Revista General de Derecho Constitucional*, firmado por CASTELLÀ ANDREU J.M., GÓMEZ MONTORO Á.J., DURÁN ALBA J.F., y GONZÁLEZ ALONSO A., el cual termina así: “...no bastan las modificaciones normativas. Son momentos asimismo para la audacia, la lealtad institucional el respeto a la división de poderes y el sentido de Estado de todos los líderes políticos nacionales y catalanes. Pero es necesario que entre todos trabajemos por un proyecto sugestivo de vida en común e integrador de todos los ciudadanos, como lo fue en su día la Transición y la entrada en la Unión Europea. Los ciudadanos, las instituciones públicas así como las organizaciones sociales estamos llamados a actuar en este momento con altura de miras y responsabilidad por el futuro que deseamos compartido, persiguiendo siempre el bien común”.

⁴⁰ En la STC 11/1981 de 8 de abril, FJ 8, se mencionan las “ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho” como una de las vías para determinar el contenido esencial de los derechos.

⁴¹ Véase BLANCO VALDÉS R.L.: “Y la Constitución, ¿Quién la defiende?”, *Revista de Libros*, nº 169, enero 2011, págs. 15-17: http://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible.php?art=4841&t=articulos; ALEGRE MARTÍNEZ M.Á.: *Justicia constitucional y control preventivo*, León, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1995, págs. 50 y ss.

⁴² ARAGÓN REYES M.: “25 años de justicia constitucional en España”, *cit.*, pág. 3668.

- ALBERTÍ ROVIRA Enoch: "El régimen lingüístico de la enseñanza (Comentario a la STC 337/1994, de 23 de diciembre)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 44, 1995, págs. 187-214.
- ALEGRE MARTÍNEZ Miguel Ángel: *Justicia constitucional y control preventivo*, León, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1995.
- ALEGRE MARTÍNEZ Miguel Ángel: "Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad", *Revista de Derecho Político*, nº 53, UNED, 2002, págs. 337-358.
- ALEGRE MARTÍNEZ Miguel Ángel: "El recurso previo de inconstitucionalidad según la Ley Orgánica 12/2015: un regreso esperado, una reforma insuficiente", *Revista de Derecho Político*, nº 97, UNED, 2016, págs. 89-140.
- ALONSO DE ANTONIO Ángel Luis: "La cuestión lingüística en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 27, UNED, 2011, págs. 449-460.
- ÁLVAREZ CONDE Enrique y TUR AUSINA Rosario: *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 7ª ed., 2017.
- APARICIO Miguel Ángel (ed.), CASTELLÀ ANDREU Josep Mª y EXPÓSITO Enriqueta (coords.): *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Atelier, 2008.
- ARAGÓN REYES Manuel: "25 años de justicia constitucional en España", en PÉREZ ROYO Javier, URÍAS MARTÍNEZ Juan Pablo y CARRASCO DURÁN Manuel (Eds.): *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Navarra, Thomson/Aranzadi 2006, tomo II, págs. 3649-3668.
- ARROYO JIMÉNEZ Luis: "Especial trascendencia constitucional del recurso de amparo", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 68, 2017, págs. 36-43.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO Enrique: *La fallida reforma de la Constitución española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*, Pamplona, Thomson/Civitas/Aranzadi, 2008.
- BLANCO VALDÉS Roberto Luis: "La política y el Derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 4, UNED, 1999, págs. 241-272.
- BLANCO VALDÉS Roberto Luis: "Y la Constitución, ¿Quién la defiende?", *Revista de Libros*, nº 169, enero 2011, págs. 15-17: http://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible.php?art=4841&t=articulos.
- BRAGE CAMAZANO Joaquín: *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (Serie "Doctrina Jurídica", nº 248), 2005.
- CAAMAÑO Francisco: "Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, 2007, págs. 33-46.
- CÁMARA VILLAR Gregorio: "El sistema de los derechos y los deberes", en BALAGUER CALLEJÓN Francisco (Coord.), CÁMARA VILLAR Gregorio, BALAGUER CALLEJÓN

- María Luisa, MONTILLA MARTOS José Antonio: *Introducción al Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 5ª ed., 2016.
- CANOSA USERA Raúl: “La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, UNED, 2007, págs. 61-115
- CASTELLÀ ANDREU Josep M^a: CASTELLÀ ANDREU Josep M^a: “La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del Estado autonómico”, *federalismi.it*, *Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, nº 18, 6/10/2010: <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=16937&edoc=05102010115117.pdf&tit=La%20sentencia%20del%20Tribunal%20constitucional%2031/2010,%20sobre%20el%20Estatuto%20de%20autonom%20de%20Cataluna%20y%20su%20significado%20para%20el%20futuro%20del%20estado%20auton%20mico>.
- CASTELLÀ ANDREU Josep M^a: CASTELLÀ ANDREU Josep M^a: “Derechos en la STC 31/2010: ¿Rectificación o depuración de la doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia 247/2007?”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 16, 2010, págs. 261-300.
- CASTELLÀ ANDREU Josep M^a: CASTELLÀ ANDREU Josep M^a: “Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 37, UNED, 2016, págs. 561-592.
- CASTELLÀ ANDREU Josep M^a, GÓMEZ MONTORO Ángel José, DURÁN ALBA Juan Fernando, y GONZÁLEZ ALONSO Alicia: “Editorial”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 25, Iustel, Octubre 2017, págs. 1-3.
- DE ESTEBAN Jorge: “Estallido del Título VIII de la Constitución”, *El Mundo*, 22 de octubre de 2017, pág. 21: <http://www.elmundo.es/espana/2017/10/21/59eb9de546163f60648b4575.html>.
- DE LA IGLESIA CHAMORRO Asunción: “Decreto-ley autonómico: ¿Una fuente más o un nuevo problema constitucional?”, en RUBIO LLORENTE Francisco, JIMÉNEZ CAMPO Javier, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA Juan José, BIGLINO CAMPOS Paloma, GÓMEZ MONTORO Ángel: *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, págs. 161-177.
- DE VEGA Pedro: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos (“Temas clave de la Constitución española”), 1985.
- DE VEGA Pedro: “Prólogo” a *Constitución española* (edición, notas e índice de A. DE CABO DE LA VEGA), Madrid, Biblioteca Nueva, 1996, págs. XIII-XXVIII.
- DÍAZ REVORIO Francisco Javier: “La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional”, *Quid iuris*, nº 6, 2008, págs. 7-38.
- DÍEZ-PICAZO Luis María: “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, 2006, págs. 63-75.

- DÍEZ-PICAZO Luis María: “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 2007, págs. 63-70.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ José Julio: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 2007.
- FERNÁNDEZ SEGADO Francisco: “La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, *Themis: Revista de Derecho*, nº 31, 1995, págs. 153-172.
- FONDEVILA MARÓN Manuel: *La reforma constitucional en España. Un ensayo de Derecho Constitucional como ciencia teórico-práctica*, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2016.
- GARCÍA BELAÜNDE Domingo: “Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana)”, *Revista de Derecho Político* nº 66, UNED, 2006, págs. 477-500.
- GARCÍA CUADRADO Antonio María: *Principios de Derecho Constitucional*, León, EOLAS, 2ª ed., 2013.
- GARCÍA CUADRADO Antonio María: *Teoría Política y Constitucional. Presupuestos y desarrollo de la dogmática constitucional*, León, EOLAS, 2016.
- GARRORENA MORALES Á.: *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2013, págs. 189-190.
- GONZÁLEZ BEILFUSS Markus: “La injerencia de los partidos políticos en el Tribunal Constitucional”, en GARRIDO LÓPEZ C. y SÁENZ ROYO E.: *La reforma del Estado de partidos*, Madrid, Marcial Pons, 2016, págs. 121-135.
- GONZÁLEZ BEILFUSS Markus: “La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 107, 2016, págs. 333-367.
- JIMENA QUESADA Luis: “Estado constitucional de partidos y militancia democrática. A propósito del libro *Partidos Políticos y Constitución*, de Javier Tajadura Tejada”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 48, 2004, páginas 113-129.
- JIMENA QUESADA Luis: *Dignidad humana y justicia universal en España*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2008.
- JIMENA QUESADA Luis.: *Jurisdicción y control de convencionalidad*, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- MATIA PORTILLA Francisco Javier: “Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos”, *Revista de Derecho Político*, nº 97, UNED, 2016, págs. 11-48.
- MUÑOZ MACHADO Santiago: *Informe sobre España*, Barcelona, Ed. Crítica, 2012.
- NUEVO LÓPEZ Pablo: “Derechos lingüísticos en la enseñanza tras la STC 31/2010 de 28 de julio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, en VV.AA., *Constitución*

y *Democracia. Ayer y hoy: Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, Madrid, Universitas, 2012, vol. II, págs. 2529-2542.

NUEVO LÓPEZ Pablo: “Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 50, 2015, págs. 141-160.

OLIVER ARAUJO Joan: *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, Valencia, Tirant lo Blanch (“Ciencia Política”, 73), 2017.

OUBIÑA BARBOLLA Sabela: *El Tribunal Constitucional. Pasado, presente y futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

PÉREZ TREMPES Pablo: *Sistema de Justicia Constitucional*, Pamplona, Thomson Reuters/Civitas, 2ª ed., 2016.

PRESNO LINERA Miguel Ángel: “¿Ilegalización de partidos independentistas? ¿Bromea o qué?”, entrada del Blog “*El derecho y el revés*”, publicada el 19 de octubre de 2017: <https://presnolinera.wordpress.com/2017/10/19/ilegalizacion-de-partidos-independentistas-bromea-o-que/>

RODRÍGUEZ GAONA Roberto: *El control constitucional de la reforma a la Constitución*, Madrid, Dykinson, 2006.

RUBIO LLORENTE Francisco: “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 4 (1982), págs. 35-67

RUIPÉREZ ALAMILLO Javier: “Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales”, en Santiago ROURA y Javier TAJADURA (Dirs.): *La reforma constitucional*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA Juan José: “El Tribunal Constitucional recupera el equilibrio”, *El Imparcial*, 27 de Septiembre de 2016: <https://www.elimparcial.es/noticia/170014/el-tribunal-constitucional-recupera-el-equilibrio.html>.

TORRES DEL MORAL Antonio: “Veintitrés años de Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, nº 58-59, UNED, 2003-2004, págs. 779-803.

TORRES DEL MORAL Antonio: *Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo II: Instituciones Políticas*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 5ª ed., 2004.

TORRES DEL MORAL Antonio: “Democracia militante”, en PÉREZ ROYO Javier, URÍAS MARTÍNEZ Juan Pablo y CARRASCO DURÁN Manuel (Eds.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Navarra, Thomson/Aranzadi 2006, tomo I, págs. 209-224.

VERA SANTOS José Manuel: *La reforma constitucional en España*, Madrid, La Ley, 2007.

VILLANUEVA TURNES Alejandro: “La inconstitucionalidad por omisión legislativa”, *Diario La Ley*, nº 8826, 2016.

VILLAVARDE MENÉNDEZ I.: “La intangibilidad competencial de los derechos fundamentales. Forma de Estado y derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, UNED, 2007, págs. 321-357.

B) COMENTARIOS DE SENTENCIAS

PAREJAS DE HECHO: UN FALLO DE AVANZADA **Una medida judicial argentina de acción positiva**

Vanina D. Roldán

vanina.rolدان@uccuyosl.edu.ar

Abogada. Profesora de la Universidad Católica de Cuyo, San Luis
(Argentina)

Adela Pérez del Viso

Abogada. Profesora de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe
(Argentina)

Resumen: Se expone un fallo judicial referido a “uniones convivenciales” (término argentino para parejas de hecho), y su disolución; se analizan los fundamentos doctrinarios y normativa nacional e internacional aplicable al caso; concepto y rol de la mujer y nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, considerando el fallo como el primero en su tipo y el único hasta el momento. Se incluye breve mención al régimen del anterior Código Civil, denominado “velezano” y dos fallos anteriores a la reforma. Por último, se realiza una reflexión acerca de las apreciaciones que como personas, como mujeres y como profesionales nos merece el desarrollo de este trabajo.

Palabras clave: *Parejas de hecho; Uniones convivenciales; Derecho comparado; Reglas de Brasilia; Discriminación; Medidas de acción positiva; Constitución Argentina; Nuevo Código Civil y Comercial Argentino; Derechos humanos.*

Abstract: This document refers to a precedent held in Argentina as regards unmarried couples, which in Argentina are called “uniones convivenciales”. This judicial case sets forth an important precedent in the sense that it implies a “positive action” taken by a Court in order to change the world regarding women and discrimination. We analyse the Argentinian Civil and Commercial Code and we compare this decision and the current Civil Code with the previous regulations and court decisions. Finally, we let down our personal opinion regarding the matter from the the unique perspective of women and lawyers.

Keywords: *Unmarried couples; Discrimination; Human rights; Civil and Commercial Code in Argentina; Positive Actions; Judicial Precedents; Continental Law CEDAW.*

I. Introducción – II. Cómo se regulan las “parejas de hecho” o “uniones de hecho” en Argentina. Las uniones convivenciales: II.1) Las parejas de hecho y sus razones; II.2. Las uniones convivenciales en Argentina; II.3. Las uniones convivenciales en el nuevo Código civil y comercial argentino – III. En qué consisten las medidas de acción positiva – IV. El caso Dutari: IV.1. Narración de los hechos; IV.2. Antecedentes del caso que analizamos: Resoluciones que fueron totalmente contrarias a lo planteado; IV.3. Decisión judicial adoptada en el caso Dutari. IV.4. Cuestiones que fueron controvertidas durante el juicio Dutari c. Almada; IV.5. Fundamentos normativos de la sentencia – V. La ley argentina 26.485 y los diferentes tipos de violencia contra la mujer – VI. Aplicación de la ley 26.485 al fallo en comentario: Violencia económica – VII. Las “Reglas de Brasilia” – VIII. Aplicación de las Reglas de Brasilia en el fallo en comentario: El fallo como medida de acción positiva – IX. El fallo como una expresión del proceso de Constitucionalización del Derecho de Familia – X. El fallo Dutari c/ Almada como una medida de acción positiva: X.1. Paradigma no discriminatorio; X.2. ¿En qué consistió concretamente esta “medida de acción positiva judicial”? – XI. Conclusión – Bibliografía

“El amor no es efímero, es efímero el tiempo. Hubo días distintos hechos a la medida de nuestro deseo de estar juntos... Tan generosamente breves, como una canción que no recordamos haber aprendido. Y hubo noches también: Irrepetibles, iniciadas antes de toda oscuridad y concluidas mucho después del alba. Era que bastaba una caricia para que el tiempo ya no fuera esta mentira que ahora nos vive”¹

I. Introducción

Hemos querido comenzar este trabajo con una nostálgica poesía, llamada “El amor no es efímero, lo efímero es el tiempo”; su texto nos habla del amor perdido, del amor que fue y que luego se extinguió. Es que precisamente comentaremos un caso que refiere a la separación de dos personas que supieron vivir en Unión Convivencial y luego se separaron.

El fallo que actúa como disparador del presente artículo es una sentencia judicial argentina del año 2017, en un caso denominado “Dutari, Emilia c/ Almada Leonardo –ordinario– liquidación de sociedad de hecho”, resuelto por el Juzgado Civil y de Familia, de 1ra. instancia de Villa María (Provincia de Córdoba, Argentina)².

¹ García Maffla Jaime, El amor no es efímero, es efímero el tiempo, Boletín cultural y bibliográfico, Colombia, consultado el 16-9-2017, disponible en: https://publicaciones.banrepultural.org/index.php/boletin_cultural/article/view/2606/2683.

² Fallo del Juzgado de primera instancia y cuarta nominación de Villa María, (Córdoba, Argentina) en lo civil comercial y de Familia, de Villa María. 29-5-17. Diario Jurídico

Como paso previo, analizaremos someramente el tratamiento legal que en Argentina merecen las Parejas de hecho (denominadas localmente “*Uniones convivenciales*”), para pasar a describir las circunstancias de hecho del caso Dutari Emilia. Luego, describiremos qué es lo que resolvió jurídicamente el Tribunal del caso en cuestión, y observaremos particularmente por qué decimos que se trató de una “Medida de acción positiva”.

Lo singular del supuesto es que un Juzgado decidió no sólo “resolver un caso judicialmente”, sino “arremangarse”, buscar un cambio concreto de la realidad, llevando a cabo una verdadera “Medida de acción positiva”. Estas *actuaciones positivas*, previstas en algunos tratados internacionales, son muy necesarias para poner en igualdad de condiciones a las partes³ más vulnerables de cada situación, y tienen que ver no sólo con la forma en que se resuelve el fondo de la cuestión, sino también con el tratamiento que merece el planteo de la parte más vulnerable durante el planteo judicial, en cuanto a reglas del onus probandi, presunciones, sanciones procesales por malicia en su caso, etc.

II. Cómo se regulan las “Parejas de hecho” o “Uniones de hecho” en Argentina. Las Uniones convivenciales

II.1. Las Parejas de hecho y sus razones

Como dijo Zygmunt Bauman, “la moderna razón líquida ve opresión en los compromisos duraderos. Los vínculos durables despiertan su sospecha de una dependencia paralizante. Esa razón le niega sus derechos a las ataduras y los lazos, sean espaciales o temporales. Para la moderna racionalidad líquida del consumo, no existen ni necesidad ni uso que justifiquen su existencia. Las ataduras y los lazos vuelven “impuras” las relaciones humanas, tal y como sucedería con cualquier acto de consumo que proporcione satisfacción instantánea así como el vencimiento instantáneo del objeto consumido”⁴.

También ha dicho este autor que “en una modernidad líquida y en un “amor líquido y cambiante”, las relaciones “de pareja” pueden ser estables, pero también pueden terminarse abruptamente, todo ello sin que merezca una condena legal o social extra, como la que existía en las épocas del matrimonio indisoluble. Al contrario, las uniones convivenciales son un dato de la realidad social y corresponde al mundo del derecho proveer soluciones (con mayor o menor acierto) para evitar que se produzcan situaciones de injusticia”⁵.

online de Córdoba. Año XV n. 3440, 05062017 Disponible en: www2.tribunales.gov.ar/intranet/docs/diario/DJ_050617.pdf cons. 29-10-17.

³ Artículo 16 de la Constitución nacional Argentina.

⁴ Bauman, Zygmunt, Amor líquido: acerca de la fragilidad de los vínculos humanos, Fondo de Cultura económica, México, 2005, P.70.

⁵ Zygmunt, Bauman: “Prólogo” en “Modernidad líquida” - 3ª reimp. - Ed. Fondo de Cultura Económica - Bs. As. - 2004.

Para otros autores, está claro que en la realidad social actual de todo el mundo hay un “rechazo a la formalización legal de la Unión”, el cual “puede estar relacionado con una motivación económica de la pareja, desde evitar los costes de la celebración del matrimonio, hasta que contraer matrimonio conlleve la pérdida de prestaciones, como puede ser la pensión de viudedad... Otros autores como García Rubio, creen que entre los motivos más frecuentes se encuentran también los de tipo ideológico. No obstante, hay que tener en cuenta que en la mayor parte de los casos, las uniones de hecho no se consolidan porque los miembros de la pareja tengan algún tipo de impedimento, sino que ambos deciden libremente compartir su vida en común pero eludiendo las formalidades que conlleva el matrimonio”⁶.

Las autoras, con residencia en Argentina, tienen conocimiento de que en España se denomina a una relación de convivencia “Uniones de hecho” o “Parejas de hecho”. En cambio, en Argentina actualmente, tales uniones se denominan “Uniones convivenciales”.

II.2. Las Uniones convivenciales en Argentina

Cabe destacar que nuestro Código Civil y Comercial ha sido reformado profundamente desde Agosto de 2015. Antes de esta reforma, a las uniones de hecho se las denominaba “relaciones de concubinato”. Nada decía el anterior Código civil respecto de las mismas y durante ciento cincuenta años no existió una norma civil o comercial que las contemplara, ello por más extensa que fuera la relación en cuestión. La doctrina de la época se refería al concubinato de una manera casi despectiva, considerándolo poco valioso para la estabilidad social.

Por tanto, “lo que no era, no producía efecto”: en el entonces llamado “concubinato”, si había un bien registrable que era de un miembro de la pareja, entonces era sólo de él y la otra parte no tenía ningún derecho sobre la cosa; ninguno de los dos miembros de la pareja adeudaba compensación de ningún tipo al otro; cada cual respondía por sus deudas con sus propios bienes; el vínculo (vínculo “social”, más que jurídico) podía disolverse por fallecimiento de uno de los concubinos, por la decisión de ambos o por la de uno de ellos, pero esta disolución no generaba ningún cambio en el espectro jurídico (salvo, en los últimos tiempos, por algunos derechos propios el área de la Seguridad social).

Otro aspecto que tenía algunas características comunes con esta situación era la situación de las parejas homosexuales, las cuales no recibían reconocimiento alguno, ni como matrimonio obviamente, ni como parejas de hecho.

Ahora bien, desde la perspectiva de los derechos humanos, el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad

⁶ García Devesa, Jenifer, *Uniones de hecho*, Biblioteca de la Universidad de La Rioja, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, curso academico 2012-2013, disponible en: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000233.pdf.

familiar, surgió la necesidad de regular estas estructuras familiares; necesidad que no podía seguir teniendo postergación.

Es así que primeramente se dicta una ley nacional en 2010 (la ley 26.618 llamada “de matrimonio igualitario”⁷) que modificó un par de artículos del entonces Código Civil, mencionando que en el matrimonio ambas partes que se casaban eran los “contrayentes”, sin distinguir hombre y mujer y afirmando que “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Esa modificación, que aparentemente es sólo semántica, (ya que los efectos del matrimonio continuaron de la misma manera que estaban dispuestos anteriormente) implicó ríos de tinta en la prensa, discusiones interminables de carácter ético a lo largo y ancho de todo el país, y un gran debate en el congreso Nacional.

Posteriormente en 2014 se modifica toda la normativa civil, produciéndose el dictado de un Nuevo Código civil y comercial de la Nación. Este nuevo Código expresa entre sus fundamentos⁸ una gran necesidad de *evolución* respecto de lo que se ha denominado “democratización de la familia”. Afirma también que se debe ampliar el espacio de la clásica familia con base en un matrimonio heterosexual, a otros núcleos sociales que también son considerados familia, como por ejemplo, las fundadas a partir de una unión convivencial. En el nuevo Código Civil y Comercial se deja de lado totalmente el término “concubinato”, de contenido peyorativo, no sólo por una cuestión de precisión técnica, sino también en búsqueda de reflejar la realidad social, en tanto que las uniones de hecho forman realmente una parte importante de las diferentes formas de vivir en familia.

II.3. Las uniones convivenciales en el nuevo Código civil y comercial Argentino

En el nuevo Código civil y comercial argentino, en vigencia desde agosto de 2015, la unión convivencial es una “unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”⁹.

Para que haya un reconocimiento legal de la unión convivencial, los requisitos son los siguientes:

“a) que los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan

⁷ Véase Infoleg argentina, de uso gratuito y online: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm> con. 29-10-17.

⁸ Fundamentos del Código Civil y Comercial. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

⁹ Artículo 509 CCYCN disponible en <http://www.codigocivilonline.com.ar/union-es-convivenciales-arts-509-a-528/> cons 29-10-17. También puede buscarse más información en <http://www.iprofesional.com/notas/133681-Los-tips-de-la-reforma-del-Codigo-Civil-para-regular-el-concubinato-y-division-de-bienes>.

impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años¹⁰.

Si bien para el reconocimiento de la unión convivencial en general se requiere que “mantengan la convivencia durante dos años como mínimo”, los miembros de la unión podrían inscribir la misma en un libro especial del registro civil, y en ese caso, la unión convivencial quedará reconocida por la ley desde el momento de la inscripción, aunque no haya cumplido el plazo mínimo de dos años¹¹. De esta manera, la Unión convivencial puede probarse por cualquier medio de prueba o bien mediante la inscripción en el registro civil.

En Argentina y aún luego del dictado del nuevo Código Civil y comercial de la Nación, ninguna de las partes de una unión convivencial hereda a la otra en caso de fallecimiento. Se dispone que las partes puedan pactar sobre cuestiones como la contribución a las cargas del hogar, atribución del hogar en caso de ruptura, división de los bienes obtenidos en común, etc. Estos pactos pueden ser modificados y extinguidos en cualquier momento por ambos convivientes.¹² Como régimen legal supletorio a los pactos, cada integrante de la unión administra y dispone de los bienes que son de su titularidad, excepto en lo que respecta a la materia de protección de la vivienda y los muebles indispensables que en ella se encuentran. Con fundamento en el principio de solidaridad familiar, los integrantes de la unión convivencial se deben *mutua asistencia* y tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos, en esta parte asemejándose a lo que ocurre en un matrimonio¹³.

Ante la ruptura, se reconoce el derecho de ser recompensado al miembro de la unión que haya sufrido un empeoramiento de su situación, y cuando esto ha sido causado por la convivencia y su ruptura, y le ha provocado un desequilibrio manifiesto¹⁴. El derecho a reclamar esta compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido la finalización de la convivencia.

Asimismo –y este punto es clave para el análisis del fallo que comentaremos a continuación– el nuevo Código Civil y Comercial establece que los bienes adquiridos durante la convivencia por uno de los integrantes de la pareja, se mantienen en el patrimonio de esa persona exclusivamente, sin perjuicio de que el otro ex conviviente pueda solicitar medidas de compensación por aplicación de los principios generales del derecho civil, como por ejemplo el principio de *No enriquecimiento sin causa*¹⁵.

¹⁰ Artículo 510 CCYCN disponible en <http://www.codigocivilonline.com.ar/uniones-convivenciales-arts-509-a-528/> ídem.

¹¹ Artículo 511 CCYCN disponible en <http://www.codigocivilonline.com.ar/uniones-convivenciales-arts-509-a-528/> ídem.

¹² Artículo 513 CCYCN disponible en <http://www.codigocivilonline.com.ar/uniones-convivenciales-arts-509-a-528/> consult 29-10-17.

¹³ Artículos 518 a 520 CCYCN disponibles en <http://www.codigocivilonline.com.ar/uniones-convivenciales-arts-509-a-528/> consult 29-10-17.

¹⁴ Art. 524 a 526 CCYCN disponibles en <http://www.codigocivilonline.com.ar/uniones-convivenciales-arts-509-a-528/> consult 29-10-17.

¹⁵ Artículo 528 CCYCN disponible en <http://www.codigocivilonline.com.ar/uniones-convivenciales-arts-509-a-528/> consult 29-10-17.

III. En qué consisten las *Medidas de acción positiva*

Aclarado el estado de la cuestión relativa a las Parejas de Hecho/ Uniones convivenciales en Argentina, pasamos a analizar otro concepto que podría considerarse parte del “marco teórico” de esta nota a fallo: las *Medidas de acción positiva*.

Las Medidas de Acción positiva consisten en medidas idóneas y concretas a fin de lograr la integración de las personas afectadas por alguna vulnerabilidad. Estas medidas tienen que partir de alguno de los poderes constituidos del Estado. Como lo dice una autora en relación con las medidas de acción positiva para con las personas discapacitadas, “La aceptación del concepto de “medidas de acción positiva” significa reconocer la responsabilidad que cabe al Estado, con relación a actos que, por acción o por omisión, conlleven a la causa, el no- mejoramiento o agravamiento de la discapacidad; como así también (actos u omisiones que aparejan) la no-integración de las personas; personas que requieren un tratamiento especial para gozar de los derechos básicos que le son reconocidos por el solo hecho de ser seres humanos”¹⁶.

Argentina se ha comprometido internacionalmente a adoptar *medidas de acción positiva* en varios universos jurídicos. Por ejemplo, por la ley nacional 25280 del año 2000 se incorporó al derecho Argentino la “Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra personas con discapacidad”¹⁷.

El 21 de julio del año 2.000 se promulgó en nuestro país la ley 25280, mediante la cual se incorporó a nuestro derecho interno la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala en 1999. Por este tratado, Argentina se ha comprometido a “adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad...”¹⁸.

Para entender el concepto de las “medidas de acción positiva”, debemos aceptar que “en ciertas circunstancias resulta necesario favorecer a determinadas personas o grupos sociales en mayor proporción que a otras. ... (así) se procura equilibrar la desigualdad de hecho. De esta forma entramos en el concepto de discriminación

¹⁶ Palacios, Agustina, Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva, Diciembre 2000, SAIJ Argentina, ID SAIJ: DACF010005 reproduciendo artículo de la Revista del Colegio de Abogados de Mar del Plata Argentina, llamada revista QUORUM. Disponible libremente en: <http://www.saij.gob.ar/agustina-palacios-derecho-igualdad-medidas-accion-positiva-dacf010005-2000-12/123456789-0abc-defg5000-10fcanirtcod>.

¹⁷ Ley 25280 del 21-7-2000 incorpora al derecho interno la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala el 7 de junio de 1999, AG/RES.1608 (XXIX-O99). cons. el 29-10-17 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/63893/norma.htm>.

¹⁸ Artículo 3 ley 25280.

positiva, o discriminación inversa: lo que se intenta, entonces con las medidas de acción positiva, es conectar la igualdad jurídica con la *igualdad real*. Las acciones positivas significan prestaciones de dar y de hacer a favor de la igualdad....”¹⁹.

Otros casos en que Argentina (y por ende sus poderes constituidos) está obligada a adoptar medidas de acción positiva (medidas concretas, que cambien la situación y restablezcan la igualdad) son entre otras las siguientes:

-- conforme el Código electoral nacional, modificado por la ley 24012²⁰ “Las listas que presenten los partidos políticos deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos”²¹.

-- conforme la Constitución nacional argentina (luego de la reforma de 1994), artículo 75 inc. 17, el Congreso tiene obligación el reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural. “Ninguna de sus tierras será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”.

-- asimismo, conforme la Constitución nacional argentina art. 75 inc. 23, el Estado debe promover *medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los Tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Todas estas disposiciones implican que el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial deben llevar a cabo medidas de acción positiva. No es suficiente con reconocer que esas personas en situación de vulnerabilidad gozan de los mismos derechos que el resto de la sociedad; “en los casos concretos en que el acceso al goce de alguno de estos derechos se ve impedido o limitado; el Estado debe eliminar las barreras, y para hacerlo puede tomar medidas diferenciadas en ventaja del sector vulnerado.... si el Estado y la sociedad no adoptan medidas de protección especial a fin de paliar las dificultades, se estaría pecando por omisión”²².

¹⁹ Palacios, Agustina, Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva, Diciembre 2000, SAIJ Argentina, ID SAIJ: DACF010005 reproduciendo artículo de la Revista del Colegio de Abogados de Mar del Plata Argentina, llamada revista QUORUM. cons. 29-10-17 Disponible libremente en: <http://www.saij.gov.ar/agustina-palacios-derecho-igualdad-medidas-accion-positiva-dacf010005-2000-12/123456789-0abc-defg5000-10fcanirtcod>.

²⁰ Ley 24012 consult. 29-10-17 disponible en: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/411/norma.htm>.

²¹ Han habido opiniones en contra de tales acciones positivas, tal como se observa en el siguiente artículo de La Nación “Los cupos femeninos no son necesarios”, consultado el 31-10-2017 disponible en <http://www.lanacion.com.ar/2041024-los-cupos-femeninos-no-son-necesarios>.

²² Palacios, Agustina, Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva, Diciembre 2000, SAIJ Argentina, ID SAIJ: DACF010005 reproduciendo artículo de la Revista del Colegio de Abogados de Mar del Plata Argentina, llamada revista QUORUM. consult. 29-10-17 Disponible libremente en: <http://www.saij.gov.ar/agustina-palacios-derecho-igualdad-medidas-accion-positiva-dacf010005-2000-12/123456789-0abc-defg5000-10fcanirtcod>.

Como hemos visto, un ámbito donde se requieren las medidas de acción positiva es el relativo a la necesidad de igualdad social y jurídica (que sea efectiva y no meramente lítica) entre el hombre y la mujer. Así como el caso de la Convención de Guatemala de eliminación de todas las formas de discriminación a los discapacitados que hemos visto arriba, podemos observar la convención llamada CEDAW, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas²³ y que fue incorporada al sistema legal argentino mediante la ley 26.171.²⁴ “A raíz de su entrada en vigencia, nuestro país reconoció la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar denuncias individuales o colectivas de violaciones –particulares o sistemáticas– a cualquiera de los derechos enunciados en la CEDAW”²⁵. Pero, más allá de ese detalle jurisdiccional, lo que ocurre con esta convención es que persigue la igualdad *efectiva* entre varones y mujeres y la erradicación de las diferentes formas que adopta la discriminación hacia aquéllas, en todos los ámbitos donde las personas se desarrollan como seres humanos, esto es, en el campo de la vida civil, familiar, política, económica, social y cultural. El convenio CEDAW amplía la responsabilidad del Estado más allá de los límites propios de la esfera pública, y conceptualiza la desigualdad de la mujer como una problemática de violación a los derechos humanos²⁶.

Según la autora Verónica Spaventa, el texto de CEDAW parte de asumir que el mundo es androcéntrico y que esa mirada centrada en el varón (blanco, adulto, heterosexual, sin discapacidad aparente, con patrimonio y nacido en algunos de los países “centrales” del orden mundial), genera desiguales relaciones de poder entre varones y mujeres. De allí que la Convención insta a tomar medidas para activar “profundas transformaciones culturales, tendientes a desterrar y deconstruir los prejuicios y estereotipos sobre los que se asienta esa matriz socio-cultural sexista y patriarcal”²⁷.

Las medidas de acción directa que se requieren conforme la CEDAW consisten en formular normas, políticas o programas y de diseñar estructuras institucionales o procedimientos que directa o indirectamente priven a las mujeres en igualdad de condiciones con los varones del acceso a sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. El Estado está obligado a adoptar un rol activo en la promoción de la igualdad, en el plano preventivo, sancionador y reparador.

En este contexto se ubica el caso Dutari c/ Almada que pasamos a describir.

²³ CEDAW, Asamblea Gral. de Naciones unidas. Octubre de 1999.

²⁴ Ley 26.171 del año 2006. cons. el 29-10-17 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122926/norma.htm>.

²⁵ Spaventa, Verónica, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, publicado en marzo 2017, Diccionario enciclopédico legislación sanitaria argentina del Ministerio de Salud de la Nación, consult 29-10-17, disponible en <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/convencion-sobre-la-eliminacion-de-todas-las-formas-de-discriminacion-contra-la-mujer>.

²⁶ Conforme, Spaventa Verónica, op cit.

²⁷ Spaventa, Verónica, op cit.

IV. El caso Dutari

IV.1. Narración de los hechos

En el caso que nos ocupa, la señora E. D. planteó en la demanda que había convivido con el sr. Leonardo A. desde Octubre de 2001 a Noviembre de 2011, teniendo un ostensible trato familiar de pareja. También habían tenido juntos “emprendimientos económicos y comerciales en común, a tal punto que adquirieron bienes muebles e inmuebles”. Sin embargo, los bienes fueron registrados cada vez a nombre del demandado L. Almada, aún cuando afirmó la actora que habían sido obtenidos con el aporte dinerario de ambos.

Durante el año 2011 ambos registraban a su nombre unos plazos fijos en Banco Galicia. Pero estos plazos fijos luego fueron cobrados por el demandado Almada.

En Noviembre de 2011 ambos deciden cesar con la convivencia y la sra. E.D. se retira del hogar, sin llevarse ningún bien. Como dijo una de las testigos, “cuando se fue, se llevó solamente un perro que había adoptado de la calle y que era de ella. Nada más se llevó”.

IV.2. Antecedentes del caso que analizamos: resoluciones que fueron totalmente contrarias a lo planteado

A continuación mencionaremos otros dos casos, diferentes del caso Dutari, para poner en evidencia cómo decidían los tribunales con anterioridad a agosto de 2015, y bajo el imperio del anterior Código Civil, en el caso de separación de personas unidas de hecho.

En un caso²⁸, la ex mujer alegó tener con su ex pareja una sociedad de hecho y reclamó que en razón de la separación se liquidaran los bienes de su *concubino*. Se afirmó que “no había podido probar la sociedad de hecho” y la demanda fue rechazada. En este caso se dijo que relación de convivencia no es igual a sociedad de hecho, y que esta última debe ser probada acabadamente, sin que medie ninguna presunción en favor de ninguna de las partes. En el caso entonces el demandado varón se quedó con fracciones de campo en Colonia, Uruguay, y con otros campos en la fructífera provincia de Santa fe, Argentina, más tres departamentos en la ciudad de Buenos Aires. La ex mujer no pudo obtener nada de todo ello.

En otro caso²⁹ en el cual el ex compañero de hecho varón demandaba a la ex mujer, se decidió el rechazo de la demanda de “disolución y liquidación de la sociedad de hecho” y se dijo que el actor no había acreditado ni la existencia de la necesaria

²⁸ “P,BS c/ CM J s/ disolución de sociedad. “Camara Nacional de apelaciones civil sala F 5-11-91 Revista jurídica Microjuris MJ JUM 19423.

²⁹ Caso “Correa Máximo Antenor c/ Díaz Guiñazú Sara Alicia s/ ordinario” C.A.C.C.M.Paz y Tributaria de Mendoza sala IV. 22-10-12 Revista jurídica Microjuris MJ JUM 75544 AR.

"affectio societatis" (de la sociedad de hecho) ni la existencia de la convivencia o "concubinato".

En los dos casos se recalcó la falta de prueba de "aportes" que hubiese realizado la parte actora reclamante. En este sentido, lo que se está requiriendo es la prueba de aportes realizados en vista de la obtención de un beneficio que se dividirá entre los socios, más allá de la supuesta relación afectiva. Como vemos, por más que es evidente que existió una parte más vulnerable y vulnerada que otra, los jueces actuantes utilizaron el dicho "dura lex sed lex" y de esta manera uno de los dos integrantes de la pareja se llevó todos los bienes registrables en desmedro del otro que tuvo "defectos de prueba".

IV.3. Decisión Judicial adoptada en el caso Dutari

El fallo que resolvió el caso Dutari, dictado en 2017 en una ciudad del interior de Argentina, fue objeto de estudio en la Diplomatura de Relaciones de las Familias que llevó a cabo la Dra. Nora Lloveras y su equipo, en el Colegio de Abogados de San Luis y en la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis. En esta sentencia (de fecha 29-5-17) se dispuso lo siguiente:

- a) Hacer lugar a la demanda interpuesta por la Sra. Emilia Dutari y por tanto reconocer derecho de propiedad de la Sra. Dutari sobre el 50% de los bienes que se identifican en dos considerandos de la misma sentencia.
- b) Disponer la partición de los bienes adquiridos en común, de acuerdo a las pautas previstas para la división de cosas comunes (conf. Código Procesal Civil de Córdoba, Argentina).
- c) Se dispone que a tal fin "las partes deben arbitrar los medios para realizar la partición"; pues en caso contrario se recurrirá al tribunal a fin de designar un perito partidador o tasador o martillero según corresponda.
- d) Se entendió que la accionante había sido "descapitalizada de sus bienes a lo largo de la relación, mientras que el demandado actuó en sentido contrario".
- e) Se resolvió adoptar una medida de acción positiva en aplicación de las **Reglas de Brasilia** Regla 3, y en aplicación de la Convención CEDAW y art. 75 inc. 22 CN.
- f) Imponer las costas al demandado Almada.

IV.4. Cuestiones que fueron controvertidas durante el juicio Dutari c. Almada

Durante este proceso judicial, la parte demandada negó una serie de hechos que pasaremos a analizar. Esta negativa originó determinadas cuestiones controvertidas que luego tuvieron que ser dilucidadas por el Tribunal con base en la distribución de las cargas de la prueba.

- a) El demandado desconoció de plano la "convivencia". Afirmó que la actora sólo "*limpiaba* su casa de vez en cuando". O bien que con la actora los unió una *amistad*, y que con el correr del tiempo salieron ocasionalmente como

- pareja. Allí el quid de la cuestión estaría dado por la palabra “ocasionalmente” en la que accionado haría énfasis.
- b) El demandado desconoció la existencia de la sociedad de hecho respecto a los bienes adquiridos. Afirmó que la actora era la que atravesaba “pésima situación económica” y que él le fue quien le brindó ayuda afectiva y económica.
 - c) A lo largo del proceso, conforme el mismo fallo lo menciona, se han probado aportes “dinerarios o de algún tipo” realizados por la actora y que desembocaron en la adquisición de bienes y la existencia de un plazo fijo. También se probó en el proceso que, al terminar la relación de convivencia, el demandado había quedado con bienes inmuebles y muebles registrados exclusivamente a su nombre.

IV.5. Fundamentos normativos de la sentencia dictada

Entre los fundamentos del fallo en análisis encontramos argumentación propia del nuevo Código Civil y Comercial nacional de Argentina, como también disposiciones de Convenciones internacionales que en Argentina tienen jerarquía constitucional; y las llamadas “Reglas de Brasilia”.

a) Fundamentos propios del CCyC

a-1. La sentencia parte de la afirmación de que “el Concubinato, por prolongado que sea, no prueba por sí mismo la existencia de una sociedad de hecho”.

a-2. Este fallo también toma en cuenta que se probó la existencia de una relación de convivencia (que denomina *concubinato*), la cual duró un tiempo muy extenso (once años). Y afirmó el fallo que “los concubinos (en esa relación extensa) pueden adquirir bienes en condominio, aunque figure a nombre de uno de ellos; en tal caso, deberá probarse por los interesados la contribución que se alegue”. Es decir, que en esta parte el Fallo está tomando en cuenta la postura de que un concubinato podría originar “Comunidad de bienes e intereses”, siendo a cargo de la parte probar tal circunstancia y los aportes realizados.

a-3. El fallo afirma que muchos conceptos sostenidos por la Jurisprudencia Argentina con fundamento en el Código Civil anterior³⁰, negando un vínculo familiar entre convivientes, no se sustentan jurídicamente en la actualidad, atento a los diversos Tratados internacionales de Jerarquía Constitucional y el “consecuente reconocimiento de un *concepto amplio de familia*: dos personas, en forma estable, prolongado en el tiempo, y con un proyecto de vida en común”.

b) Fundamentos con base en Convenciones internacionales:

b-1. La sentencia en análisis resolvió con base en la “**Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer**” (CEDAW), que ha sido incorporada a la Constitución Nacional argentina en el artículo 75 inc. 22, el

³⁰ Es decir, el Código civil anterior, un Código Civil del siglo XIX, llamado en Argentina “Código civil velezano” dado que su autor era el Dr. Vélez Sarsfield.

cual desde el año 1994 dispone: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo citado y en concordancia con el artículo 31 del mismo cuerpo normativo (referido a la supremacía constitucional)³¹, estos Instrumentos Internacionales de Derecho Humanos junto con la Constitución Nacional, pasaron a ser la ley suprema de la Nación luego de la reforma constitucional de 1994.

b-2. En el fallo analizado se entendió que habían existido actos discriminatorios contra la actora señora E.D., como *mujer*. Estos actos discriminatorios lo son (y así lo dice el fallo) en tanto denotan exclusión o restricción basada en el sexo. Y afirma que son discriminatorios todos los actos “que tengan por objeto menoscabar el ejercicio, por la mujer... de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera civil.” (Pg. 13 del fallo en análisis).

b-3. Se reconoció que el Estado Nacional debe condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas y debe tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pleno desarrollo de la mujer y garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

b-4. Asimismo el fallo reconoció que el Estado Nacional Argentino (incluido en esta mención, el Poder Judicial de una provincia Argentina) debe adoptar las medidas para modificar los *patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres*.

b-5. En el texto del fallo se describe como discriminación (aun cuando no se realice en forma intencional) “cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

³¹ Artículo 31 C.N. que establece: “Esta constitucion, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación...”.

Consecuentemente, la valoración de la prueba respecto de los aportes económicos de las partes, en cuanto convivientes, con un *proyecto de vida en común*, no puede hacerse desconociendo el trato familiar y de pareja.

b-6. El fallo entiende que hasta la misma contestación de demanda realizada por el Sr. A. había introducido “indudablemente una expresión discriminatoria y relegamiento de la actora al pretender asignarle un rol de trabajo o servicio doméstico que no fue demostrado, con base en prejuicios y estereotipos tradicionalmente asignados a las mujeres”.

V. La ley argentina 26.485 y los diferentes tipos de violencia contra la mujer

La ley 26.485³² se dictó en Argentina en Abril de 2009 y en su artículo 4° define la violencia contra la mujer como “*toda conducta, acción u omisión que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como privado, basada en un relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...*”. A su vez en su artículo 5° sanciona como negativos y a erradicar, diversos *tipos de violencia* contra la mujer:

- 1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física.
- 2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, etc.
- 3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva.
- 4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:
 - a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;
 - b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;
 - c) La limitación de los recursos económicos;
 - d) La limitación o control de sus ingresos.
- 5.- Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

³² Ley 26485 disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>.

VI. Aplicación de la ley 26.485 al fallo en comentario: Violencia económica

Hemos explicado hasta acá los diversos “tipos de violencia” mencionados y prohibidos por la ley 26.485. Pues bien, en el caso que nos ocupa, como parte de los fundamentos de la sentencia, se menciona el caso como un supuesto de “*Violencia económica con modalidad doméstica*”. Se funda tal aserto en la Ley 26.485 (Ley de protección integral a la mujer), en particular el art. 4 que define como violencia económica contra las mujeres “toda conducta, acción u omisión que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, esté basada en una relación desigual de poder y afecta la vida de la mujer, su libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial”. Y en el artículo 5 inc. 4) menciona la violencia económica patrimonial como “la que se dirige a ocasionar menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de... la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes”.

Entonces, el fallo entiende que el caso en análisis presenta un caso de violencia económica patrimonial contra la mujer debido a que el demandado “determinó toda la titularidad de los bienes a su nombre”. Y ello fue una exteriorización de violencia económica patrimonial “que no debe ser tolerada”. (Sic en el fallo de Villa María, Córdoba, Argentina).

VII. Las “Reglas de Brasilia”

En el siguiente punto explicamos cómo se aplicaron en el caso que nos ocupa las llamadas “Reglas de Brasilia”. Cabe destacar que éstas son normas de carácter internacional que buscan proteger los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, haciendo efectivo su acceso al sistema de justicia. Es por eso que la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia 2008, consideró necesaria la elaboración de reglas básicas respecto al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en esta condición, trabajando sobre la base de los principios surgidos de la “Carta de Derecho de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano”, Cancún 2002.

Participaron en los trabajos previos a la elaboración de las Reglas: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados³³.

Estas normas han sido recepcionadas por una Acordada³⁴ del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Argentina, y luego por la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, por Acordada n. 5/2009 del 24-2-2009.

³³ XIV Cumbre judicial iberoamericana, Brasilia, Marzo de 2008, Reglas de Brasilia, cons Oct 2017 disponibles en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037>.

³⁴ Acordada del S.T. J de Cordoba Argentina, Número 618 serie A del 14-10-2011.

La Regla N° 3 establece que “se considera en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas y étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

Lo que se busca, es garantizar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad mediante la implementación de políticas públicas que logren que estas personas puedan gozar efectivamente de los servicios de la justicia.

VIII. Aplicación de las Reglas de Brasilia en el fallo en comentario: El fallo como medida de acción positiva

Aplicando parte de las “Reglas de Brasilia”, el Juzgado de Villa María entendió que la actora (como mujer y como víctima de violencia de género económica) era una persona que entraba en la categoría de “*persona vulnerable*” y cuya protección requería un rol “*activo*” de los Tribunales. Por ello el Tribunal afirma que todo lo que resuelve tiene el carácter de una *Medida de Acción positiva*.

Se afirmó entonces que “es una medida de acción positiva (por parte del Estado) reconocer a la actora el derecho invocado en la demanda”.

IX. El fallo como una expresión del proceso de Constitucionalización del Derecho de Familia

En este fallo de Villa María (Córdoba, Argentina) se puede observar un ejemplo claro de cómo el derecho privado argentino, en particular el Derecho de Familia, se ha visto impregnado de las normas de Derecho público, en tanto las mismas hallan su fundamento en los principios de la Constitución Nacional Argentina y los tratados internacionales de Derechos Humanos aplicables constitucionalmente por la vía del artículo 75 inc. 22) de la Constitución Nacional, segundo párrafo, como también los tratados que se incorporen por el art. 75 inc. 22 CN 3er párrafo de la misma Constitución, cuando dispone:

“Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos que, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las 2/3 partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, para gozar de la jerarquía constitucional”.

La eximia jurista argentina y coautora del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci ha afirmado que existe un verdadero proceso de “Constitucionalización del derecho de familia”, dado que “el sistema jurídico privado queda impregnado de toda la metodología utilizada por la Constitución, de modo que ciertas decisiones han de tener siempre como finalidad la

plenitud de esos derechos constitucionales y, si no se respetan, la decisión no tendrá reconocimiento jurídico”³⁵.

Según esta misma autora, este proceso de Constitucionalización se hace aún más visible en el derecho de Familia, máxime cuando el artículo 402 del C.C.y C.N dispone lo siguiente:

“Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.

X. El fallo Dutari c/ Almada como una medida de acción positiva

X.1. Paradigma no discriminatorio

En los Fundamentos del *Proyecto del Código civil y comercial de la Nación* (el documento que dio origen al nuevo Código C. y C. de la Nación argentina) se desarrollan una serie de principios orientados a plasmar una verdadera “Ética de los Vulnerables en la búsqueda de la igualdad real”³⁶. Estos fundamentos afirman también que el Código se basa en un “*Paradigma no discriminatorio*”, y se concibe en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza.

“La igualdad es un principio constitucional que campea el régimen jurídico matrimonial y su ruptura. Es el eje rector de las normas y de su interpretación. En este sentido, se veda toda discriminación en razón de la orientación sexual de sus integrantes (como surge de la ley 26.618) y del género (como lo dispone la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 75, inc. 22 C.N.)”³⁷.

El fallo Dutari afirma en su texto que se constituye per se “en una medida de acción positiva, en la forma prevista por el art. 75 inc. 23 CN”. Este último aspecto es lo que se observa en la parte del fallo que dispone lo siguiente:

³⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aida, Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014, Revista Jurídica La Ley del 8 de octubre de 2014, P.5 disponible online en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Las-nuevas-realidades-familiares-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial-argentino-de-2014.-Por-Aida-Kemelmajer-de-Carlucci.pdf> Consultado el 16-9-2017.

³⁶ Fundamentos del Anteproyecto del CCYCN. Aspectos valorativos. Pg. 1. Consult. 16-9-17 Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

³⁷ Fundamentos del Anteproyecto del CCYCN. Aspectos valorativos. Pg. 1. Consult. 16-9-17 op cit.

“Las valoraciones precedentes (del fallo en comentario) constituyen una medida de acción positiva en los términos del art. 75 inc. 23 C.N. en cuanto se debe legislar y promover medidas de acción positiva (y aplicarse judicialmente), que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y del pleno goce y de ejercicio de los derechos reconocidos por la C.N. y por tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad, e impone reconocer a la parte actora el derecho invocado en la demanda” (sic en el fallo analizado).

X.2. ¿En qué consistió concretamente esta “medida de acción positiva judicial?”

La *medida de acción positiva* consistió en una medida procesal que afectó la forma de comprender el onus probandi del caso y así arribar un resultado que pusiera en un pie de igualdad a la parte más vulnerable.

En efecto, el tribunal entendió que, a partir de que se probara la convivencia, se encontraba probada también la existencia de una sociedad de hecho y se apreció especialmente el hecho de que hubiesen existido aportes económicos de la actora “al conjunto”, al momento de adquirir los bienes que se denunciaron. En consecuencia la sentencia se ordenó que se realizara una partición de los bienes considerando que habían sido “adquiridos en común”, aún cuando el demandado los había puesto exclusivamente a su nombre.

XI. Conclusión

Este fallo referencia a las Uniones Convivenciales, las cuales son una manifestación más de la llamada “modernidad líquida”.

“Los fluidos no conservan fácilmente su forma... no se fijan al espacio ni se atan al tiempo. En tanto los sólidos tienen una clara dimensión espacial pero neutralizan el impacto –y disminuyen la significación– del tiempo (resisten efectivamente su flujo o lo vuelven irrelevante), los fluidos no conservan una forma durante mucho tiempo y están constantemente dispuestos (y proclives) a cambiarla; por consiguiente, para ellos lo que cuenta es el flujo del tiempo más que el espacio que puedan ocupar: ese espacio que, después de todo, solo llenan ‘por un momento’ ... las descripciones de un fluido son como instantáneas, que necesitan ser fechadas al dorso. Los fluidos se desplazan con facilidad. ‘Fluyen’, ‘se derraman’, ‘se desbordan’, ‘salpican’, ‘se vierten’, ‘se filtran’, ‘gotean’, ‘inundan’ ... a diferencia de los sólidos no es posible detenerlos fácilmente ... la extraordinaria movilidad de los fluidos es lo que los asocia con la idea de ‘levedad’ ... estas razones justifican que consideremos que la ‘fluidéz’ o la ‘liquidez’ son metáforas adecuadas para

aprehender la naturaleza de la fase actual –en muchos sentidos nueva– de la historia de la modernidad”³⁸.

Precisamente con base en esa “liquidez” o imprecisión o falta de estabilidad, es que las Ciencias han “perdido sus certezas”³⁹.

Es indispensable que el Derecho y sus operadores aborden la realidad desde varias perspectivas y con una estrecha relación con otras disciplinas (El trabajo social, la psicología, la Pedagogía, la Economía, etc).

Por otra parte, se observa claramente en la letra del fallo analizado –coincidiendo con la moderna tendencia en la doctrina en Argentina– que no hay un solo modelo de familia, sino “diversas formas familiares” y por ello es que en los considerandos del fallo se habla de que es necesario tener una “visión amplia de la familia”.

Es por ello que en el caso que comentamos se observa una mujer que (aún hasta en los mismos escritos judiciales de la demandada) es tratada despreciativamente como “mujer de limpieza” o como “ocasional compañera” u “ocasional amante”.

Es evidente que había, antes de la iniciación de esa demanda, un trasfondo psicológico y sociológico preponderante, donde una de las partes fue denigrada ante sí misma y ante toda la sociedad. Así, el Juez que intervino no podía resolver la situación sólo basado en principios de derecho comercial (como vimos que se llevaba a cabo antes de la reforma del CCYCN) sino que sin dudas tuvo que haber tenido en cuenta la conformación mental y psicológica, y el daño profundo que se causó a esa mujer, persona vulnerable por excelencia.

Consideramos que la resolución ha sido muy acertada ya que en este fallo se pone en evidencia que se está logrando el fin perseguido con las reformas del CCyCN en cuanto regula situaciones que ya existían en el pasado pero que no eran contempladas por el derecho, y que constituían una necesidad profunda de la población argentina: se está protegiendo a la persona más vulnerable, y se está llevando a cabo una Medida de Acción positiva en la forma prevista por el art. 75 inc. 23 de la C.N.

Nuestro Código civil y Comercial de la Nación argentina regula las uniones convivenciales “en armonía y en la ruptura”. Es el amor que viene, que existe, fluye y se va, todo como una manifestación más de la modernidad líquida.

Esta es una realidad que no debe ser menoscabada, despreciada o discriminada, pues forma parte de lo que los seres humanos hacemos día a día en este siglo XXI en nuestro país.

³⁸ Zygmunt, Bauman: “Prólogo” en “Modernidad líquida” - 3ª reimp. - Ed. Fondo de Cultura Económica - Bs. As. – 2004.

³⁹ Loveras y Duran de Kaplan, La interdisciplina, una herramienta fundamental para el operador del Derecho o del conflicto, publicado en Página del Colegio Público de Abogados de Com. Rivadavia, 25-4-2017, disponible en: <http://www.cpacr.org.ar/archivos/680>. Consultado el 16-9-2017.

Como citamos en nuestras líneas iniciales, en materia de uniones convivenciales y en cuanto al amor y las parejas en el siglo XXI, “el amor no es efímero, lo efímero es el tiempo”. Damos la bienvenida a las medidas de acción positiva que toman en cuenta a la parte más vulnerable y aplican la justicia y el sentido común en los casos de uniones convivenciales en Argentina.

Bibliografía consultada

- XIV Cumbre judicial iberoamericana, Brasilia, Marzo de 2008, Reglas de Brasilia, cons Oct 2017 disponibles en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037>.
- Bauman, Zigmunt, Amor líquido: acerca de la fragilidad de los vínculos humanos, Fondo de Cultura económica, Méjico, 2005, p. 70.
- Bauman, Zigmunt, “Prólogo” en “Modernidad líquida” - 3ª reimp. - Ed. Fondo de Cultura Económica - Bs. As. - 2004.
- Diario Jurídico online de Córdoba. Año XV, n. 3440, 05062017 Disponible en: www2.tribunales.gov.ar/intranet/docs/diario/DJ_050617.pdf cons. 29-10-17.
- Diario La Nación “Los cupos femeninos no son necesarios”, consultado el 31-10-2017 disponible en <http://www.lanacion.com.ar/2041024-los-cupos-femeninos-no-son-necesarios>.
- Fundamentos del Anteproyecto del CCYCN. Aspectos valorativos. Pg. 1. Consult. 16-9-17 Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.
- García Devesa, Jenifer, *Uniones de hecho*, Biblioteca de la Universidad de La Rioja, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, curso academico 2012-2013, disponible en: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000233.pdf.
- García Maffla Jaime, El amor no es efímero, es efímero el tiempo, Boletín cultural y bibliográfico, Colombia, consultado el 16-9-2017, disponible en: https://publicaciones.banrepcultural.org/index.php/boletin_cultural/article/view/2606/2683.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida, Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014, Revista Jurídica La Ley del 8 de octubre de 2014, P.5 disponible online en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Las-nuevas-realidades-familiares-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial-argentino-de-2014.-Por-Aida-Kemelmajer-de-Carlucci.pdf>. Consultado el 16-9-2017.
- Ley 25280 del 21-7-2000 incorpora al derecho interno la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala el 7 de junio de 1999, AG/RES.1608 (XXIX-099). cons. el 29-10-17. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/63893/norma.htm>.
- Lloveras y Duran de Kaplan, La interdisciplina, una herramienta fundamental para el operador del Derecho o del conflicto, publicado en Página del Colegio Público de

Abogados de Com. Rivadavia, 25-4-2017, disponible en: <http://www.cpacr.org.ar/archivos/680>. Consultado el 16-9-2017.

Palacios, Agustina, Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva, Diciembre 2000, SAIJ Argentina, ID SAIJ: DACFO10005 reproduciendo artículo de la Revista del Colegio de Abogados de Mar del Plata Argentina, llamada revista QUORUM. Disponible libremente en: <http://www.saij.gob.ar/agustina-palacios-derecho-igualdad-medidas-accion-positiva-dacf010005-2000-12/123456789-0abc-defg5000-10fcanirtcod>.

Spaventa, Veronica, Convencion sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, publicado en marzo 2017, Diccionario enciclopédico legislación sanitaria argentina del Ministerio de Salud de la Nación, consult 29-10-17, disponible en <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/convencion-sobre-la-eliminacion-de-todas-las-formas-de-discriminacion-contra-la-mujer>.

C) RECENSIONES DE
LIBROS Y BIBLIOGRAFÍA

LAS BARRERAS ELECTORALES. GOBERNABILIDAD VERSUS REPRESENTATIVIDAD

Joan Oliver Araujo
Tirant Lo Blach (Valencia), 2017, 244 págs.

María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal
Universidad de las Islas Baleares

¿Gobernabilidad o representatividad? Difícil pregunta con una respuesta todavía más complicada. Ardua decisión es pronunciarse sobre el futuro político de nuestra democracia. Emitir un juicio sobre la pugna entre la necesidad de un Gobierno eficaz en cuanto a sus objetivos y de una representatividad que sea vivo reflejo de la diversidad política del país es, ciertamente, una de las cuestiones más complejas a las que a día de hoy puede enfrentarse un constitucionalista español. No obstante, es abordada con rigor y ciencia por el profesor Joan Oliver Araujo en el libro objeto de este comentario: *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*. Efectivamente, el trabajo del catedrático mallorquín –cuyo origen se encuentra en su brillante discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares– versa, como su propio título indica, sobre las barreras electorales o cláusulas de exclusión electoral. La bondad democrática de esta institución ha sido profundamente controvertida en la doctrina, pues condiciona el ejercicio de uno de los más relevantes derechos fundamentales del ciudadano en un país libre: el derecho al sufragio.

Aun conformando ésta una materia de importancia absolutamente crucial es, sin embargo, escasa la atención que la literatura jurídica española le ha prestado, algo que, por cierto, contrasta con el amplio tratamiento que ha tenido en otros países de nuestro entorno político, como Italia o Alemania. Dicha circunstancia convierte el libro del profesor Oliver en una lectura imprescindible para todo aquel que desee comprender cómo juegan los votos en la determinación de las mayorías y cómo juegan estas últimas en la atribución de escaños a cada fuerza política, esto es, en definitiva, cómo se traduce el resultado de nuestro voto en nuestra representación política.

Quiero adelantar, además, como notas relacionadas con el libro en su conjunto, su elevada calidad científica y su rigor técnico, cualidades siempre presentes en los trabajos del profesor Oliver Araujo. Ello se manifiesta, específicamente, en el carácter omnicomprensivo y detallado del análisis crítico presentado por el autor, el cual ha

sabido tener en cuenta el amplio espectro de la materia a tratar. Dicho lo anterior, veamos a continuación cuál es la estructura y contenido de la obra.

En cuanto a su estructura, el libro se divide en ocho capítulos. El primero, de carácter introductorio, contiene un acercamiento a la noción de sistema electoral y a sus elementos, permitiendo encuadrar en el marco del mismo a las barreras electorales. Los cinco siguientes capítulos están dedicados al análisis de las mismas. En el capítulo II el autor conceptúa las barreras electorales y analiza su naturaleza y finalidad, así como las distintas elecciones en las que éstas están presentes y los criterios utilizados para el cómputo de los votos a los efectos de establecerlas. En los capítulos III a V examina las distintas barreras del sistema electoral español, a saber, la barrera electoral establecida para las elecciones al Congreso de los Diputados, las barreras utilizadas en las elecciones de los Parlamentos autonómicos y la barrera electoral fijada para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales, respectivamente. El capítulo VI presenta, de forma ordenada y crítica, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia. Finalmente, el libro se cierra con dos capítulos de extraordinario interés: el capítulo VII, en el que el profesor Oliver ofrece una visión crítica de la propuesta realizada por un sector de la doctrina de implantar en España las barreras electorales existentes en el ordenamiento jurídico alemán; y el capítulo VIII, en el que estudia diversos casos en los que el umbral electoral se ha utilizado, de forma encubierta y tal vez espuria, como barrera electoral.

Por lo que se refiere al contenido, Oliver Araujo examina críticamente todos y cada uno de los aspectos fundamentales de la materia objeto de estudio, permitiendo al lector conocer con detalle cómo juegan las barreras electorales en la participación política de los ciudadanos españoles, en el marco de nuestro sistema democrático. Sin perjuicio de recomendar encarecidamente una lectura pausada y profunda del libro, voy a referirme de forma sucinta a los puntos más fundamentales sobre los que se ha pronunciado el autor. Ello –insisto– sin dejar de efectuar, en este momento, una remisión a la lectura del trabajo en su conjunto, al objeto de adquirir un conocimiento de alto nivel sobre las barreras electorales. Algo, además, de todo punto necesario para los estudiosos del Derecho Constitucional y de la Ciencia Política.

1. En el capítulo I, el profesor Oliver Araujo presenta el sistema electoral como el elemento nuclear de la democracia representativa (pág. 25) y la pieza fundamental del régimen político (pág. 28), en tanto en cuanto conforma el instrumento mediante el cual se produce la participación política de los ciudadanos y la representación del soberano constitucional en el marco del Estado de Derecho. Junto a ello, reseña los distintos elementos que lo integran (cuerpo electoral, circunscripción electoral, fórmula electoral y barrera electoral), poniendo de relieve que no existe un solo régimen electoral admisible, sino que cada entidad política deberá adoptar el que mejor se adapte a su propia realidad y a sus necesidades políticas, decidiendo qué aspecto o aspectos desea potenciar (pág. 29). Subraya que lo más importante es que las técnicas electorales (lo que se ha venido a denominar la “ingeniería electoral”) reflejen, de forma honrada y exacta, la voluntad de los ciudadanos (pág. 30).

Analizando los elementos mencionados, el autor destaca el hecho de que el sufragio universal, como derecho público subjetivo entroncado con el concepto de

soberanía, deba ejercerse de forma colectiva por los nacionales del país que tienen la suficiente capacidad intelectual para ejercer los derechos políticos (pág. 31), criticando el hecho de que en algunos países los condenados penales queden excluidos del mismo (pág. 33). Además, también advierte acerca de la incorrección que supone identificar el término de votante con el de elector, es decir, quien ostenta la capacidad y cumple los requisitos para ejercer el derecho de sufragio, siendo que aquél, el votante, es quien efectivamente hace uso de su derecho de voto (pág. 33). Ello es así porque éste, el derecho de voto, no constituye una obligación jurídica, sino un derecho de libre disposición por su titular, de tal forma que la abstención también es una posibilidad legal y legítima (pág. 33). Ésta es usada, en ocasiones, de forma consciente como un reproche cívico que, si fuera exteriorizado masivamente, podría obligar a replantearse la legitimidad del sistema político en su conjunto (pág. 34).

De todos los elementos que integran el sistema electoral, Oliver Araujo señala que es la circunscripción (es decir, cada una de las porciones en las que se divide el territorio de una entidad política a efectos electorales) el elemento que condiciona de forma más decisiva el funcionamiento real del sistema electoral (pág. 36). Así, pues, manifiesta que el tamaño de las circunscripciones condiciona decisivamente la proporcionalidad de la representación y el fraccionamiento del sistema de partidos (pág. 38), de tal forma que un cambio en las circunscripciones puede implicar un cambio del sistema electoral (pág. 39). Finalmente, por lo que respecta a este capítulo, el profesor Oliver examina las distintas fórmulas electorales, abogando –a pesar de todos sus inconvenientes– por el sistema proporcional como el mejor sistema de reparto de escaños, por responder a una idea elemental de justicia igualitaria (pág. 39).

2. Es a partir del segundo capítulo donde Oliver Araujo se adentra de lleno en el análisis de las cláusulas de exclusión. Define la barrera electoral como aquella cláusula en virtud de la cual se establece el porcentaje mínimo de votos que debe lograr una candidatura (esto es, una lista electoral) para participar en la distribución de los escaños que están en disputa (pág. 46). Además, para evitar confusiones muy comunes, la diferencia rápidamente del “umbral electoral”, sin perjuicio de que en el capítulo VII analice cómo éste se utiliza en ocasiones, de forma encubierta, cómo barrera electoral.

Afirma que las barreras electorales son una decisión legítima del legislador orgánico o del legislador ordinario competente (pág. 64), ya que su finalidad es actuar como dispositivos correctores del excesivo fraccionamiento partidista, a los efectos de poder formar un Gobierno estable y eficaz. Sin embargo, el autor advierte enseguida de que, también, tienen un efecto concentrador, pues desincentiva el sufragio de los posibles votantes de aquellos partidos con escasas o nulas posibilidades de superar la cláusula de exclusión (pág. 58). Por este motivo, entiende que las barreras electorales establecen una diferencia de trato lesiva para los intereses de los candidatos de los partidos minoritarios (pág. 50), especialmente para los de nueva creación (pág. 54). Además, erosionan la posición de los partidos menores que no tengan la certeza de superar la barrera en el ámbito en el que se aplica (pág. 51). En cualquier caso, el profesor Oliver subraya, como dato esencial, que las barreras electorales constituyen barreras legales y no barreras constitucionales, ya que están establecidas por la LOREG, por las leyes electorales autonómicas o por los Estatutos

de Autonomía, pero en ningún caso por la propia Constitución, pudiendo por tanto ser suprimidas, rebajadas o aumentadas (hasta cierto límite) por el mismo legislador estatal o autonómico (pág. 63).

A continuación, el autor se pronuncia sobre la inclusión de los votos en blanco dentro de los votos válidamente emitidos para el cálculo de las barreras electorales. Tras señalar que garantizaría mucho mejor el secreto del voto la previsión de una papeleta específica para emitir el voto en blanco (pág. 75), indica –conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional– que estimar válidos los votos en blanco a efectos de computar el mínimo de apoyos exigible constituye una legítima opción política de participación en el proceso electoral (pág. 82). Por otra parte, en relación a la general utilización de la regla D'Hondt en todas las elecciones que se celebran en España (salvo las del Senado), afirma que muchas de las limitaciones a la proporcionalidad que se achacan a dicha regla son, en realidad, más imputables al pequeño tamaño de los distritos y a las distorsiones en el reparto territorial de escaños que a la fórmula electoral propiamente dicha (pág. 85).

3. El profesor Oliver Araujo dedica los capítulos III, IV y V a estudiar las barreras electorales en cada una de las distintas elecciones en las que se utilizan: las del Congreso de los Diputados, las de los diecisiete Parlamentos autonómicos y las de los órganos de gobierno de los entes locales (Ayuntamientos, Cabildos Insulares canarios y Consejos Insulares baleares). Asimismo, realiza una breve referencia a los comicios en los que se excluye la utilización de las referidas barreras (las elecciones de los diputados españoles al Parlamento Europeo) y a los posibles motivos de esta decisión política. Entre ellos destaca la voluntad de potenciar al máximo la proporcionalidad de los resultados (pág. 68), tanto por la referida inexistencia de cláusula de exclusión (opción que el Derecho Europeo dejó al criterio de los Estados) como por la amplia magnitud de la única circunscripción, todo el territorio del Estado (págs. 69-70).

- a) El capítulo III lo dedica a estudiar la barrera existente en las elecciones al Congreso de los Diputados, que es del tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción (artículo 163 LOREG). El autor destaca su escasa efectividad territorial (pág. 87), debido a la pequeña magnitud de la inmensa mayoría de las provincias españolas (pág. 88). En concreto, indica que esta cláusula solo puede ser efectiva en una circunscripción que tiene asignados más de veinticuatro escaños (pág. 90), magnitud que únicamente superan las provincias de Madrid y Barcelona, pero no las otras cuarenta y ocho circunscripciones provinciales ni, por descontado, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (pág. 89). Sin embargo, aunque subraya que se trata de una cláusula ornamental y casi inútil en la práctica (pág. 90), explica su existencia por una razón muy concreta: “Es una especie de declaración de principios que indica que los partidos pequeños no son bienvenidos al Parlamento español, al mismo tiempo que se les impele a formar grupos políticos más amplios, mediante un procedimiento de agregación de voluntades” (pág. 90). Es, además, expresión de la “conocida tendencia inmovilista del legislador” a la hora de reformar la legislación electoral (quien quiere no puede y quien puede no quiere).

- b) En el capítulo IV, el profesor Oliver Araujo analiza las barreras electorales utilizadas en las elecciones de los Parlamentos autonómicos. Señala que los diecisiete sistemas autonómicos han establecido barreras electorales, ya sea a través de su Estatuto de Autonomía o de la aprobación de leyes electorales propias. Advierte, sin embargo, que su altura varía muy sensiblemente de una comunidad a otra (pág. 108). En este sentido, clasifica las diferentes barreras electorales en seis niveles, que van desde el tres por ciento en la circunscripción al seis por ciento en el conjunto de la Comunidad Autónoma, según se prime la representatividad o la gobernabilidad (pág. 108). Subraya que, a diferencia de lo que sucede con las elecciones al Congreso de los Diputados, en los ordenamientos jurídicos autonómicos las barreras electorales producen, en numerosas circunscripciones, sus efectos característicos, esto es, dejar fuera del reparto de escaños a partidos cuyos resultados les permitirían, de conformidad con la fórmula proporcional utilizada, obtener uno o varios diputados. Ello se debe a la mayor altura de las barreras y/o a la mayor magnitud de las circunscripciones (pág. 144). También pone de relieve la constante modificación de las barreras electorales autonómicas (subiéndolas o bajándolas). A juicio del profesor Oliver, aunque estas reformas legislativas “siempre han ido acompañadas de respetables argumentos jurídicos” (pág. 140), “en realidad obedecen a la conveniencia política de las mayorías coyunturales... en una suerte de *gerrymandering*, que intenta esconder sus miserias bajo arcañones teórico prácticos que al rascarse mínimamente muestran endeble justificaciones” (pág. 139).
- c) El capítulo V estudia la barrera electoral fijada para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales, que se sitúa, para todos los casos, en el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción. Manifiesta el profesor Oliver que se trata de una barrera muy elevada y, ciertamente, con notable eficacia, debido a la mayor magnitud de la circunscripción y al elevado porcentaje de apoyos que exige (pág. 159). Su justificación se halla en la Transición Política, pues fue un modo de favorecer la implantación de los partidos políticos frente a las posibles agrupaciones locales de electores. Por otra parte, el catedrático de la Universidad balear critica la disparidad de fuentes reguladoras de las elecciones de los gobiernos de las islas de las Comunidades Autónomas de Canarias y de Baleares, pues en tanto la regulación de las barreras electorales de los Cabildos canarios se encuentra en la LOREG, la los Consejos Insulares de Baleares se ha fijado por ley autonómica. Entiende el autor que esta incongruencia en la regulación de las barreras electorales insulares en Canarias y Baleares debería corregirse, incorporando en la LOREG un título IV bis (con su solo artículo: el 201 bis) con el siguiente rótulo: “Disposiciones especiales para la elección de los Consejos Insulares de Baleares” (pág. 157).

4. En el Capítulo VI examina detalladamente toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional existente en materia de barreras electorales. El profesor Oliver pone el acento en este punto en la extremada condescendencia del máximo intérprete de la Constitución tanto con el legislador estatal como con los legisladores autonómicos al haber avalado la constitucionalidad de todas sus normas en esta materia (pág. 163).

Al mismo tiempo, subraya su excesiva ambigüedad a la hora de afrontar algunas de las cuestiones más complejas relacionadas con las mismas, como son los parámetros y los límites de las propias barreras electorales. En concreto, el Tribunal Constitucional sitúa el máximo admisible en el cinco por ciento de los votos emitidos en el conjunto del territorio donde se celebran las elecciones, pero dejando la puerta abierta a porcentajes más elevados al amparo de una fórmula indeterminada: “poderosas razones que lo justifiquen” (pág. 178-179). Para Oliver Araujo resulta bastante claro, en cambio, que la exigencia constitucional de proporcionalidad impone mucha moderación a la hora de establecer cláusulas de exclusión de partidos minoritarios, ya que –a su juicio– no son admisibles barreras muy elevadas que excluyan del reparto de escaños a partidos de cierta importancia electoral, “más allá de lo estrictamente necesario para conseguir un Gobierno eficaz”. En su opinión, el establecimiento de barreras superiores al cinco por ciento de los votos emitidos debe estar adecuadamente motivado y suficientemente ponderado por el legislador que las incorpora (pág. 175).

5. En los dos últimos capítulos del libro, el profesor Oliver Araujo aborda dos cuestiones muy presentes en el debate constitucionalista actual: la posible implantación en España de la barrera electoral regulada en el ordenamiento jurídico alemán (capítulo VI), y la frecuente utilización del umbral electoral como barrera electoral encubierta (capítulo VII).

- a) Respecto de la primera cuestión, considera que la barrera electoral alemana del cinco por ciento de los votos emitidos en el conjunto del Estado (regla general), puede no resultar compatible con la Constitución española, al perjudicar sensiblemente los mandatos de proporcionalidad y pluralismo político, que ésta establece en sus artículos 68.3 y 1.1. En efecto, la aplicación de esta cláusula conduciría a dejar fuera del Congreso de los Diputados a todos los partidos nacionalistas y a numerosos partidos políticos establecidos en todo el territorio del Estado (pág. 192). En relación con las dos excepciones que prevé el ordenamiento jurídico alemán para que un partido pueda acceder al *Bundestag* sin superar la mencionada barrera electoral –esto es, que sus candidatos triunfen, al menos, en tres distritos uninominales, en cuyo caso participarán en el reparto general de escaños–, o bien que uno o dos candidatos triunfen en sus distritos uninominales –supuesto en el que no participará en el reparto general de escaños–, Oliver Araujo considera permitirían la representación de algunos partidos nacionalistas, pero el resultado concreto dependería de la determinación de los distritos uninominales, siempre bajo la amenaza del *gerrymandering* (pág. 193). Con todo, el profesor Oliver, haciendo una rigurosa valoración de la barrera electoral alemana, tanto de su regla general como de sus excepciones, no considera aconsejable trasladarla al Derecho español, ya que estaría la borde la inconstitucionalidad, en la interpretación más favorable (pág. 196). Advierte, además, que, en el caso de que finalmente fuera adoptada, la barrera general debería ser rebajada del cinco al dos o tres por ciento de los votos válidos emitidos en el conjunto del Estado (pág. 195); y la barrera alternativa, del triunfo en tres distritos uninominales a la victoria en uno en uno solo (pág. 196).

- b) En el último capítulo, el VII, el autor describe una técnica que, a menudo, se utiliza para dejar fuera de la atribución de escaños a candidaturas con apoyos electorales pequeños o medianos, sin alterar ni la barrera electoral ni la circunscripción ni la fórmula proporcional de reparto. Nos referimos a la reducción del número de diputados atribuidos a cada circunscripción, lo que provoca automáticamente el incremento del umbral electoral. Muestra el autor cómo en no pocas ocasiones esta técnica, que califica de “maquiavélica”, se ha utilizado para cerrar el paso a formaciones políticas emergentes que amenazan con modificar el *status quo* existente. Advierte que, si se abusa de ella, un sistema electoral teóricamente proporcional puede devenir en un sistema mayoritario corregido, en donde solo dos partidos tengan posibilidades reales de obtener representantes en cada circunscripción (pág. 198). Tales observaciones son corroboradas, además, por el profesor Oliver a través del examen de dos casos concretos: el primero, una reducción de escaños aprobada en la legislación electoral de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en la legislatura 2010-2015; y, el segundo, una reducción de escaños rechazada, intentada a través del Proyecto de Ley de reforma de la Ley electoral de las Islas Baleares tramitado entre finales de 2014 y principio de 2015.

Relatadas las cuestiones más fundamentales del último de los interesantes capítulos que conforman esta obra del profesor Oliver Araujo, no me cabe más que concluir que dos son las singularidades más relevantes de la temática tratada: su complejidad y su amplitud. Características con las que el autor ha sabido lidiar a la hora de abordar el estudio y análisis crítico de las barreras electorales en el ordenamiento jurídico español. Efectivamente, Oliver Araujo ha convertido dificultad en accesibilidad y amplitud en claridad para hacer perfectamente asequible al lector una materia constitucional relevante y escasamente estudiada. Esta brillante obra aúna la perfecta armonía entre título, contenido y estructura, ofreciendo al lector un interesante recorrido de lo general a lo particular en el tema de las barreras electorales. Su lectura reposada resultará de gran utilidad tanto para los profesionales del Derecho Constitucional y la Ciencia Política, como para todas aquellas personas que estén interesadas en desentrañar, de nuestra realidad política, y la constante y callada lucha entre gobernabilidad y representatividad, que subyace a un sinfín de decisiones políticas relevantes a menudo sustraídas del debate público. En definitiva, polivalencia, claridad y rigor técnico en todos los aspectos son las tres notas que, en mi opinión, definen a la perfección esta obra y el fascinante tema que en ella se trata: las barreras electorales.

SUJETOS RESPONSABLES DE LOS INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA PREVENTIVA

María de los Reyes Martínez Barroso

Bomarzo (Albacete), 2016, 192 págs.

ISBN: 978-84-16608-52-2

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, perfectamente diseñada, que pretende convertirse en un instrumento extraordinariamente útil para acceder al tratamiento jurisprudencial de los diversos supuestos de responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral, prologada por el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, don Juan José Fernández Domínguez.

Partiendo de un breve análisis de los elementos de contexto en el ámbito preventivo (Capítulo 1), la autora de la monografía –Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León (acreditada como Catedrática)–, pone de relieve una estrecha vinculación entre el descenso de la siniestralidad laboral y el reforzamiento de las exigencias de responsabilidad (Capítulo 2), habida cuenta, durante las dos últimas décadas, la frecuencia con que se producen siniestros con ocasión o por consecuencia del trabajo ha experimentado variaciones dispares: un aumento del 25% entre 1995 y 2000, una posterior tendencia a la baja hasta el año 2012 y un ostensible crecimiento desfavorable desde aquel año y hasta la actualidad. Como bien afirma la Dra. MARTÍNEZ BARROSO, este repunte puede responder a que –sobre todo en tiempos de crisis económica– la prevención no siempre se entiende como una inversión sino como un gasto, planteamiento susceptible de traducirse de nuevo en un aumento de los riesgos profesionales, que exige imprescindible un mayor esfuerzo de concienciación, actuación y *obiter dictum* de “sanción” en materia preventiva. De hecho, queda demostrado como las causas del descenso paulatino de accidentes laborales entre los años 2000 y 2012, radican, en parte, en el endurecimiento de la responsabilidad empresarial en la materia, ya que, para un adecuado funcionamiento del entramado normativo tan complejo y exigente como es el de la prevención de riesgos laborales, resultan imprescindibles todos aquellos instrumentos especialmente diseñados para la efectiva aplicación de la ley, en especial cuantos se dirigen a reprimir debidamente los comportamientos de inobservancia, incumplimiento o falta de diligencia (incluso del propio trabajador), al tiempo que

deviene necesaria una labor de constante ayuda y asistencia a los principales obligados, así como, una acción de reconocimiento y compensación por los buenos resultados.

Y ello por dos razones fundamentales: de un lado, por el riesgo real de incumplimiento, acentuado por la falta de una auténtica cultura preventiva en el momento en que se aprueba la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL); de otro, por la importancia de los bienes jurídicos protegidos, entre los cuales cabe mencionar la vida, la salud y la integridad personal. A partir de tal premisa, es evidente como la normativa preventiva no debe conformarse con enunciar los principios y deberes en la materia, sino que resulta obligado introducir mecanismos para asegurar que aquellos sean acatados, y este es precisamente el objetivo último pretendido con la obra recensionada: “analizar la diversidad de responsabilidades y de sujetos responsables” (Capítulo 3), dedicando una especial atención al empresario, como principal sujeto obligado, sabiendo que no es fácil contemplar la responsabilidad desde una perspectiva unitaria, pues su exigencia puede referirse a distintas personas o entidades (a cuantas asumen obligaciones en la materia) que no se sitúan en un plano de igualdad a estos efectos.

En el Capítulo 4 de la obra, el más extenso, la autora –con el hacer riguroso que siempre la ha caracterizado– analiza la amplia variedad de responsabilidades en que puede incurrir el empresario cuando incumple u omite sus obligaciones en materia de seguridad y salud. Después de realizar un somero estudio de la responsabilidad administrativa se adentra en la responsabilidad penal y en las consecuencias de la concurrencia de culpas en la responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo, pues si bien tradicionalmente se ha podido asistir, tanto en el orden civil como en el social, a una “cuasiobjetivación” judicial de la culpa, a partir de la aprobación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se pone punto final a dicho debate, finalizando el análisis con un “estudio de caso”, relativo a las indemnizaciones de daños y perjuicios en favor de las viudas que perdieron salud como consecuencia de haber lavado durante años las prendas de trabajo de sus esposos. El apartado de la responsabilidad empresarial finaliza con un exhaustivo desarrollo del recargo de prestaciones “como supuesto especial” (relación de causalidad para su imposición, plazo y causas de prescripción, efectos retroactivos de su reconocimiento, cuantía y graduación de porcentajes, posibilidad de transmisión por la vía de la sucesión de empresa, incidencia de la culpa del trabajador o imposición por incumplimiento de la normativa de seguridad y salud en supuestos de “riesgo psicosocial”).

Tras examinar como conviene el fenómeno de la compatibilidad e incompatibilidad de las diversas responsabilidades (Capítulo 5) y de estudiar las peculiaridades que presenta la Administración como sujeto responsable (Capítulo 6), la obra se detiene en la exégesis del deber de seguridad impuesto al trabajador y las consecuencias derivadas de su incumplimiento (Capítulo 7) habida cuenta, y como es bien sabido, la prevención vincula a las dos partes de la relación laboral de forma que también a los trabajadores cabe atribuir responsabilidad en materia preventiva, siendo la más señera la disciplinaria pues, en la medida en que sus obligaciones preventivas se ciñen al cumplimiento de los mandatos de la empresa, lo normal es que en caso de inobservancia sean objeto de la correspondiente respuesta por parte de aquella

(imposición de sanciones tales como amonestaciones verbales o escritas, suspensión de empleo y sueldo, traslado forzoso o incluso el despido), pudiendo recurrir ante la jurisdicción social la sanción impuesta.

Aun cuando la mayor parte de las conductas infractoras tipificadas en el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) se refieren a acciones u omisiones del empresario, esta responsabilidad también puede recaer en otras organizaciones o sujetos, como servicios de prevención propios o externos, empresas formativas y auditoras, coordinadores de seguridad y salud, representantes de los trabajadores con funciones específicas en la materia o, incluso, en los propios trabajadores por cuenta propia (y lo mismo cabría decir de la responsabilidad civil y penal). Considerando lo anterior, el resto de la monografía profundiza en el estudio de esos “otros sujetos responsables”, comenzando con los representantes de los trabajadores (Capítulo 8), siguiendo con el personal directivo, mandos intermedios y encargados (Capítulo 9) o los técnicos en prevención de riesgos laborales y coordinadores de seguridad (Capítulo 10) y, en fin, continuando con los servicios de prevención externos, entidades auditoras y formativas y otros sujetos (Capítulo 11).

No cabe duda que la conducta de los representantes de los trabajadores puede causar daños a otros sujetos y ser el origen de reclamaciones de indemnizaciones de daños y perjuicios. Del mismo modo, el personal directivo puede incurrir en responsabilidad disciplinaria y en responsabilidad civil, pero no en responsabilidad administrativa. En cambio, puede ser sancionado penalmente por el delito tipificado en el artículo 316 del Código Penal, en lógica correspondencia con la normativa preventiva, pues si bien la LPRL considera como sujeto obligado al empresario, el artículo 1 del Reglamento de los Servicios de Prevención se encarga de detallar las obligaciones extensibles a la cadena de mando empresarial. Los propios mandos intermedios y encargados, al actuar como un nexo de unión entre la dirección y los trabajadores a los que supervisan, ocupan una posición singular en materia preventiva y, en función de sus competencias, adquieren las obligaciones de supervisión y vigilancia, también en prevención de riesgos laborales, sin perjuicio de tener en cuenta como existen otras figuras preventivas (trabajadores designados o técnicos de prevención) cuyas acciones tendrán prevalencia por sus conocimientos en la materia y sus competencias, facultades y funciones. En este contexto, la delegación transforma pero no extingue la posición de garante, pues el delegante no ha de controlar ya directamente la fuente de peligro sino a la persona a quien se ha conferido el dominio de la fuente de peligro, esto es, “se configura como un deber de vigilancia entendido como observación del cumplimiento de los deberes por parte del sustituto, lo cual puede dar lugar a una responsabilidad en cascada en los distintos niveles de responsabilidad”, tal y como ponen de manifiesto los cada vez más frecuentes pronunciamientos de las Audiencias provinciales.

Finaliza la monografía con el estudio de la responsabilidad de los trabajadores autónomos en materia de seguridad y salud, quienes podrán incurrir en responsabilidad civil por los daños que causen; penal por los delitos o faltas que cometan; administrativa por las infracciones de tal índole en que incurran y, además, si tienen trabajadores a su servicio, en su condición de empleadores, asumirán también

responsabilidades de Seguridad Social. Una atención especial merecen aquellos autónomos que asumen funciones de cooperación y coordinación o quienes participan en cadenas de subcontratación, en especial en el sector de la construcción o, cómo no, en un intento de agotar el tema, las acciones que el TRADE puede ejercitar contra el empresario-cliente o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, debiendo tener en cuenta aquella que puedan establecer los acuerdos de interés profesional, y los propios contratos entre las partes (que pueden incluir estipulaciones sobre la manera en que puede ser mejorada la efectividad de la prevención de riesgos laborales), más allá de los derechos establecidos en el Estatuto del Trabajo Autónomo.

No quisiera finalizar esta breve reseña sin invitar al lector a adentrarse en su lectura, pues sin duda, y al margen del innegable acierto y oportunidad del tema abordado, su tratamiento pone de relieve que estamos en presencia, como expone con acierto el prologuista, de una obra de madurez

LA EMPLEABILIDAD DE LOS JÓVENES: DESDE LAS FÓRMULAS TRADICIONALES A LAS NUEVAS OPORTUNIDADES

AA.VV. [J.J. Fernández Domínguez y S. Rodríguez Escanciano (Dirs.); R. Fernández Fernández (Coord.)]
Tirant lo Blanch (Valencia), 2017, 405 págs.
ISBN: 978-84-9169-119-8

Francisco Xabiere Gómez García

Investigador Contratado Predoctoral (Junta CyL — Fondo Social Europeo)
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

Nos encontramos en un momento de la historia en el cual la crisis económica ha acentuado los atávicos problemas de la juventud española para el acceso al mercado laboral, llevando al Estado español a la medalla de plata de la Unión Europea en la infame tarea de ostentar la mayor tasa de desempleo juvenil (de 15 a 24 años), con casi cuatro jóvenes desempleados de cada diez jóvenes que activamente demuestran querer trabajar. En este contexto, no cabe la menor duda que una obra como la presente es de la máxima oportunidad e importancia.

Es preceptivo hacer constar que el libro aquí considerado es uno de los generosos frutos del proyecto «Juventud y experiencia en el fomento del empleo y del emprendimiento: un reto para Europa y para España. Marco jurídico del empleo de los trabajadores jóvenes», cuya financiación corrió a cargo del Ministerio de Economía y Competitividad. El resultado es un completa monografía, escrita en coautoría, dirigida por los catedráticos FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO y coordinada por el doctor FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ —todos del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León—, combinando de forma afortunada la descripción de la actual realidad jurídica, las reflexiones analíticas y las propuestas de *lege ferenda*, en una finalidad (declarada) de poder contribuir a la reducción del índice de desocupación del colectivo juvenil.

Esta publicación está estructurada en dos partes singulares, tratándose, por un lado, las versiones más actualizadas de los instrumentos clásicos de inserción laboral destinados al colectivo de jóvenes y, por otro, las actuaciones y regulaciones legales más modernas que pueden significar nuevas oportunidades de empleo juvenil.

La parte primera consta de seis capítulos, inaugurados por el Dr. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ con una mirada sobre el contrato para la formación y el aprendizaje. Figura compleja, por cuanto pretende compaginar los incentivos a la contratación de jóvenes con el complemento a su formación laboral, «sin que se haya determinado con claridad la extensión y calidad de los conocimientos impartidos». Tras exponer con claridad los requisitos, las condiciones y los contenidos de este tipo de contrato, su autor indaga sobre las consecuencias que deben tener los incumplimientos de los aspectos formativos.

Un segundo capítulo, en este caso a cargo de la Dra. ORDÓÑEZ PASCUA, examina el contrato en prácticas, analizando cuestiones tan candentes como el Sistema Nacional de Garantía Juvenil o la Formación Dual, para acabar haciendo un balance de los resultados de esta modalidad contractual hasta el momento presente, tras ponderar sus ventajas e inconvenientes.

A continuación, la Dra. RODRÍGUEZ ESCANCIANO evidencia las prácticas más habituales en torno al contrato de interinidad, en especial en el sector público, donde las Administraciones han contribuido «al engorde de la burbuja de la temporalidad y del proceso de precarización del empleo». La nueva doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a partir del asunto De Diego Porras y las posibles interpretaciones judiciales de los órganos internos, con cuestiones prejudiciales todavía *sub iudice*, ponen de manifiesto «la necesidad de una urgente intervención del legislador» sobre la interinidad, con el objeto de «atajar la inseguridad jurídica generada».

Sin solución de continuidad, el Dr. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ disecciona con maestría el papel de las empresas de trabajo temporal en la empleabilidad de los jóvenes, reflexionando, con carácter previo, sobre la evolución legal «de este singular empleador». Tras aportar profusión de cifras y tablas explicativas sobre la incidencia de las ETT en los ámbitos europeo y estatal, concluye con una demoledora valoración final.

El siguiente capítulo sirve para que el Dr. TASCÓN LÓPEZ estudie la interacción de dos factores que, en muchos casos, suelen darse conjuntamente, como son la condición de joven y el empleo a tiempo parcial, destacándose la desprotección social de este tipo de trabajadores y la necesidad descollante «de corregir y depurar aquellos aspectos que cabalmente puedan ser subsanados».

Cerrando esta parte dedicada a los instrumentos clásicos, la Dra. MARTÍNEZ BARROSO investiga la situación actual del contrato de relevo y su nueva situación, al verse afectado tanto por los cambios operados en la edad de jubilación y el último diseño de la jubilación parcial, como por «otras novedades de su régimen jurídico que han incrementado para el empresario la onerosidad de este tipo de contrato».

Si la primera parte de la obra responde al reto del análisis pormenorizado de una realidad bastante compleja, la segunda discurre, cuanto menos, por similares cotas de dificultad, por cuanto afronta, con un resultado final excelente, el estudio de nuevas técnicas e instrumentos para el empleo juvenil.

De este modo, el Dr. QUIRÓS HIDALGO acerca al lector a las empresas de inserción, cuya finalidad primordial es la adaptación laboral de personas en riesgo de exclusión social, donde «uno de los mayores porcentajes corresponde a los jóvenes» en dicha situación. Así, destaca el «posible atractivo que supondría la realización de un trabajo remunerado», como alternativa «frente al relativo fracaso en los últimos tiempos de otros programas de formación y empleo» como las Escuelas Taller y similares.

A continuación, la Dra. ÁLVAREZ CUESTA se sumerge en las procelosas y variadas aguas del emprendimiento que, de forma ineludible, «necesita acotar y definir legalmente su concepto jurídico». Tras plantear si el emprendimiento de los jóvenes es «una necesidad o una virtud» y desplegar la difusa red de ayudas a dicho proceso, esboza el necesario camino por recorrer para llegar a buen puerto.

Un nuevo capítulo, esta vez de la mano de la Dra. AGRA VIFORCOS, nos conduce al mundo del voluntariado, desde sus actores a su legislación, pasando por sus «zonas grises», afirmando que los jóvenes «están viendo el voluntariado como una actividad rentable en términos laborales», ya sea como experiencia «prelaboral» o como contrato de trabajo encubierto.

Por último, pero no menos importante, el Dr. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ aborda los nuevos yacimientos de empleo como ámbito específico de empleabilidad para los jóvenes, considerando como tales «a todas aquellas actividades de carácter laboral cuya aparición trae causa en los cambios tecnológicos y sociales». Tras la identificación de los campos y actividades concretas que emergen como nuevos yacimientos de empleo, el autor concluye señalando que, pese a su enorme potencial, para su éxito en relación con la creación de puestos de trabajo, dichos yacimientos deben «acompañarse de estrategias de desarrollo profesionalizantes que los fomenten».

En definitiva, sirvan estas breves líneas como bosquejo de lo que el lector se encontrará en esta obra, la cual desarrolla un planteamiento de conjunto que, partiendo de una gran cantidad de fuentes bibliográficas –como es característico en la escuela *iustlaboralista* leonesa–, alcanza un profundo nivel de análisis, transmitido en más de 400 páginas dedicadas por completo al exhaustivo estudio de diferentes medidas y situaciones que pueden mejorar la empleabilidad del colectivo juvenil.

TIEMPOS DE CAMBIO Y SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

Juan José Fernández Domínguez y Susana Rodríguez Escanciano
(Dirs.); Henar Álvarez Cuesta (Coord.)

Bomarzo (Albacete), 2017, 273 págs.

ISBN: 978-84-16608-78-2

Patricia Prieto Padín

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

Como parte de un ambicioso proyecto de investigación patrocinado por la Junta de Castilla y León, de entre cuyos numerosos frutos constituye muestra saliente, la obra “Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores” cuenta con una doble garantía de partida: de un lado, la solvencia reiteradamente acreditada de sus directores (Drs. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO) y coordinadora (Dra. ÁLVAREZ CUESTA) que, junto al prestigio de sus autores, es señal segura de una aproximación rigurosa al tema estudiado; de otro, y precisamente, el interés intrínseco de la materia objeto de análisis, al poner en relación dos temas necesariamente llamados a encontrarse, como son las novedades en medios, modos y maneras de trabajar, cada vez más rápidas e incisivas, y cuanto genéricamente cabría calificar como riesgos psicosociales o alteraciones en la salud mental de los trabajadores a resultas de aquellas.

A lo largo de diez capítulos se desgranar algunas de sus manifestaciones más señeras del fenómeno, bajo la preocupación metodológica común de releer la norma (cuando la hubiere, pues precisamente en muchas ocasiones su ausencia es fuente principal del riesgo) a la luz de la realidad sobre la cual se proyecta acudiendo no solo a la vez de quienes antes estudiaron el tema, sino también de estadísticas, sentencias, documentos de trabajo o informes de expertos.

Las dificultades para la integración en una sociedad multicultural de los inmigrantes ocupan su pórtico, de la mano de la Dr. AGRA VIFORCOS, diferenciando convenientemente entre los colectivos de asentados, precarios o indocumentados (con una especial atención a las mujeres) y los variables obstáculos a los que han de hacer frente, tanto laborales (barreras idiomáticas, sobrerrepresentación en sectores con altas tasas de siniestralidad o, en general, bajo condiciones rayanas en el umbral de la dignidad) como extralaborales (duelo migratorio, síndrome de Ulises, alejamiento de

su entorno y cultura, etc.) que, ineludiblemente, llevan a una situación de predisposición a o fragilidad frente a la cual no basta un mero esfuerzo preventivo, sino acciones multidisciplinares coordinadas en el seno de una política social atenta a tal realidad.

Bajo la pluma de la Dra. DÍAZ GÓMEZ, la empresa familiar –tantas veces gran olvidada y fuente fundamental de actividad emprendedora en España– aparece como un ámbito que, si dotado de un adecuado protocolo para un buen gobierno, podría resultar modélico más allá de los límites de su forma social mercantil, pues, a la postre, muchos de sus valores resultarán idealmente extrapolables a cualquier planteamiento sobre cuanto cabe concebir como una empresa saludable.

Los cambios que se avecinan encuentran palmario reflejo en la aproximación de la Dra. ÁLVAREZ CUESTA a la economía colaborativa, también conocida como el espacio propio de los e-nómadas. Tras una visual presentación del fenómeno productivo, resulta de enorme interés el doble matiz que adquiere el discurso cuando, por una parte, concreta las implicaciones que el prefijo “tecnó” aporta a los viejos riesgos del estrés, ansiedad, fatiga, etc.; por otra, al describir las variantes “propias” de estos trabajadores, como el aislamiento, la adicción al trabajo, la “nomofobia” o el acoso virtual.

Volcar cuanto surgió y creció con el trabajador como principal destinatario sobre el quehacer del autónomo o emprendedor, constituye no solo la proyección natural de la norma, sino también de una realidad donde el trabajo por cuenta propia puede obedecer a una elección del interesado o constituir su única salida ocupacional. La Dra. MARTÍNEZ BARROSO afronta su examen partiendo exactamente de este último supuesto, traducido en inseguridad, para adentrarse más tarde, de manera detallada, en otras formas comunes de afectación a la salud (fatiga mental, entorno físico, violencia, etc.) y culminar con el estrés como género abierto a múltiples manifestaciones. Particularmente interesante es su propuesta “constructiva” para gestionar el desgaste del emprendedor y su preocupación por el futuro: ahorro, desconexión, sociabilidad y optimismo como antídotos.

Inestabilidad e inseguridad como factor de riesgo, precariedad como detonante y remuneración insuficiente como causa de estrés constituyen la triada a partir de la cual la Dra. ORDÓÑEZ PASCUA asocia la temporalidad al deterioro de la salud mental. “Mal necesario” en el mercado actual, controlar los periodos de rotación evitando una cronificación o prolongación excesiva será el mejor –casi único– remedio, para cuya articulación proporciona una batería, a la vez clásica y moderna, de actuaciones posibles.

El Dr. TASCÓN LÓPEZ, con la sugerente presentación del contrato a tiempo parcial como minijobs “a la española”, y sus resultados de desprotección social, dibuja un escenario donde la sobrecarga o falta de contenidos, frecuente ambigüedad y conflicto en el papel de asumir, eventual trabajo emocional y –sobre todo– falta de regularidad, flexibilidad y presión del trabajo constituyen índices de más que probables alteraciones de la psique del trabajador; tanto más grave cuanto que es patente no solo

su situación de abandono legal, sino también convencional, que clama –y es su mensaje explícito– por salir del “limbo jurídico de las cuestiones pendientes”.

Bajo el subtítulo de “un binomio olvidado y de difícil combinación”, queda expresamente glosada la relación entre la prevención de los riesgos sociales y la descentralización productiva de la que se ocupa el Dr. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ. Fruto de la globalización, que así remodela la visión tradicional de una subcontratación en tantas ocasiones expresada bajo la forma de externalización para disociar responsabilidades (con frecuencia manteniendo vínculos societarios o generando una red de relaciones), a la tradicional aparición de factores de riesgo psicosocial asociados (conflictos de rol, sobrecarga de trabajo, falta de expectativas de promoción o precariedad) cabe unir –como en otras ocasiones ya sea puesto de manifiesto– la lamentable falta de conciencia y conciencia sobre lo perentorio de su consideración cuando ha lugar a tal decisión organizativa.

Siguiendo la pauta de la OMS sobre el concepto de riesgo psicosocial, que incluye en su consideración las capacidades del empleado, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, el Dr. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ se adentra en los factores individuales o “extralaborales” como causa de quebrantos en la salud mental. A las clásicas vinculadas a los factores de discriminación (género, nacionalidad, edad...), añade causas propias de los nuevos tiempos, como el precio del éxito social que conduce a la adicción al trabajo, la presión por responder a un arquetipo físico cuando lleva a desórdenes alimenticios (anorexia, bulimia, “trabajos estéticos”) o a un culto al cuerpo patológico (vigorexia), al aspecto “cultural” o “social” del alcoholismo y las drogodependencia... o, a la postre, al grave hándicap común a muchos de los afectados de una falta de apoyo social como red fundamental para evitar la caída y, en todo caso, iniciar la recuperación.

La Dra. RODRÍGUEZ ESCANCIANO plantea el sugerente tema de la tecnología al servicio del control empresarial, como consecuencia de una economía digital que agota a quienes en ella deben y da pie, en los entornos “cibernéticos” poco respetuosos con los derechos fundamentales, a una proliferación de enfermedades mentales. No se trata solo de la vigilancia que pueda tener lugar en el centro de trabajo y prive de las necesarias “licencias comportamentales” (tarjetas, infrarrojos, controles biométricos, video vigilancia o micrófonos), sino de su extensión a los extra laborales mediante la geolocalización, detectives o utilizando las redes sociales. Ni siquiera el teletrabajo queda libre de tal amenaza cuando aboca con frecuencia, y entre otras, a la sensación de claustrofobia. Vía preventiva a abordar con tiento, pero que urge; entre tanto, ofrece la autora una interesante propuesta de vías de reparación de las lesiones al bienestar emocional en el contexto de la industria 4.0.

El último de los capítulos, firmado por el Dr. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ atiende a movimiento internacional de trabajadores como característica ínsita al fenómeno de la globalización, centrando su atención ya no en la emigración en busca de un empleo (con la que comienza la obra), sino del desplazamiento transnacional en el empleo a resultas de las necesidades y variaciones en la demanda de los servicios internacionales. Muchos son los problemas singulares detectados al respecto, que arrancan de la propia normativa preventiva a aplicar ante un claro supuesto de

conurrencia legal, con continuidad en el propio cambio de vida (más o menos frecuente) en el cual, a los problemas de adaptación laboral, cabrá unir los efectos de deterioro en las relaciones personales, familiares o sociales, para conducir a situaciones de falta de rendimiento, difícil clima en el trabajo, carga mental, estrés... Un *laissez faire* económico con un precio excesivo y que necesita la atención propia de un fenómeno imparable y lucrativo, pero que también ha de ser seguro física y mentalmente.

Tan rápido recorrido por una obra que combina, en dosis adecuadas, la modernidad propia de los nuevos fenómenos productivos con normas y prácticas llamadas a buscar necesario acomodo, no precisa de una invitación expresa a su lectura, pues aun cuando estas líneas no puedan hacerle justicia, esperan haber servido para llamar la atención de quien a ellas se acerquen y mueva a la curiosidad de ojear el libro. Como escribió GARCÍA MARQUÉZ, de seguro sucumbirán a la inevitable tentación de leerlo.

EL FUTURO DEL TRABAJO vs. EL TRABAJO DEL FUTURO. IMPLICACIONES LABORALES DE LA INDUSTRIA 4.0

Henar Álvarez Cuesta
Editorial Colex, 2017, 173 págs.
ISBN 978-84-17135-35-5

Javier Fernández-Costales Muñiz

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

La aparición, continua evolución y la firme y rápida consolidación de las nuevas tecnologías ha supuesto una auténtica revolución a nivel global en la sociedad del siglo XXI en todos los ámbitos de las relaciones humanas, tanto en lo social como en lo económico o lo político, así como, por lo que interesa a esta reseña, en las relaciones laborales. Desde las formas de producción a las mismas formas de relacionarse en el marco de la empresa, los increíbles y rápidos avances que la tecnología y la sociedad en su conjunto han experimentado en los últimos años deben tener su reflejo en la esfera del trabajo como un exponente más de la evolución de un mundo cuyos cambios, en muchas ocasiones, resulta difícil seguir.

En esta situación, el nuevo libro de la Dra. Henar Álvarez Cuesta se adentra en una cuestión sumamente compleja y rodeada de aristas, que tiene ya un amplio recorrido y mucho de actualidad, pero siempre mirando necesariamente hacia el trabajo y la situación en la cual este podrá encontrarse en un futuro no lejano. La que ya ha sido denominada como cuarta revolución industrial posee numerosas caras positivas y también elevados aspectos negativos que deben conciliarse.

Esta dualidad constituye el *leitmotiv* de esta obra y su principal esencia. Desde el primer capítulo la autora construye con su habitual solvencia y acierto investigador su discurso en torno a la industria 4.0, haciendo frente a conceptos como robots, inteligencia artificial, big data, algoritmo, cloud computing, el Internet de las cosas (IoT) o la impresión 3D en el marco de cuestiones tan actuales y mencionadas como poco conocidas en muchas ocasiones como los datos y su tratamiento, la computación fuera de la tierra, esa especie de omnipresencia de la red o la producción personalizada.

Desde unos planteamientos avanzados y en muchas ocasiones arriesgados, tal y como el tema tratado exige, la autora aborda asuntos de tanta importancia como la creación de empleo en nuevos sectores, productos o servicios al tiempo que no olvida su

reverso oscuro como es la destrucción masiva de puestos de trabajo consecuencia de la automatización y el advenimiento de una era robotizada; los cambios en el modelo de ocupación tradicional manifestados en una nueva dirección de los recursos humanos con el riesgo de una más acusada individualización y de una perpetua disponibilidad horaria; la transformación del trabajo fruto del recurso a plataformas digitales o crowdsourcing con manifestaciones precarias al debilitar la capacidad negociadora; o los obstáculos para la viabilidad de los sistemas de seguridad y bienestar sociales ante la insuficiencia de las cotizaciones.

A lo largo del discurso se puede encontrar un meticuloso análisis y explicación de términos que han comenzado a ser cotidianos en nuestras vidas a pesar de ser aún grandes desconocidos para la mayor parte de la población como pueden ser *employee sharing*, *job sharing*, *interim management*, *casual work*, *ICT-based mobile work*, *voucher work*, *portafolio work*, *collaborative employment*, o nuevas y originales expresiones acuñadas por la autora como eprecariedad, sin olvidar tratar fenómenos como la economía colaborativa, desarrollada a través de *apps* y plataformas *on line*, bien para considerarlas fuera del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, bien para incluirlas en él, siempre atendiendo al marco de la actual y continua transformación de las relaciones laborales.

Todo ello sin dejar de aportar soluciones a los problemas planteados por el crecimiento del trabajo informal y de las múltiples zonas grises solapadas y enmascaradas bajo prestaciones amistosas, benevolentes o de buena vecindad.

De especial interés resulta su aportación al proponer la creación de una nueva relación laboral especial, en la cual se determinen con garantías los derechos de los trabajadores, apostando por reformular el derecho de desconexión digital al objeto de proteger la vida privada del trabajador ante un posible control omnicompreensivo ejercido desde el entorno digital no sólo por el empleador sino también por los clientes y, de otro, por establecer un marco protector de los datos personales de los trabajadores implicados, sin olvidar diseñar normas básicas de seguridad informática que eviten comprometer informaciones sensibles de las empresas.

El tercer capítulo encara las estrategias laborales en la industria 4.0, analizando el eterno debate del trabajo prestado por cuenta ajena frente al trabajo realizado por cuenta propia, las condiciones “laborales” de la gig economy; el conocimiento a través de la formación continua, medio básico para impedir que las competencias del trabajador se queden atascadas y carezcan de interés al tiempo que se adapta a las nuevas necesidades técnicas y productivas; la cada vez más debatida cuestión de la renta universal como salida del laberinto de unas prestaciones no contributivas cada vez de más difícil acceso y configurada jurídicamente para proteger a quien no ha sido capaz de adaptarse a los nuevos tiempos.

La cada vez más discutida y escasamente novedosa cotización de los robots, la necesaria protección de la intimidad frente a las tecnologías de big data, cloud computing, IoT e inteligencia artificial o la ciberseguridad en las empresas ponen cierre a una parte especialmente interesante y provocativa del estudio, llena de aportaciones e ideas a tener en cuenta.

En fin, y para terminar la lectura, el capítulo IV estudia algunas incógnitas que la industria 4.0 plantea y seguirá planteando en tanto no se pueda ofrecer soluciones coherentes a distintos niveles atendiendo al empleo verde como un criterio delimitador de las nuevas formas de trabajo, siendo capaces de utilizar la tecnología para que el trabajo no atente contra el medio ambiente, la salud de los trabajadores y participe de la sostenibilidad.

Por supuesto, y haciendo uso de sus enormes conocimientos en el tema avalados por una amplia y profunda obra en la materia, el derecho colectivo no podía quedar fuera del análisis en esta obra como visión de las nuevas oportunidades que surgen para la acción sindical, realizando propuestas para que las asociaciones obreras se ajusten a las nuevas necesidades, analizando y favoreciendo el papel de la negociación colectiva de ámbito superior a la empresa para poder pasar a desempeñar un papel no sólo negociador sino también reivindicativo a través de los nuevos modelos de redes de participación.

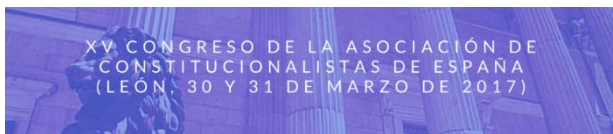
En fin, a quien decida acercarse a este pequeño boceto respecto a la obra comentada, sin duda le resultará fácil darse cuenta de que lo aquí mencionado no puede ir más allá de ser eso, un simple bosquejo, un breve resumen que básicamente realiza un apunte del contenido real de este libro, cuya amplitud de miras, profundidad y riqueza lo deben convertir desde su aparición en un referente para todo aquél que pretenda abordar el estudio y llegar a obtener un conocimiento serio y actualizado de un aspecto tan concreto y tan extendido al mismo tiempo de una rama jurídica que abarca una estructura tan amplia y compleja como es la referente a la influencia de las nuevas tecnologías y la nueva industria en el ámbito de las relaciones laborales. Sólo queda, por tanto, recomendar la lectura de la monografía ahora reseñada, que gracias a la firmeza, seriedad, rigor y profundidad jurídica que caracteriza todas las obras de la Dra. ÁLVAREZ CUESTA hace esta materia un poco más accesible y facilita la labor de su estudio y conocimiento.

D) NOTICIAS DE INTERÉS
JURÍDICO-ACADÉMICO

Actas del XV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Parlamento y parlamentarismo: origen y retos

Celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de León
los días 30 y 31 de marzo de 2017

NIEVES ALONSO GARCÍA
TAMARA ÁLVAREZ ROBLES



El reconocimiento por la UNESCO en el año 2013 de los “Decreta” de León de 1188 como el corpus documental que contiene

la referencia, constatada hasta el presente, más antigua al sistema parlamentario europeo y que se plasmó en su inclusión en el Registro de la Memoria del Mundo es una efeméride que abre la puerta a un debate, sosegado y profundo, sobre los retos principales del parlamento y del parlamentarismo en nuestros días.

“Podría intentarse la reforma del parlamentarismo en el sentido de intensificar sus elementos democráticos” (Kelsen, H. *Esencia y valor de la democracia*, C. IV). Una reflexión sobre esta cuestión, articulada desde tres perspectivas, puede resultar oportuna y necesaria. Así, la vinculación entre Parlamento y representación es un cimiento en el que se insertarán aspectos clave como las transformaciones del mandato representativo, la representatividad social y estudio de los sistemas electorales.

Sobre este plano se han diseñado dos proyecciones complementarias. La primera vinculada a un criterio territorial, a partir de una doble dinámica: globalizadora, donde los referentes comparados son ineludibles, y transversal que incidirá en el fenómeno relevante del multiparlamentarismo. Una segunda aproximación, eminentemente funcional y pragmática, es el elemento particular que culminará el programa. La apelación a una renovación funcional de los parlamentos se prolongará a través de referenciar la necesaria actualización de los instrumentos de control, incluso con destinatarios “en funciones”, y de redefinir tales actuaciones funcionales cuando las bases representativas están fragmentadas y predisuestas al bloqueo institucional.

Aproximadamente un siglo después de que Schmitt sostuviese que la “situación del parlamentarismo es hoy tan crítica” (*Sobre el parlamentarismo*, Prefacio), las reflexiones de los constitucionalistas, sus críticas y sus propuestas, exigen un tiempo y un espacio, primavera de 2017 y León. Estas reflexiones constituyen la esencia del

XV Congreso de Constitucionalistas de España “Parlamento y parlamentarismo: origen y retos” celebrado en León bajo la dirección de M^a Esther Seijas Villadangos. La inauguración del Congreso estuvo presidida por D. Juan Francisco García Marín (Excmo. Sr. Rector Magfco. de la Universidad de León), D. Antonio Silván Rodríguez (Excmo. Sr. Alcalde de León), D. Juan José Fernández Domínguez (Ilmo Sr. Decano Facultad de Derecho), Dña. M^a Esther Seijas Villadangos (Profesora de Derecho Constitucional de la ULE), D. Pablo Pérez Tremps (Presidente de la ACE) y Dña. Silvia Clemente Municio (Excmo. Sra. Presidenta de las Cortes de Castilla y León).

A continuación, tuvieron lugar dos ponencias magistrales por parte de D. Francisco Caamaño Domínguez Parlamento quien defendió su ponencia sobre el “Parlamento. El taller de las verdades fingidas” e Ignacio Fernández Sarasola cuya intervención versó en torno al origen del Parlamento moderno en España.

Tras las ponencias generales se llevaron a cabo las mesas paralelas de debate. La primera de ellas bajo el título «Parlamento y Representación» y coordinada por Enric Fossas Espadaler contó con la presencia de Esther Martín Núñez (“Las transformaciones del mandato representativo”, Blanca Rodríguez Ruiz («Representación política y representatividad social») y María Garrote de Marcos (“Sistema electoral y representación”).

La segunda de las mesas centró su debate en los “Parlamentos y el Parlamentarismo. Una perspectiva global y transversal” con la coordinación de M^a Esther Seijas Villadangos. En ella participaron Fco. Javier Díaz Revorio (“Parlamento Europeo, parlamentos estatales y autonómicos: relaciones interparlamentarias”), María Ballester Cardel (“Parlamentos autonómicos”), Rosario Tur Ausina (“Parlamentos y gobernanza multinivel”), Louis Massicotte (“Multiparlamentarismo: Canadá), Louis Massicotte y César Landa Aroyo (“Parlamentos en Latinoamérica”).

Las funciones del Parlamento fueron el objeto de la mesa tres cuya coordinación correspondió a Piedad García-Escudero Márquez. Estuvo compuesta por Almudena Bergareche Gros (“La renovación de las funciones del Parlamento”), Carlos Ortega Santiago (“Actualización de los instrumentos de control») y David Parra Gómez (“La función legislativa en Parlamentos fragmentados).

Las conclusiones y la clausura del Congreso corrieron a cargo de Pablo Pérez Tremps (Presidente de la ACE), Enric Fossas Espadaler (Universidad Autónoma de Barcelona), Piedad García-Escudero Márquez (Universidad Complutense) y M^a Esther Seijas Villadangos (Universidad de León).

Como punto final del Congreso se celebró la Asamblea General de la Asociación, así como la recepción de despedida en la Diputación de León con la degustación de productos de León y una visita guiada de la ciudad.

El Congreso se enmarcó dentro del Proyecto de Investigación “El origen del parlamentarismo como referente del patrimonio cultural: implicaciones socioeconómicas, jurídicas y culturales (L121)” cuya investigadora principal es M^a Esther Seijas Villadangos.

Actas del I Seminario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ

En la primera semana de mayo de 2017 se celebró en la Universidad de León la International Week, en su segunda edición, con una amplia oferta de conferencias y actividades que tienen como nexo común la internacionalización y como objetivo principal acercar a los alumnos a un ambiente pluricultural. Entre los ponentes y asistentes se contó con la presencia de 48 expertos de universidades de Italia, Portugal, Bélgica, Bulgaria, Francia, Alemania, Bosnia o Rusia. A ellos se unieron emprendedores que expusieron sus ideas de negocio en un universo global de comunicación y emprendimiento.

En este marco, los días 2 y 3 de mayo de 2017, en la Facultad de Ciencias del Trabajo, y bajo la dirección de los Dres. M^a de los Reyes Martínez Barroso, Roberto Fernández Fernández, Henar Álvarez Cuesta y Javier Fernández-Costales Muñiz, se celebró el I Seminario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, con un elevado número de asistentes, sucediéndose una serie de ponencias en el marco del análisis de cuestiones de actualidad en el marco jurídico laboral en dos países vecinos y cercanos en costumbres e historia de la Unión Europea, como son Italia y Portugal.

La primera jornada se desarrolló con la celebración del primer panel dedicado a “Las relaciones laborales en Portugal e Italia”, bajo la moderación de las Profesoras Martínez Barroso y Álvarez Cuesta, intervinieron los Profesores José Martins dos Anjos Henriques y José Manuel Vaz Marta de Sampaio e Melo, ambos miembros del Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Port y la Universidad Politécnica do Porto, disertaron sobre el “Despido disciplinario en la Administración Pública en Portugal. Aspectos Prácticos” (Despedimento disciplinar na Administração Pública em Portugal. Aspectos Práticos).

En lo que respecta a las relaciones laborales en Italia, la Prof. Dra. Giuseppina Pensabene Lioni, Profesora de la Universidad de Palermo, pronunció la conferencia “La lucha contra el trabajo sumergido y la experiencia italiana del ‘voucher’, entre flexibilidad y seguridad” (La lotta contro il lavoro sommerso e l'esperienza italiana del "voucher" tra flessibilità e sicurezza), mientras el Profesor Dr. Marco Mocella, de la Universidad de degli Studi del Sannio, en Benevento, expuso las cuestiones básicas sobre “Despido disciplinario en Italia” (Licenziamento disciplinare in Italia).

La segunda jornada, moderada por el Prof. Fernández-Costales Muñiz, y continuando con la cuestión relativa a las relaciones laborales en Italia ya iniciadas en la jornada anterior, contó con un elenco de ponentes en el cual repetía la Profesora Dra. Giuseppina Pensabene Lioni, de la Universidad de Palermo, explicando, al hilo del conflicto de los estibadores portuarios en España, los “Aspectos relevantes del trabajo

portuario en Italia” (Aspetti rilevanti del lavoro portuale in Italia). El Prof. Dr. Marcello D’Aponte, de la Università Federico II de Nápoles, centró su ponencia en “Las reformas de la legislación laboral en Europa: la Ley Jobs Act en Italia” (La riforma del diritto del lavoro in Europa: la Legge Jobs Act in Italia), cerrando la jornada el Prof. Dr. D. Tommaso Pensabene Lioni, quien, desde una perspectiva constitucionalista analizó cuestiones sobre el “Trabajo y tutela multinivel: principios y derechos fundamentales. Una perspectiva constitucionalista” (Lavoro e tutela multilivello: principi e diritti fondamentali. Una prospettiva costituzionalistica).

El interesante contenido de las conferencias pronunciadas en el marco de las jornadas puede conocerse en los resúmenes aportados por los propios ponentes a continuación.

“DESPIDO DISCIPLINARIO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN PORTUGAL. ASPECTOS PRÁCTICOS” (Despedimento disciplinar na Administração Pública em Portugal. Aspetos Práticos)

Profesor José Martins dos Anjos Henriques. Instituto Superior de Contabilidade e Administração, Universidad Politécnica do Porto.

Profesor José Manuel Vaz Marta de Sampaio e Melo. Instituto Superior de Contabilidade e Administração, Universidad Politécnica do Porto.

Los Profesores José Martins y José Manuel Vaz Marta de Sampaio abordaron con amplitud y gran detalle la temática del despido disciplinario en la Administración Pública portuguesa, tratando su funcionamiento, características y particularidades. Desarrollando todos los aspectos de interés en la materia, ambas ponencias, complementarias una de otra, sirvieron para ilustrar a los presentes sobre todo el proceso disciplinario en un ámbito en el cual las especialidades resultan siempre mucho más marcadas que en el caso de los trabajadores por cuenta ajena fuera del sector público, al tiempo que, por contraste, pudieron destacarse las diferencias existentes con el sistema existente en España.

“LA LUCHA CONTRA EL TRABAJO SUMERGIDO Y LA EXPERIENCIA ITALIANA DEL ‘VOUCHER’, ENTRE FLEXIBILIDAD Y SEGURIDAD” (La lotta contro il lavoro sommerso e l’esperienza italiana del “voucher” tra flessibilità e sicurezza)

Prof. Dra. Giuseppina Pensabene Lioni. Doctora en Derecho por los Departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las Universidades de Valencia y Palermo. Professore a contratto di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale, Università Ca’ Foscari di Venezia. Professore a contratto di Diritto del Lavoro Comunitario e Internazionale, Università di Palermo (Polo di TP).

El fenómeno del trabajo sumergido es, sin duda, un tema central en el debate acerca de los nuevos retos y perspectivas de la política social y laboral europea y en él se reflejan muchos de los cambios sustanciales que se han realizado en estos últimos años de crisis económica.

Punto de partida para cualquier iniciativa europea orientada a la lucha, reducción y prevención del trabajo sumergido es el reconocimiento de la ambigüedad del fenómeno con respeto al cual todavía ni siquiera se ha conseguido alcanzar una definición unívoca –se habla de trabajo sumergido, informal, irregular, en negro, etc.–. Sin embargo, la Comisión Europea en una comunicación de 1998, cuyo contenido ha sido reiterado en 2007, ha especificado lo que entendemos por «trabajo no declarado» (*undeclared work*), de suerte que se trata de cualquier actividad retribuida que siendo legal en cuanto a su naturaleza no es declarada a las autoridades públicas, teniendo siempre en cuenta las diferencias existentes en los ordenamientos jurídicos de los países miembros. En efecto, como se ha subrayado por parte de la Comisión, existe un elevado grado de heterogeneidad del fenómeno en cuestión en el ámbito de los países miembros de la UE, incidiendo de forma distinta en función del contexto social, del ordenamiento jurídico y de las condiciones estructurales de cada uno de ellos.

A pesar de dichas dificultades, no cabe duda de que un cierto activismo institucional se ha puesto en marcha en estos últimos años. Además la atención prestada al fenómeno por parte de la Comisión Europea, del CESE, del Banco Mundial y de otras organizaciones internacionales e instituciones especializadas (como, por ejemplo, EUROFOND), corrobora la necesidad de luchar contra el trabajo sumergido a nivel europeo, porque incide negativamente no solo en el funcionamiento del mercado laboral, sino también en cuestiones colaterales como, por ejemplo, los viejos problemas del trabajo digno o de la inmigración clandestina.

Tras la Estrategia de Lisboa de 2000, la Estrategia Europa de 2020 sigue persiguiendo el objetivo del «*better job*» también a través de la lucha contra el trabajo sumergido, siendo además el regreso a la economía formal de las empresas sumergidas un factor cierto y duradero de recuperación económica. En el marco de la estrategia europea, la respuesta de los países miembros no abandona el enfoque de la “flexiseguridad” ante los desafíos que suponen la crisis económica en el corto plazo y los retos (presentes y futuros) de la globalización. En este sentido, los modelos más representativos son los mercados laborales danés, suizo, austriaco, alemán (que introdujo la figura del «*mini-job*») y belga (donde existe la institución del «*titres services*»). También debe constatarse la existencia de avance en países como Grecia, Francia y Austria (donde se han introducido los «bonos de servicios» para prestaciones de trabajo doméstico ocasional), y en Eslovaquia y Estonia donde se ha combatido la utilización fraudulenta del trabajo autónomo introduciendo una «*flax tax*» para evitar posteriores distorsiones en el régimen fiscal y de seguridad social entre trabajo autónomo y dependiente. Otros países como España han tratado de dar soluciones a muchos problemas pendientes, como, por ejemplo, el exceso de temporalidad en la contratación y el trabajo irregular, a través de nuevos modelos de concertación sindical (*vid.*, por ejemplo, el Acuerdo para la mejora y el crecimiento del empleo de 9 de mayo de 2006).

Por su parte, Italia introdujo, con la llamada “Reforma Biagi” (D.Lgs. n° 276/2003), el «*trabajo con voucher*» o «*buoni lavoro*», cuya disciplina ha sido modificada en varias ocasiones, siendo la penúltima de ellas con ocasión de la aprobación de la reforma del mercado laboral italiano a través del conocido como “*Jobs Act*” (D.Lgs. n° 81/2015), aprobado bajo el Gobierno Renzi, y que ha supuesto la derogación expresa de los artículos 70 a 73 del D.Lgs. 276/2003, reformulando integralmente el régimen de los *voucher*, que, a su vez, ha sido derogado por el D.L. n° 25/2017.

Los *voucher* consisten en unos bonos de trabajo con los que se paga el ejercicio de actividades laborales que se desempeñan casi siempre de manera ocasional y, en todo caso, según las exigencias del empleador. Como es bien sabido, el tema de los *voucher* ha sido especialmente debatido en Italia en estos últimos tiempos, ocupándose diariamente de ello la doctrina, la jurisprudencia, las opiniones sindicales y la prensa italiana. Ejemplo de la polémica suscitada lo encontramos en el hecho de que los sindicatos promovieron un referéndum de derogación de la regulación de los *voucher* que al final no se llegó a realizar puesto que, como se ha dicho, el D.L. n° 25/2017 ha derogado la totalidad de la disciplina del *voucher* contenida en los artículos 48, 49 y 50 del D.Lgs. n° 81/2015, manteniendo en vigor solo los bonos ya adquiridos.

El problema de los *voucher* no es su uso en si, sino el abuso que se ha hecho de ellos, sobre todo tras la entrada en vigor de la “reforma Fornero” (L. n° 92/2012) gracias a la cual la utilización de los bonos de trabajo se generalizó, al permitirse su uso no solo para el trabajo ocasional sino también para prestaciones laborales permanentes, pudiendo derivar en un peligroso aumento de la precariedad y disminución de las tutelas efectivas. Además, como también se ha afirmado por el Presidente del INPS –Sr. Boeri–, esta generalización del uso de los *voucher* ni siquiera ha favorecido que aflore el trabajo sumergido, finalidad ésta –la regularización del trabajo sumergido– que había justificado la introducción en el ordenamiento italiano de esta figura. Ahora bien, la derogación de la regulación de los *voucher* representa la oportunidad para una reconsideración sistemática de dicha figura con el objetivo de aclarar las zonas de claroscuro entre flexibilidad y seguridad.

Es necesario plantearse la cuestión de si la figura del *voucher* es compatible con los principios rectores de la lucha contra el trabajo sumergido elaborados a nivel europeo, señaladamente con el principio de la flexiseguridad. En otros términos, cabe preguntarse hasta qué punto se garantiza la seguridad del trabajador allí donde se ha introducido tanta flexibilidad. En efecto, el abuso del *voucher* puede determinar la sustitución del binomio “flexibilidad/seguridad” por la dicotomía “hiperflexibilidad/hiposeguridad”, vulnerándose de esta manera aquel “equilibrio sensato” entre ambos conceptos (flexibilidad y seguridad) del cual habla amenudo la OIT en sus notas significativas sobre esta materia. Sentado lo anterior, sería necesario adoptar medidas, no solo preventivas de disuasión del trabajo en negro y de promoción del trabajo regular, sino además, y sobre todo, medidas esencialmente culturales para reducir tanto el atractivo para los trabajadores del trabajo no declarado, como la aceptación social de la economía sumergida, a través de la difusión de una ética fiscal más fuerte y de una mayor sensibilización de la opinión pública, frente a la globalización económica y los cambios sociales y demográficos, a los cuales asistimos en el día a día.

“DESPIDO DISCIPLINARIO EN ITALIA” (Licenziamento disciplinare in Italia)

Profesor Dr. Marco Mocella. Professore Ricercatore della Università degli Studi del Sannio, Benevento.

1. Introduzione

La disciplina dei licenziamenti in Italia era rimasta sostanzialmente immutata dal 1990-1991, quando furono riformate le leggi sui licenziamenti individuali (l. 108/1990) e introdotta quella dei licenziamenti collettivi (l.223/91). La riforma della l. 92/2012 (Legge Fornero) e del d.lgs 81/2015 (Jobs act) hanno profondamente modificato tale assetto.

Le principali novità delle due riforme hanno riguardato la riduzione degli obblighi procedurali, in particolare la comunicazione delle ragioni del recesso e, soprattutto, il regime delle sanzioni, con la scomparsa quasi completa della reintegrazione.

Occorre ancora osservare che la riforma del 2015 si applica soltanto ai lavoratori assunti dopo il marzo 2015, mentre per tutti gli altri trovano applicazione le norme antecedenti come riformate nel 2012.

2. Le sanzioni per i licenziamenti illegittimi

Le maggiori novità delle riforme hanno riguardato la riduzione dell'ambito di applicazione del regime di tutela reale (reintegrazione). In passato, nelle imprese con oltre 15 dipendenti, per qualunque vizio del licenziamento si applicava la reintegrazione. Oggi invece la sanzione è legata alla tipologia di vizio riscontrato nell'atto.

La riforma del 2012, e quindi con applicazione a tutti i lavoratori assunti fino al marzo 2015, ha introdotto quattro tipologie di sanzioni:

La cd. *tutela reale forte*, è oggi riservata, indipendentemente dal numero di dipendenti, ai casi di licenziamento intimati per motivi gravi: matrimonio, maternità (anche adottiva), altri casi di nullità previsti dalla legge, mancanza di forma scritta (M. De Cristofaro, G. Gioia, *Il nuovo rito dei licenziamenti*, 384). Dopo il 2015, anche la disabilità fisica o psichica del lavoratore costituisce motivo di reintegrazione forte (articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68). Essa prevede la riammissione in servizio e un risarcimento del danno pari a tutte le retribuzioni perdute dal lavoratore *medio tempore*.

La seconda tipologia sanzionatoria, definita *tutela reale debole*, prevede che il lavoratore sia reintegrato ma limita fortemente le conseguenze risarcitorie per il lavoratore e le conseguenze connesse alla reintegra per il datore. In particolare viene previsto un tetto massimo al risarcimento del danno che non potrà superare le dodici

mensilità. (Consolo C., Rizzardo D., *Vere o presunte novità*, 731; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio*, 430; A. Vallebona, *La riforma del lavoro del 2012*, 60; L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio*, 240; C. Cester, *I quattro regimi sanzionatori*, 70-71).

Tale sanzione ricorre quanto il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa. Ancora, il giudice può applicare tale disciplina quando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. (in dottrina Santoro Passarelli G., *Il licenziamento per giustificato motivo*, 236-7; R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare*, 1067; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio*, 440; M. Persiani, *Il fatto rilevante*, 1ss; F. Carinci, *Ripensando il nuovo articolo 18*, 495-196; M.T. Carinci, *Il licenziamento*, 1058).

Le ultime due forme di tutela sono *la tutela indennitaria forte*, la quale prevede infatti un risarcimento del danno variabile da dodici a ventiquattro mensilità, quella *debole* da sei a dodici mensilità.

L'indennità risarcitoria forte si applica nelle ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa ma non si rientri nelle fattispecie per le quali è prevista la tutela reintegratoria.

Diversamente, la tutela risarcitoria debole trova applicazione nel caso in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione, della procedura di cui all'articolo 7 della presente legge, o della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

Con la riforma del 2015, invece, a parte le ipotesi della tutela forte viste sopra, si prevede un'unica sanzione, cioè due mensilità per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità).

Unica eccezione è prevista nel caso in cui, nelle ipotesi di licenziamento disciplinare, venga dimostrata l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore (Pessi R., *Il notevole inadempimento*, 26ss). Solo per tale ipotesi, dunque, è ancora sussistente la tutela reale debole. (Carinci F., *Jobs Act*, 1ss).

Per le imprese minori, la reintegrazione è possibile solo per i licenziamenti nulli mentre l'ammontare dell'indennità risarcitoria è dimezzato, con un minimo quindi di una sola mensilità.

3. L'obbligo di forma scritta e di comunicazione dei motivi

La disciplina degli obblighi formali connessi al licenziamento ha subito notevoli cambiamenti in virtù della novella operata dalla l.92/2012. Resta sostanzialmente invariato l'obbligo di forma scritta del licenziamento, introdotto dall'art. 2 della l. 604/66 ed esteso, per effetto della l. 108/1990, a tutti i datori di lavoro, anche non imprenditori, indipendente dal numero di lavoratori occupati, compresi i dirigenti.

Restano esclusi dall'obbligo di forma scritta: il rapporto di lavoro domestico (art. 4 della l. 108/1990), i lavoratori ultrasessantenni, in possesso dei requisiti pensionistici, che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro (art. 4, comma 2, della l. 108/1990); i lavoratori assunti in prova (art. 10 l. 604/1966).

Notevoli innovazioni sono invece introdotte per la comunicazione dei motivi del licenziamento.

Prima della l. 92/2012, il lavoratore poteva richiedere entro quindici giorni dalla ricezione del licenziamento la comunicazione dei motivi, qualora non contestuali, ed il datore aveva l'onere di comunicarli entro i successivi sette. La conseguenza della mancata o intempestiva comunicazione nei termini era sanzionata con l'inefficacia del recesso, cioè con la medesima sanzione prevista in caso di licenziamento orale.

La riforma interviene in due direttrici per gli aspetti formali: da un lato, imponendo al datore di comunicazione contestualmente al recesso le motivazioni dello stesso; dall'altro limitando, nonostante la lettera della legge, alla mancanza di forma la sanzione dell'inefficacia e riconducendo invece alla minore delle sanzioni previste dal novellato art. 18 l'omissione della motivazione, vale a dire una sanzione da un minimo di sei ad un massimo di dodici mensilità (art. 18 comma sesto).

4. Licenziamento disciplinare

Risultano affievolite anche le conseguenze della violazione delle procedure di cui agli artt. 7 dello Statuto in tema di licenziamento disciplinare (A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, 425; V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, 305 ss.; Vallebona A., *La riforma del lavoro*, 65); F. Carinci, *Il licenziamento inefficace*, 73).

Sebbene la procedura prevista non sia stata modificata, il mancato rispetto dei primi tre commi dell'art. 7 St. Lav., che era precedentemente comportava la reintegrazione nelle aziende con più di 15 dipendenti (Corte Cost. 23/11/94 n. 398 in Dir. Lav., 1994, II, p.515ss), comporta ora l'applicazione la sola applicazione del sesto comma dell'art. 18vale a dire la sola sanzione indennitaria dimezzata (C. Pisani, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge 92 del 2012*, 264ss).

Con la riforma del 2015, in caso di mancata comunicazione della motivazione del licenziamento o della procedura dei licenziamenti disciplinari il datore di lavoro viene condannato esclusivamente al pagamento di un'indennità pari ad una mensilità per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità.

5. Licenziamento per ragioni economiche

A seguito della riforma del 2012, per il licenziamento individuale per ragioni economiche che fosse risultato privo di giustificazione occorre distinguere il caso in cui il fatto posto a base del recesso fosse risultato inesistente da quello in cui, pur esistente, non fosse stato ritenuto sufficientemente grave. Nella prima ipotesi si avrà

la reintegrazione cd. affievolita (reintegrazione con risarcimento del danno forfettario), nella seconda indennità risarcitoria forte (12-24 mensilità ma senza reintegrazione).

Con la riforma del 2015, invece, per i licenziamenti per ragioni economiche individuali viene del tutto meno la possibilità di ottenere la reintegrazione anche nel caso in cui si dimostrasse l'assoluta inesistenza della ragione oggettiva posta a base del recesso.

6. Licenziamenti collettivi

Anche la disciplina dei licenziamenti collettivi, ed in particolare la procedura di consultazione, è stata modificata dalla l. 92 del 2012. In particolare, la novella ha previsto la possibilità per l'imprenditore di inviare la comunicazione finale non più necessariamente contestuale ai licenziamenti degli elementi previsti dall'art. 4 comma nono; delle modifiche al regime sanzionatorio; l'efficacia sanante di eventuali vizi della procedura dell'accordo raggiunto in sede sindacale; l'applicabilità del nuovo termine di decadenza previsto per i licenziamenti individuali.

La previsione in base alla quale il raggiungimento di un accordo ha effetto sanante di eventuali vizi della procedura recepisce un'interpretazione già fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria, che aveva riconosciuto tale possibilità alle parti nel corso della procedura.

Le modificazioni operate al regime sanzionatorio rispondono invece all'esigenza di raccordare le novità in tema di sanzioni per i licenziamenti ai vizi dei licenziamenti collettivi. Viene quindi previsto, oltre ad una espressa applicazione della tutela forte in caso di inosservanza della forma scritta, un ridimensionamento della tutela accordata in caso di violazione della procedura (da 12 a 24 mensilità) e l'applicazione di un regime di tutela reintegratoria debole in caso di violazione dei criteri di scelta (Lambertucci P., *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012 n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, 242ss; L. Lorea, *Riduzione di personale e articolazione della disciplina del licenziamento: le tutele procedurali*, 487ss).

La riforma del 2015 ha confermato la sanzione della nullità per il licenziamento intimato senza l'osservanza della forma scritta, ma prevedendo che, in caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applichi esclusivamente il regime risarcitorio laddove il precedente sistema prevedeva la reintegrazione in caso di violazione dei criteri di scelta.

7. Conclusioni

Appare evidente come, soprattutto a seguito delle riforme del 2015, siano presenti per i lavoratori rischi di abusi nella fase di individuazione dei lavoratori da licenziare. Con la riforma del 2012, un licenziamento intimato ad un lavoratore privo del tutto di fondamento, e quindi probabilmente frutto di un abuso diretto specificamente nei suoi

confronti, era sanzionato sempre con la reintegrazione, sebbene debole. In particolare, la violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, l'assoluta inesistenza del fatto che provocava il licenziamento disciplinare o per ragioni economiche, tutte ipotesi che possono nascondere un abuso del datore di lavoro, sono sanzionate con la reintegrazione. Diversamente, per i lavoratori assunti dopo il 2015, soggetti quindi al Jobs Act, tali ipotesi non daranno mai luogo a reintegrazione ma solo a risarcimento del danno, con eccezione dell'inesistenza assoluta del fatto posto a base del licenziamento disciplinare.

Sebbene qualora il lavoratore riesca a provare un'eventuale discriminazione nei suoi confronti potrà beneficiare della tutela reale forte, è noto come la prova di tale discriminazione o motivo illecito sia estremamente difficile, per cui la posizione del lavoratore nel rapporto esce sensibilmente indebolita, in particolare dalla riforma del 2015.

“ASPECTOS RELEVANTES DEL TRABAJO PORTUARIO EN ITALIA” (Aspetti rilevanti del lavoro portuale in Italia)

Giuseppina Pensabene Lioni. Doctora en Derecho por los Departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las Universidades de Valencia y Palermo. Professore a contratto di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale, Università Cafoscari di Venezia. Professore a contratto di Diritto del Lavoro Comunitario e Internazionale, Università di Palermo (Polo di TP).

La posibilidad de reflexionar sobre el trabajo portuario italiano surge con ocasión de lo que ha pasado muy recientemente en España con referencia a la conocida y agitada reforma de la estiba. Dicha reforma se enmarca en la tendencia europea, desarrollada en estas últimas décadas, hacia la liberalización del sector de la estiba, un sector tradicionalmente controlado de forma monopolística en los países europeos.

Igual que ha ocurrido a España, Italia también tuvo que modificar su legislación en 1994 como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 1991 (c. n. C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova y Siderurgica Gabrielli*) que dictaminó que los estibadores italianos no se regían por las normas de «libre competencia». En efecto, antes de la entrada en vigor de la Ley nº 84/1994 que regula el trabajo portuario en Italia, existía un modelo particular, en virtud del cual tanto la gestión directa como la administración de los principales puertos italianos venían atribuidas a los «entes portuarios», cuyo *modus operandi* no era muy diferente respecto al de las “SAGEP” españolas, puesto que dichos entes gozaban de derechos exclusivos para suministrar mano de obra para todas las operaciones portuarias que implicaban un contacto entre los productos y el muelle. Así pues, se trataba de un sistema parasitario, que además de conllevar la vulneración de los principios europeos relacionados con la libertad de establecimiento, tenía una vertiente negativa en términos de ausencia de un régimen competitivo en el sector

italiano de servicios de estiba portuaria, caracterizado por su debilidad, derivada de un exceso de plantilla y baja productividad.

En atención a lo establecido por el TJUE, el legislador italiano, con la Ley nº 84/1998, de «reordenación de la legislación en materia portuaria», suprimió los entes portuarios, sustituyéndoles por las «autoridades portuarias» –sujetos públicos encargados de funciones de administración, vigilancia y dirección–, y dejó a los operadores privados –en el ámbito del libre mercado competencial– la tarea de suministrar las operaciones y los servicios portuarios, siempre que hubiesen obtenido la necesaria autorización administrativa.

A este respecto, verdaderamente se debe destacar que la Ley nº 84/1994 ha tenido el mérito de abrir el sistema portuario italiano a las lógicas del mercado libre y competencial; como es verdad también que, hoy en día, ello ya no es suficiente para permitir a los puertos italianos ajustarse a los más modernos y eficientes modelos existentes en el resto de Europa, sobre todo en países como Reino Unido y Holanda que se abrieron al mercado de forma voluntaria sin hacerlo a petición de Bruselas como en el caso de Italia o España. En especial, el modelo italiano de estiba portuaria presenta dos aspectos problemáticos. Por un lado, hay aspectos de la actividad de estiba que no están regulados o están mal regulados: piénsese, por ejemplo, en el suministro de la mano de obra temporal o en las prácticas de «heredar» los puestos de estibadores o en el veto tácito a las mujeres para trabajar como estibadoras o en la endémica escasez de la presencia sindical o en la mala integración de los puertos italianos con el resto del transporte terrestre. Por otro lado, la fragilidad y la fragmentación del sistema portuario hace que Italia no utilice el transporte marítimo en todo su potencial. A ello se añade que la realidad portuaria italiana es muy variada, de suerte que cada puerto presenta su particular problemática, siendo inevitable la dispersión de la financiación ante un número tal vez excesivo de muelles de interés nacional (debe recordarse, entre otros, los muelles de Trieste, Venecia, Gioia Tauro, Palermo, Genova, Naples).

A la luz de todo lo dicho, habría que «agitar las conciencias» y volver a plantear la reordenación jurídica del trabajo portuario en Italia, no solo por el valor vital de la estiba –lo que concierne todos los países europeos– sino también por algo que interesa específicamente a Italia: su posición estratégica, que todavía hace falta valorar adecuadamente.

El reto es incrementar la competencia de los puertos nacionales con la finalidad también de captar los tráficos de los «nuevos mercados» (China, Japón, América), desarrollando tanto nuevos modelos de *governance*, como un mercado laboral de servicios portuarios basados sobre el concepto de competitividad, para que el sistema portuario italiano elimine su debilidad frente a la globalización del comercio marítimo y a la creciente utilización de los contenedores.

**“LAS REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN LABORAL EN EUROPA:
LA LEY JOBS ACT EN ITALIA” (La riforma del diritto del lavoro in
Europa: la Legge Jobs Act in Italia)**

Profesor Dr. Marcello D’Aponte. Patrocinante in Cassazione. Professore di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Nell’ambito del I Seminario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, il Prof. Marcello D’Aponte dell’Università di Napoli Federico II-Dipartimento di Scienze Politiche, ha tenuto una lezione su “*La riforma del lavoro in Europa: la legge Jobs Act in Italia*”.

In particolare, il Prof. D’Aponte ha evidenziato come il nuovo quadro giuridico derivante dall’imponente riforma del diritto del lavoro italiano, sia destinato a mutare profondamente il quadro del mercato del lavoro nazionale, nell’ambito di un più ampio sistema di riforme che hanno interessato negli ultimi anni i sistemi giuridici del lavoro dei principali paesi europei.

La riforma del c.d. *Jobs Act*, con una pluralità di provvedimenti emanati nel volgere di circa due anni, dalla legge delega con cui il Parlamento ha incaricato il Governo di emanare una serie di decreti legislativi, fino ai provvedimenti attuativi succedutisi in tale arco temporale, ha completamente ridisegnato il sistema di regole e di protezione sociale italiano. Ciò si è verificato attraverso misure intervenute in almeno cinque direzioni:

- Riforme del sistema di sicurezza sociale per i soggetti esclusi dal lavoro;
- Riforme del sistema di sicurezza sociale per i soggetti in attività;
- Riforma della disciplina dei licenziamenti individuali;
- Riforma della disciplina della maternità e dei tempi di lavoro;
- Riforma dei contratti di lavoro.

A queste iniziative si sono poi aggiunte riforme riguardanti i servizi di controllo; riforme dei servizi per l’impiego e, infine, una serie di riforme di carattere amministrativo.

La logica del provvedimento consiste in una più agevole possibilità di ricorrere al licenziamento individuale dei lavoratori, a cui corrisponde l’introduzione di elementi di maggiore protezione sociale per le conseguenze della perdita del posto di lavoro.

In poche parole, il legislatore italiano ha inteso introdurre marcati elementi di c.d. *flexicurity*, con la finalità di rendere il mercato del lavoro più agile e cioè di agevolare la possibilità delle aziende di avvalersi di meccanismi di flessibilità, in ragione della necessità di assecondare i cicli economici e produttivi, compensati tuttavia con dosi più massicce di misure di protezione sociale allo scopo di evitare che tali opportunità riconosciute alle imprese finiscano con l’incrementare la precarietà. Allo stesso tempo, è intervenuto anche sulla valorizzazione della capacità del lavoratore di essere occupabile nell’intero arco della propria vita professionale, incrementando la sua

inclinazione alla formazione e all'arricchimento delle conoscenze acquisite: il principio che si è così inteso favorire è quello della realizzazione di meccanismi di più agevole incontro tra domanda e offerta di lavoro, tutoraggio ed assistenza all'impiego, per realizzare un mercato del lavoro al contempo più flessibile e dinamico, anche attraverso un ruolo più significativo e propulsivo rimesso alle agenzie per il lavoro, il cui ruolo è stato ulteriormente accresciuto e rafforzato.

Il risultato è, tuttavia, quanto meno discutibile, sia perché a fronte di un'immediata semplificazione delle possibilità di procedere al licenziamento individuale dei lavoratori non corrisponde un altrettanto efficace sistema di protezione sociale, rimesso all'implementazione di complessi meccanismi organizzativi e, non di rado, di trasformazione culturale, sia in quanto questi ultimi, peraltro senza che ad essi siano attribuite adeguate risorse finanziarie, non sembrano comunque idonei a compensare in maniera altrettanto significativa ed efficace il bene ed i valori che dovrebbero proteggere.

Orbene, per quanto riguarda le c.d. *riforme del sistema di sicurezza sociale per i soggetti esclusi dal lavoro*, l'intervento più significativo ha riguardato la c.d. «NASPI» che, in sostituzione della precedente indennità di disoccupazione, costituisce un'indennità mensile da riconoscere a tutti i lavoratori, con eccezione dei funzionari pubblici, avente la funzione di costituire uno strumento di sostegno al reddito per i salariati che abbiano perduto involontariamente il loro posto di lavoro. Il sistema di calcolo è particolarmente complesso e, comunque, è riconosciuta per un periodo di tempo che non può superare un arco temporale pari ad un anno e mezzo.

L'aspetto più interessante è costituito dalla previsione che l'erogazione di tale indennità sia condizionata alla regolare partecipazione alle iniziative dei corsi di lavoro e di ricollocazione organizzati dai servizi di impiego pubblici e a tale scopo la legge prevede anche la possibilità che con il lavoratore sia sottoscritto un apposito contratto con l'erogazione di una specifica dote economica che sia idoneo a favorire l'acquisizione di più agevoli possibilità di trovare impiego. Senonché, a distanza di circa tre anni dall'entrata in vigore di tale previsione non risulta che siano stati attivate iniziative adeguate in tale direzione, con la conseguenza che il precariato in caso di disoccupazione involontaria dovuto a crisi aziendale o licenziamento ingiustificato costituisce una ragionevole probabilità, a fronte della carenza di iniziative di sostegno, mentre comunque, di fatto, l'indennità viene erogata ugualmente.

La conseguenza, tuttavia, è quella di un indennizzo che si protrae per 18 mesi dalla perdita del posto di lavoro, senza alcuna forma di sostegno alla futura ricollocazione sul mercato del lavoro che, soprattutto ad una certa età, diviene sempre più scarsamente ipotizzabile, rimettendo solo all'iniziativa privata e a notevoli sacrifici, la possibilità che essa si verifichi.

Per quanto riguarda poi le c.d. *riforme del sistema di sicurezza sociale per i soggetti in attività*, l'intervento più rilevante riguarda la riforma dei c.d. ammortizzatori sociali, con estensione delle prestazioni di sostegno al reddito e integrazione salariale ordinarie, cioè in caso di crisi aziendale temporanea e straordinarie, cioè in caso di contratti di solidarietà, ristrutturazione o riconversione, ad esclusione della cessazione

di attività, in favore anche di collaboratori occasionali e degli apprendisti e l'estensione ad un più ampio numero di imprese ed attività.

La riforma della disciplina dei licenziamenti individuali rappresenta tuttavia l'aspetto più rilevante e significativo dell'intera revisione delle regole del mercato del lavoro.

Come si è detto in precedenza, infatti, il legislatore italiano, pur senza intervenire sui concetti di c.d. «giusta causa» e «giustificato motivo» di licenziamento, ha provveduto a modificare il meccanismo sanzionatorio, soprattutto in caso di licenziamento disciplinare, rendendo molto più agevole, quindi, ricorrere ad un licenziamento in quanto, in caso di declaratoria di illegittimità del provvedimento, le conseguenze non consistono più, come in passato, nella c.d. reintegrazione nel posto di lavoro, salvo quando questo non sia nullo perché ad esempio adottato per ragioni ritorsive o discriminatorie, bensì nell'erogazione di una somma di danaro attraverso la quale poi il rapporto di lavoro viene dichiarato comunque risolto.

L'introduzione generalizzata del pagamento di una somma di danaro a titolo risarcitorio, determinata automaticamente in base alla pregressa anzianità di servizio, pari a due mensilità per ogni anno di servizio fino ad un massimo di 24 e non più nemmeno individuata secondo una valutazione discrezionale del giudice, diviene quindi la regola, lasciando alla reintegrazione nel posto di lavoro uno spazio residuale in casi precisi previsti dalla legge.

Tale meccanismo, quindi, mira ad agevolare sia i licenziamenti disciplinari, sia, soprattutto, quelli economici, prevedendo quindi la possibilità di reintegrazione solo all'ipotesi residuale della c.d. insussistenza del fatto materiale, su cui la giurisprudenza e la dottrina vanno ampiamente interrogandosi per meglio circoscrivere e definire la fattispecie.

Il risultato complessivo, come può vedersi, è quello di rendere molto più agevole il licenziamento individuale, così come va ormai delineandosi nei principali sistemi europei ma la conseguenza è quella, senza dubbio, del rischio di un sensibile incremento della precarizzazione, in quanto il legislatore si preoccupa di tutelare le esigenze di protezione economica del datore di lavoro piuttosto che quella sociale del prestatore di lavoro, posto al di fuori del mercato del lavoro.

La riforma della disciplina della maternità e dei tempi di lavoro interviene invece in una prospettiva di parziale compensazione dell'irrigidimento delle conseguenze protettive per la perdita del posto di lavoro, provvedendo invece ad incrementare il sistema di garanzie a protezione del valore della conciliazione dei tempi di vita e lavoro: possibilità di fruizione non soltanto a giorni ma anche ad ore, estensione ad entrambi i genitori, allargamento fino ai dodici anni di età del bambino rispetto agli otto previsti dalla disciplina previgente.

Anche tale misura si inserisce nel solco delle indicazioni provenienti a livello comunitario, allo scopo di uniformare le misure di sostegno alla maternità tra i Paesi membri, sul presupposto che la crisi dell'occupazione femminile costituisce uno degli aspetti più critici di un'equilibrato sviluppo del mercato del lavoro.

Infine, un ulteriore aspetto della lezione del Prof. D'Aponte, ha riguardato il tema della *riforma dei contratti di lavoro*.

Anche da tale punto di vista, infatti, come in materia di licenziamenti individuali, la finalità del legislatore è quella di introdurre massicce dosi di flessibilità gestionale che possono essere solo parzialmente compensate da una diversa articolazione delle relazioni sindacali, tuttavia influenzate da una posizione certamente più debole delle organizzazioni sindacali rispetto al passato, essendo infatti queste ultime chiamate a contrattare le maggiori dosi di flessibilità nel mercato del lavoro introdotte dalle nuove norme, gestendone le conseguenze anche in termini di opportunità di protezione sociale e sviluppo.

Per effetto delle modifiche introdotte da uno dei decreti attuativi del c.d. *Jobs Act*, si assiste infatti, adesso, ad una riscrittura delle norme in materia di mansioni, con il riconoscimento, in favore del datore di lavoro, della possibilità di modificare le mansioni del lavoratore, nell'ambito della qualifica attribuita, anche in senso inferiore: anche da tale punto di vista, ciò influenzerà in misura sensibile la contrattazione collettiva, con la probabile tendenza alla riscrittura dei profili professionali previsti in ciascun ambito.

Sempre nel quadro delle indicazioni provenienti dall'UE, la norma poi amplia la possibilità di ricorrere al contratto di lavoro part-time; l'ampliamento ed il rafforzamento del ricorso al contratto di apprendistato; individua un limite di 400 giorni nell'arco di un triennio per il c.d. job on call; pone un argine al ricorso indiscriminato al contratto a tempo determinato, stabilendo la previsione del limite massimo di 36 mesi nell'ambito della percentuale del 20% dei lavoratori assunti a tempo indeterminato e del ricorso alla somministrazione, per la quale viene stabilito un limite invece del 10%.

Ciò consente di continuare a ritenere che il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisca lo strumento principale di riferimento, seppur in un quadro di sensibile attenuazione dei sistemi di protezione e tutele per come sono stati introdotti in Italia, in misura crescente, a partire dalla fine degli Anni Sessanta.

**“TRABAJO Y TUTELAS MULTINIVEL: PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA”
(Lavoro e tutela multilivello: principi e diritti fondamentali. Una prospettiva costituzionalistica)**

Professor Dr. Tommaso Pensabene Lioni. Professore a contratto di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Palermo (Polo di AG). Già Assegnista di Ricerca di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

El artículo 1 de la Constitución italiana (en adelante CI) se abre estableciendo que “*Italia es una República democrática basada sobre el trabajo*”. Así pues, la opción de los padres constituyentes ha consistido en señalar el “trabajo” como fundamento del mismo ordenamiento constitucional.

Todo ello significa no sólo que se califica el derecho al trabajo como derecho fundamental (en efecto, se encuentra en el *incipit* de la primera parte de la Constitución dedicada a los “principios fundamentales”), sino también que el “derecho al trabajo” se utiliza como *parámetro* en base al cual se determina la extensión de todo el sistema de valores constitucionales (a este propósito, es suficiente recordar, por ejemplo, los arts. 4, 35, 36, 37, 38, 39, 40 CI).

A dicho variado cuadro normativo se suman, además, otros principios constitucionales que, a través del derecho del trabajo, extienden con amplitud su ámbito de aplicación: el derecho a la salud *ex art 32 cost.* (que llega a ser el fundamento constitucional de la obligación de seguridad); el art 2 CI, al cual se conecta la naturaleza del derecho del trabajo como “derecho *inviolable*” (constituyendo, pues, el fundamento constitucional de la tutela resarcitoria, por ejemplo, por daños causados por la práctica del *mobbing*), el principio de igualdad sustancial *ex art. 3, apartado 2º, CI*, que representa el fundamento constitucional del “principio antidiscriminatorio en materia laboral” (entre hombre y mujer, entre trabajador temporal y trabajador indefinido; entre trabajador a tiempo completo y trabajador a tiempo parcial, etc.).

Así bien, dicha “centralidad” del derecho al trabajo en el sistema constitucional italiano corrobora que su naturaleza es el “*centro y el arquetipo de los derechos sociales*”, como afirmaba Isensee en una definición a la cual reenvía W. Schmidt (*vid.* “I diritti fondamentali sociali nella Repubblica Sociale Tedesca”, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981), y la doctrina constitucionalista italiana en general (v. A. Baldassarre, “Diritti sociali”, en *Enc. Giur. Treccani*, XI vol., p. 14).

Así pues, según la postura doctrinal tradicional, en base al sistema dibujado por la CI, el trabajo habría tenido que constituir “el fundamento” de todos los fenómenos dependientes: del trabajo habrían tenido que depender las políticas económicas y ocupacionales, y de dichas políticas habría tenido que depender la regulación de la economía.

No obstante –como ha sido destacado en doctrina– hoy en día, dicho paradigma se ha invertido, representando la *economía* (y no el *trabajo*) el fundamento de todo. En especial, lo que ocurre (siendo aceptado a nivel constitucional) es que la *lex mercatoria* prevalece sobre cualquier derecho que sea incompatible con la misma (incluido el derecho al trabajo según su concepción tradicional).

En efecto, no se puede negar que el impacto del ordenamiento de la Unión Europea (con el consecuente cambio del papel económico del Estado en el ámbito del fenómeno de integración europea) y fenómenos, incluso económicos, como la globalización han determinado la ausencia de principios claves sobre los que fundamenta nuestro “sistema constitucional clásico”, llevando a cabo, en consecuencia, la radical debilidad de las tutelas del trabajador, y en especial: a) la reducción del sistema del *welfare*; b) la reducción de las formas de empleo asistencial; c) la (cada vez mayor) *derogabilidad* de los convenios colectivos; d) y, sobre todo, la amplia flexibilidad del empleo y la consecuente debilidad de las tutelas para los trabajadores a tiempo

indefinido (en este sentido, ejemplo emblemático en Italia es el “*contratto a tutele crescenti*”, introducido por el *Jobs Act*).

A la luz de todo ello, cabe preguntarse si es todavía posible reconocer en el “derecho al trabajo” un papel central, *rectius* “*fundamental*”, bajo el perfil constitucionalista.

Probablemente, se puede todavía contestar a esta pregunta afirmativamente.

En efecto, aunque se reconocen los cambios sustanciales del sistema histórico –económico y la consecuente e inevitable evolución de la misma “forma” de relaciones laborales (trabajo flexible, inmaterial, etc.)– es posible volver a considerar la centralidad del “derecho al trabajo”, valorando su “dimensión incompresible” (es decir, su dimensión de “derecho fundamental”). Dicha dimensión va más allá de la “visión mercantilista”, y consiste en la idoneidad del “trabajo” al ser un instrumento constitucional dirigido a la materialización de la “dignidad social” y de la “personalidad” del trabajador.

Así pues, dicha perspectiva ofrece una interpretación constitucionalmente orientada del nuevo sistema económico compatible con la CI y con la conservación de la centralidad del derecho al trabajo.

En efecto, la *lex mercatoria*, la economía globalizada y las “nuevas formas de trabajo” (con las consecuentes *flexibilidad del empleo* y *reducción de las tutelas*) no constituyen, en sí, fenómenos contrarios a la configuración constitucional italiana; sino que al contrario, pueden encontrar pleno reconocimiento en la Constitución (cabe recordar, a este propósito, que el art 35, de hecho, tutela el trabajo “*en todas sus formas*”).

No obstante, todo ello puede ser plausible solo bajo una condición: que las reglas del mercado no superen nunca el límite de la “dignidad humana”, expresamente reconocido también por el derecho de la Unión Europea.

Así pues, dicha configuración vuelve a atribuir “centralidad al trabajo”, haciendo que ello represente el “límite constitucional” entre lo que se puede hacer y lo que no se puede hacer en nombre de la economía; puesto que el cambio del sistema económico, si, por un lado, puede legítimamente determinar unas desventajas para el trabajador, por otro lado, nunca podrá justificar –en base a las exigencias económicas del mercado– formas de trabajo degradantes, opresivas o alienantes.

Actas del PAGID 2016

Experiencias docentes para fomentar el trabajo autónomo: Coloquios transoceánicos-Experiencia docente Eje Norte

Financiado por la Universidad de León

El Grupo de Innovación Docente Derecho Penal de la Universidad de León (GID DP-ULE) ha desarrollado durante el curso 2016/2017 el PAGID 2016 titulado Experiencias docentes para fomentar el trabajo autónomo: Coloquios Transoceánicos-Experiencia docente Eje Norte.

Siguiendo con la línea de actuación iniciada en el PAGID 2015, en este curso académico el GID ha desarrollado otras metodologías docentes que permiten fomentar el trabajo autónomo del alumno. Con su ejecución se ha podido trabajar en distintas competencias transversales (es, por tanto, una metodología perfectamente trasladable a cualquier titulación universitaria), al tiempo que se han reforzado las competencias generales y específicas de las titulaciones impartidas en la Facultad de Derecho (en esta ocasión el proyecto se ha centrado en alumnos del Grado en Derecho).

Por otro lado, el PAGID 2016 ha sido planteado atendiendo a la composición del GID; es un grupo que responde a la fórmula 4I: es interdisciplinar (profesores de varias áreas de ciencias sociales y jurídicas), es interuniversitario, es internacional (profesores de varias Universidades, españolas y extranjeras) y es interprofesional (está formado por profesores e investigadores y por profesionales del ámbito jurídico: fiscales y jueces principalmente).

El PAGID 2016 se ha construido sobre dos metodologías, en parte diferenciadas: el Seminario-Coloquio y el Estudio de caso-Eje Norte. El primero se ha realizado con estudiantes del Grado en Derecho de las Universidades de León y EAFIT (Medellín, Colombia); el segundo se ha desarrollado con estudiantes del Grado en Derecho de las Universidades de León y Pública de Navarra (y participación en sus distintas fases también de los profesores de las Universidades de Vigo y Oviedo).

COLOQUIOS TRANSOCEÁNICOS

Esta experiencia docente ha sido aplicada durante el primer cuatrimestre del curso 2016/2017 en la asignatura de Derecho Penal I. Introducción y consecuencias jurídicas del delito, de 2º de Grado en Derecho de la ULE. Por parte de la Universidad

EAFIT, la metodología docente ha implicado a los alumnos de Pregrado en Derecho, concretamente a los alumnos del Semillero de Derecho Penal.

Centrando la explicación en los alumnos de la ULE, el plan de ejecución ha sido el siguiente: en la primera fase se ha hecho la presentación de la experiencia-selección de alumnos que han participado en la misma. Dadas las características de la metodología docente y la implicación de alumnos de dos Universidades, no ha sido posible involucrar a los 160 alumnos matriculados en la asignatura de Derecho Penal I. Esta primera fase ha finalizado con la selección de 12 alumnos de 2º de Derecho, que han formado 6 grupos (2 alumnos por grupo), a los que se ha asignado un tema para su estudio y análisis.

Los alumnos y temas seleccionados han sido los siguientes:

- Verónica González Piñero y Vicente Prieto Valtuille, El sistema penitenciario español en datos estadísticos.
- María Santisteban Castro y Roberto Prada Gallego, La incidencia de las reformas penales de 2003, 2010 y 2015 en el sistema de penas y en el sistema penitenciario.
- Francisco Vila Conde y Jaime García Cañón, Tratamiento penal y penitenciario del terrorismo.
- Álvaro Álvarez García y Javier Muñoz de la Iglesia, Tratamiento penal y penitenciario de los delitos contra la salud pública (tráfico de drogas).
- Anaís Díez García y Alba Fernández Muñiz, Tratamiento penal y penitenciario de los delitos sexuales.
- Javier Gómez Lorido y David González Robles, tratamiento penal y penitenciario de la violencia de género.

La segunda fase ha sido la celebración del Seminario Abierto ULE-EAFIT. Por necesidades de coordinación de los calendarios académicos de las dos Universidades, el Seminario se ha celebrado los días 15 y 16 de febrero de 2017, en horario vespertino. Al Seminario han asistido los alumnos de segundo de Grado en Derecho/ponentes, el resto de alumnos de segundo de Grado en Derecho, alumnos de otros cursos del Grado en Derecho, alumnos del Máster en Abogacía y miembros del GID.

El formato del seminario ha sido el siguiente. El primer día se han presentado 3 ponencias por parte de los alumnos de la ULE y 2 ponencias por parte de los alumnos de EAFIT. Para la exposición de las ponencias cada grupo ha tenido un tiempo máximo de 30 minutos. Debido a la diferencia horaria, para facilitar el debate-coloquio se han presentado todas las ponencias de manera sucesiva, reservando la hora final para el debate, con intervención de profesores, profesionales y estudiantes de la ULE y de EAFIT.

Para el desarrollo del Seminario abierto se ha contado con el servicio de videoconferencia del Centro Tecnológico Multimedia (CTM) de la ULE.

Como actividades complementarias a esta actividad docente se han celebrado dos Seminarios: el primero en el mes de diciembre y el segundo en el mes de junio. En el

Seminario de diciembre ha intervenido el prof. D. Juan Carlos Álvarez Álvarez, Profesor de Derecho Penal de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia) y miembro del GID DP-ULE; se ha debatido sobre el sistema penal y penitenciario en Colombia. En el segundo Seminario celebrado en el mes de junio, clausura del PAGID 2016 y entrega de diplomas a los alumnos participantes, ha intervenido el prof. Dr. Luis Chiesa, Catedrático de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad de Buffalo (Estados Unidos); se ha debatido sobre el sistema penal en Estados Unidos.

EXPERIENCIA DOCENTE EJE NORTE

Esta experiencia docente ha sido aplicada durante el segundo cuatrimestre del curso 2016/2017 en la asignatura de Derecho Penal Patrimonial y Económico, que se imparte en el 4º curso del Grado en Derecho (asignatura optativa). Por parte de la Universidad Pública de Navarra han participado un grupo de alumnos de la asignatura de Derecho penal. Parte especial.

Centrando la explicación en los alumnos de la ULE, el plan de ejecución ha sido el siguiente: en la primera fase se ha hecho la presentación de la experiencia a los alumnos matriculados en la asignatura optativa de Derecho Penal Patrimonial y Económico; por propia iniciativa, los alumnos se han organizado en los tres grupos de trabajo: dos de los grupos para el estudio del caso desde su planteamiento judicial (un grupo actuando como acusación, el otro grupo actuando como defensa) y el tercer grupo para el estudio de caso desde la solución extrajudicial (justicia restaurativa, en particular la mediación).

La composición de los tres grupos ha sido la siguiente:

- Resolución Judicial del conflicto:

Grupo de la acusación: Angélica Patricia García Valencia, Carmen Vega Blas, Lucía Tombesi, Bárbara Lucía Sánchez Hermosilla Murillo, Igor Mba Mangue.

Grupo de la defensa: Daniel González Navarro, Rebeca Da Costa Loureiro, Pedro Nicolás Huerta Martínez, Alejandro Marcos García, Álvaro González Rueda.

- Resolución extrajudicial del conflicto:

Grupo de mediación: María del Carmen Crespo Martínez, José Vicente Díez Hernández, Ángela Fernández Rodríguez, Saira de Brito Duarte.

En la segunda fase se ha seleccionado el caso a analizar por parte de los tres grupos de la ULE y de la UPNA; para la resolución del caso los alumnos han hecho un estudio de los delitos contra el patrimonio, particularmente el delito de estafa, los delitos de falsedades documentales (documentos públicos, mercantiles y privados), circunstancias eximentes, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, reglas generales y especiales de

determinación de la pena, concursos de leyes y de delitos, la responsabilidad civil derivada del delito, la justicia restaurativa, la mediación en fase de instrucción, en fase de enjuiciamiento, en fase de decisión sobre ejecución o suspensión y en fase de ejecución o mediación penitenciaria. La fase ha concluido con la elaboración de tres informes: para la solución judicial, informe de la acusación e informe de la defensa; para la solución extrajudicial, informe sobre la mediación en las diferentes fases del procedimiento.

En la tercera fase se ha celebrado un Seminario abierto, con asistencia de alumnos de Grado en Derecho y miembros del GID DP-ULE. En él los alumnos participantes de la ULE y de la UPNA han expuesto sus informes, seguido del debate sobre los aspectos tratados en el informe entre los participantes y asistentes.

Para el desarrollo del Seminario abierto se ha contado con el servicio de videoconferencia del Centro Tecnológico Multimedia (CTM) de la ULE.

Como actividades complementarias a esta actividad docente se han celebrado dos Seminarios: el primero en el mes de marzo y el segundo en el mes de junio. En el Seminario de marzo ha intervenido la prof. Dra. Paz Francés Lecumberri, Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal de la UPNA y miembro del GID DP-ULE; se ha debatido sobre la justicia restaurativa, en particular sobre la mediación penal. En el segundo Seminario celebrado en el mes de junio, clausura del PAGID 2016 y entrega de diplomas a los alumnos participantes, han intervenido el prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia) y miembro del GID DP-ULE, Dña Stephania Serrano Suárez, alumna de doctorado de la Universidad de Salamanca, Colaboradora Honorífica de la Universidad de León y miembro del GID DP-ULE, y D. Ricardo Escobar Vélez, alumno de Grado en Derecho de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia); se ha debatido sobre la justicia transicional, en especial sobre el proceso de paz en Colombia.

El resultado de las dos experiencias docentes ha sido altamente satisfactorio, a la vista de las encuestas de satisfacción de los alumnos que han asistido a los Seminarios y de los alumnos que han tenido una participación activa en el desarrollo de los Coloquios Transoceánicos y en la Experiencia Eje Norte.

Sin duda, se han conseguido los objetivos perseguidos con el PAGID 2016, dirigidos a reforzar las competencias transversales, generales y específicas de los estudiantes de Grado en Derecho (y de estudiantes de asignaturas o materias de Derecho penal).

Miguel Díaz y García Conlledo
Catedrático de Derecho Penal de la ULE
Coordinador GID DP-ULE

Actas del V Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: infancia, menas, resolución de conflictos familiares y culturales

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
IRENE DE LAMO VELADO

I. UN LUSTRO DE SEMINARIOS SOBRE RELACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES

El día 26 de septiembre de 2017 tuvo lugar el V Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: infancia, MENAS, resolución de conflictos familiares y culturales, impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de León. Encuentro que da continuidad a los cuatro seminarios anteriores donde se abordaron temas de intenso calado social y repercusión jurídica como los matrimonios poligámicos, diálogo intercultural, sustracción de menores, expulsiones forzadas, trata de seres humanos, integración de inmigrantes, entre otros, siempre a cargo de profesionales de reconocido prestigio.

Es un lustro el que se cumple desde que las reuniones anuales comenzaron su andadura con el I Seminario sobre Relaciones Jurídicas Internacionales: Familia e Interculturalidad, en el que participaron profesores de otras ocho universidades, cuatro españolas (Carlos III de Madrid, León, Salamanca y Valladolid), y otras cuatro extranjeras: Université Abdelmalek Essaadi (Marruecos), Universidad Autónoma de México, Università della Calabria (Italia) y Universidad de Cartagena (Colombia); del II Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: Inmigración Educación e Interculturalidad, III Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: El reto de la integración de los inmigrantes y su repercusión en la UE y del IV Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: Avances y retrocesos en la política migratoria de la Unión Europea. Todos ellos han sido dirigidos por Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez, Profesora Titular de Universidad, acreditada Catedrática, de Derecho internacional privado e investigadora principal y responsable de INNAIN. Grupo de investigación relativo a la regulación de los flujos migratorios y del Grupo de Innovación docente de la ULE: “inmigración, nacionalidad e interculturalidad” (GID-INI) en colaboración con el Excelentísimo Ayuntamiento de León para llevar a cabo el Proyecto: INMIGRA&LEÓN: CIUDAD INCLUSIVA y el CEMAI centro integral de inmigración con el patrocinio de la Junta de Castilla y León y la Universidad de León.

No obstante, pese a paso del tiempo, permanece perenne el propósito de brindar a la sociedad una visión general de cuestiones sobre las relaciones jurídicas internacionales desde una perspectiva multidisciplinar de carácter teórico-práctica.

El presente seminario centra sus esfuerzos en proporcionar una panorámica del *status* jurídico de los menores extranjeros en el ordenamiento jurídico español. En concreto, este V seminario pretende abordar las incógnitas que suscita esta materia, de un lado, desde una perspectiva institucional mediante la primera mesa redonda, en la que han participado la Procuraduría del Común, miembros tanto de la Judicatura como del Ministerio Fiscal, y representantes del Ayuntamiento de León, y de la Universidad de León. De otro, desde una perspectiva académica, a través de dos ponencias magistrales y una segunda mesa redonda. Concediendo así, un espacio para que voces críticas de la doctrina esbocen luces y sombras de temas tan candentes como la prestación por maternidad subrogada, la relación de trabajo de los menores, el desamparo, la libertad de conciencia del menor de edad y el acceso a la nacionalidad española de los niños extranjeros.

II. ACTAS DEL V SEMINARIO SOBRE RELACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES: INFANCIA, MENAS, RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES Y CULTURALES

Este encuentro se inició con unas palabras por parte de M^a Dolores Alonso-Cortés Fradejas (Vicerrectora de Relaciones Institucionales y con la Sociedad. ULE) y Dña. Aurora Baza Rodríguez (Concejala de Familia y Servicios Sociales. Ayuntamiento de León), quienes confluyeron en el necesario fortalecimiento de los lazos de cooperación entre el Ayuntamiento y Universidad, y en la creación de espacios como el presente.

Tras dicha presentación, se dio comienzo a la intensa jornada de trabajo que contaría con dos ponencias magistrales y dos mesas redondas.

TÍTULO PONENCIA MAGISTRAL: “Protección de los menores migrantes en España: avances y retos”

Ponente: **Dra. Salomé Adroher Biosca**, Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad Pontificia Comillas

El propósito de esta ponencia no es otro sino otorgar una panorámica de los retos generales que plantea la protección de los menores migrantes y de los avances en este ámbito. Antes de comenzar a explorar qué postura adopta el ordenamiento jurídico ante la ya indicada materia, merece destacar que la guerra civil siria, que eclosionó en 2011, ha forzado a miles de personas a huir urgidos por la miseria y muerte, originando una de las mayores crisis de refugiados en la historia. Son muchas las imágenes que proporciona la prensa que nos revelan que dicha crisis tiene rostro de niño¹. Así en 2015 el cadáver de un menor de dos años sirio en las costas de Turquía

¹ Como recuerda UNICEF “la crisis de refugiados en Europa ha dejado una cifra dolorosa y escalofriante: según la Europol, 10.000 niños refugiados y migrantes no acompañados han desaparecido dentro de nuestras fronteras sin dejar rastro y la cifra podría aumentar. Sabemos que estos niños llegaron a nuestras costas porque estaban cansados de vivir

conmocionó a toda Europa y pobló las portadas de varios periódicos. En efecto, varios estudios han aflorado denunciando esta realidad. Destacan *Save the Children* con su informe *Infancias invisibles*², o UNICEF con *Acogida de niños refugiados y Menores víctimas de trata*.

La ponencia abordará primeramente un marco normativo de los derechos para la infancia. A la postre, examinaré cuáles son las novedades legislativas para los menores extranjeros, y culminaré tratando cuales son los colectivos más vulnerables de menores extranjeros.

1. Nuevo marco de derechos para la infancia: LO 8/2015 y Ley 26/2015

Son dos los preceptos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, LO 8/2015), que quiero subrayar. De un lado el art. 2, precepto que erige como pórtico de la normativa española sobre menores, pues el citado precepto instaura qué es el interés superior del menor, estableciendo algunos de los criterios para su valoración, como (art. 2. 2) establece literalmente que: “a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad...”.

En definitiva, mediante la LO 8/2015, el interés superior del menor, se consolida, como se explicita en la Exposición de Motivos, en principio fundamental en esta materia. Ítem más, subrayar el art. 9, que regula el derecho del menor a ser oído y escuchado. La reforma añade la palabra “escuchado”, ello implica connotaciones muy importantes.

rodeados de guerra y de violencia. Sabemos que se registraron en algún país europeo. Pero no sabemos nada más de ellos. Al viajar solos, estos niños son el blanco perfecto de las redes de trata de personas y otras organizaciones criminales” (<https://www.unicef.es/causas/emergencias/refugiados-migrantes-europa>).

² <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancias-invisibles-ninos-migrantes-refugiados-trata-save-the-children.pdf>.

2. Novedades para menores extranjeros

Las novedades que entrañan las LO 8/2015 y la LO 26/2015 en materia de menores extranjeros se resumen en cinco ideas que expondré *infra*.

En primer lugar, la igualdad de derechos. Aquellos menores que se hallen en España tienen derechos a las prestaciones básicas en igualdad con los españoles, independientemente de posición administrativa, es decir posean permiso de residencia o no. Asimismo, la normativa a la que nos hemos referido erige la integración como fin para de todos los menores, mientras permanezcan en territorio español. También se consolida la no discriminación entre iguales. En efecto, las leyes de infancia han incluido junto al catálogo de derechos del niño, algunos deberes en los ámbitos familiar, educativo y social que, en lo que aquí atañe supone el deber de respetar a los demás, en particular la dignidad e integridad de todas las personas con las que se relacionen, deber que conlleva una llamada de atención a la que todos tengamos *cabida en esta sociedad: Los menores deben respetar a las personas con las que se relacionan y al entorno en el que se desenvuelven y en particular Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales...*

Otro rasgo novedoso que destacar es la instauración del derecho al permiso de residencia de todos los tutelados. En la regulación preexistente solo se recogía un derecho a permiso que fueran menores extranjeros no acompañados (en adelante, MENAS), ahora se amplía a todos. En definitiva, se iguala el estatuto jurídico por arriba de los menores extranjeros. A la postre, se determinan previsiones específicas para menores que llegan a España a través de la kafala, institución islámica similar a nuestro acogimiento familiar. La ratificación por España (y Marruecos) del Convenio de la Haya del 96, junto con la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental requerían una adaptación legal. La ley 26/2015 ha modificado los artículos 33 y 34 de la LAI y el artículo 9.6 del CC, para determinar, por una parte, que la ley aplicable a estas medidas de protección a la infancia es la establecida en el CH96 (mediante una incorporación por referencia del mismo) y, por otra, para establecer un proceso de reconocimiento, incidental registral, que la LAI no había regulado, en línea, procedimiento previsto en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y alternativamente, para quien así lo desee, el acceso al procedimiento general de exequátur.

3. Menores extranjeros vulnerables

Los tres colectivos de menores extranjeros más vulnerables son los MENAS, los menores refugiados, y las menores víctimas de trata. Estas categorías no son compartimentos estancos, sino que se muchas veces se superponen, encontrándonos casos donde un MENA puede ser refugiado y haber sido víctima de trata. El art. 10

LO 8/2015 prevé la obligación de las administraciones de velar por estos colectivos de la manera siguiente: *Las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley.*

3.1. Menas

Los MENA son aquellos menores nacionales de países terceros que llegan a España sin ir acompañados de un adulto responsable (ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre) en tanto no se encuentren efectivamente bajo el cuidado de tal adulto, así como aquellos menores que se dejen solos tras su entrada en territorio español.

En 2014, un total de 3.419 menores extranjeros no acompañados o en situación de desamparo han sido tutelados por los servicios de protección de menores de las Comunidades Autónomas. Los principales cambios respecto a los MENAS han sido los siguientes. En primer lugar, se adopta nueva regulación de la determinación de la edad, en la que, sin embargo, no se ha incorporado, como hubiese sido deseable, la jurisprudencia del TS en la materia: *Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas (art. 12.4 LOPJM).*

En segundo lugar, se regula una nueva institución, la guarda provisional, que da respuesta a la situación inicial en la que los servicios sociales encuentran a un menor en situación de desamparo, en los siguientes términos: *Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal. La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo (art. 14 LOPJM).* Finalmente se regula la reintegración familiar con unas previsiones que aseguran que se en caso de que se produzca, respeta los principios fundamentales en la materia. *En el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se*

estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad (art. 19 bis).

3.2. Menores refugiados

La normativa desde la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria es una regulación que ha avanzado en la protección de los menores. Ahora bien, es cierto que quedan pendientes dos cuestiones muy importantes. De un lado, la incorporación de directivas comunitarias y la elaboración e incorporación del reglamento de asilo. De otro, voces expertas en asilo denuncian que se debe avanzar para que la información que se da a los niños sea adecuada a su edad. Asimismo, insisten en la necesidad de individualizar la situación del menor, es decir, que en el proceso de solicitud de asilo haya una situación de menor especial, y que en el proceso de determinación de la edad se escuche al menor, y de forma que exista una doble protección, como menor y como refugiado.

3.3. Menores víctimas de trata

Este colectivo representa la vulnerabilidad más dramática. Se destacan varios avances, en 2011 se elaboró un protocolo marco para su protección y en las normas de 2015 se les incluye como grupo vulnerable. A la postre, se instauraron medidas de cooperación ciudadana, como no haber sido condenado por delitos sexuales, para trabajadores y voluntarios con menores. Además, la trata se establece como causa de desamparo y se introduce la posibilidad de trasladarlos de una comunidad a otra, con el propósito de que los tratantes no pueda detectarlos. Sin embargo, también en este tema, quedan retos pendientes: mejorar la información y los datos sobre la materia, dada la invisibilidad del fenómeno de la trata en España. Por otra avanzar en la creación de centros de protección específicos para estos menores, la consideración de víctimas de los hijos de víctimas de trata y la puesta en marcha de un mecanismo de registro, coordinación y derivación para víctimas de trata. Todo ello mejoraría de forma notable si se aprobara el *Protocolo marco relativo a la detección, identificación, asistencia y protección de las menores víctimas de trata* que el Ministerio de sanidad servicios sociales e igualdad está elaborando a petición del defensor del pueblo. Su objetivo general será el de promover la coordinación interinstitucional para mejorar la atención a estos menores para minimizar, en la medida de lo posible, la victimización primaria a través de la prevención, la detección temprana e inmediata actuación. Y por otra el establecimiento de un procedimiento ágil, articulando los mecanismos de protección y asistencia a las víctimas de trata de menores de edad desde los diversos ámbitos de actuación, que permita a los profesionales implicados en esta tarea (autoridades públicas, organismos, entidades y organizaciones de la sociedad civil) atender de manera efectiva sus necesidades.

En suma, en estos años ha habido avances legislativos indudables y también en la toma de conciencia para mejorar la coordinación administrativa. Sin embargo, la realidad, y el crimen organizado desbordan en muchos momentos la capacidad de reacción de los poderes públicos y del tercer sector. Por ello es esencial mantener la tensión desde todos los sectores concernidos.

Con detalle sobre algunos de los interrogantes planteados: vid. ADROHER BIOSCA, S.: “La kafala islámica: ¿medida de protección de menores o estrategia migratoria?”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, N.º. 45, 2017, pp. 203-220, y ADROHER BIOSCA, S.: “La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por leyes 8/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades”, en MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, 2017, ISBN 978-84-9152-052-8, pp. 33-66.

PRIMERA MESA REDONDA

La protección institucional de los colectivos vulnerables: con especial referencia a los menores

Moderador/a: **Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez**

El objetivo de esta mesa redonda es brindar a los asistentes de una perspectiva institucional de la protección de los menores

TÍTULO: **“El Procurador del Común ante los colectivos más vulnerables”**

Comunicante: **D. Javier Amoedo Conde**. Procurador del común. Castilla y León

El Procurador del Común cumple una importante labor garantizando derechos siendo la protección de los colectivos más vulnerables una de nuestras principales tareas. Por ello hoy centraré mi intervención en el trabajo desarrollado en el marco de la llamada Renta Garantizada de Ciudadanía que constituye un área importante dentro de nuestro quehacer diario. No en vano ha sido una de las protagonistas de la actividad del Procurador del Común en el año 2016 (último informe publicado y defendido) con casi una veintena de resoluciones dirigidas a garantizar el acceso a la misma por parte de los ciudadanos y las familias que carecen de medios para atender sus necesidades básicas.

Se trata de una prestación social, de naturaleza económica y percepción periódica cuya finalidad es proporcionar los medios y apoyos necesarios para atender las necesidades básicas de subsistencia y promover la integración de quienes se encuentran en situación de exclusión social. Además como características específicas que diferencian la figura de otras análogas en el territorio nacional hemos de reseñar que se trata de un derecho subjetivo, no condicionado a disponibilidad presupuestaria ni a la discrecionalidad de los servicios sociales que valoran cada caso y que no se encuentra limitado en el tiempo mientras se mantengan los requisitos para su concesión.

Jurídicamente debemos partir de la premisa normativa del artículo 13.9 de nuestro Estatuto de Autonomía donde se recoge este recurso que se desarrolla por el Decreto Legislativo 1/2014, de 27 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las normas vigentes en materia de condiciones de acceso y disfrute de la prestación esencial de renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León y la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, por la que se adoptan medidas para reforzar la cobertura de las necesidades de atención social en el ámbito de la Red de Protección a las Familias de Castilla y León afectadas por la crisis.

La Renta Garantizada se concede por la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León dependiente de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta

de Castilla y León. Su cuantía básica es del 80% del IPREM (el IMPREM actual son 537,84 € al mes). Como requisitos para poder acceder a este recurso establece actualmente la normativa vigente los siguientes:

- Residencia, domicilio legal y empadronamiento con un año de antelación en Castilla y León si bien en el caso del empadronamiento existen algunas excepciones.
- Edad entre 25 y 65 (también en estos supuestos se admiten algunas excepciones).
- Carencia de medios económicos o patrimoniales para hacer frente a las necesidades básicas de subsistencia.
- No ser preceptor de prestaciones públicas con las excepciones legalmente previstas.
- No residir, con carácter general, en centros que atiendan las necesidades básicas de subsistencia.
- Que todos los miembros de la unidad familiar o de convivencia cumplan las condiciones y requisitos establecidos para ellos.
- En los casos de haber sido condenado por delitos contra la vida o contra la libertad sexual, haber satisfecho la responsabilidad civil declarada en sentencia.

Nuestra actividad sobre la materia se ha centrado en diversos aspectos promoviendo diversas mejoras en la regulación descrita:

En primer lugar propugnamos la necesidad acelerar la tramitación de los expedientes y lo venimos haciendo desde el año 2010 porque estimamos que es una de las pertinentes mejoras a abordar. Asimismo hemos hecho algunas propuestas que no han tenido acogida tales como disminuir el plazo de 3 meses previsto en la Ley para resolver, que el silencio sea positivo o dotar de más personal a los servicios que resuelven estos expedientes. Asimismo y en algunos casos hemos propuesto la simplificación del procedimiento. Si no es así, se seguirán produciendo situaciones en las que la prestación no llega a quienes la necesitan, y, de igual modo, supuestos en los que los interesados se ven obligados a devolver importantes cantidades, en concepto de cobro indebido de la prestación que percibieron, poniendo a los mismos, con escaso o nulo nivel económico, en una situación de mayor vulnerabilidad si cabe.

Otro “caballo de batalla” de nuestra Institución fue la compatibilidad de la RGC al menos, con las prestaciones o subsidios por desempleo reconocidos por pérdida de un empleo a tiempo parcial, ya que el importe de dichas prestaciones o subsidios, en la mayoría de los casos, no eran suficientes para cubrir las necesidades básicas de subsistencia. Esta reivindicación tuvo reflejo en la modificación operada en la Ley si bien a nuestro juicio no ha sido del todo satisfactoria sobre todo al alcance si bien con la última modificación operada en el año 2016 se han alcanzado mayores índices de compatibilidad.

Desde el Procurador del Común también se ha propuesto la modificación en orden al concepto de unidad de convivencia en la línea seguida en la normativa de otras CCAA. Actualmente y a tal efecto se exige como requisito que los miembros de la unidad familiar o de convivencia distintos del titular tengan su domicilio, estén empadronados y residan legalmente en algún municipio de la Comunidad de Castilla

y León para evitar fraudes. Esta premisa tiene como origen el concepto mismo de RGC dado que la Consejería de Familia estima que se trata de una renta familiar. Nuestra Institución se ha encontrado con situaciones de madres que conviven con sus hijos menores sin ningún tipo de recurso cuyo padre ha sido expulsado del territorio nacional con prohibición de entrada y que por consiguiente no cumplen con el requisito.

Otra problemática específica de la RGC que desde se ha intentado solucionar desde nuestra Institución ha sido la relativa a la flexibilización de la documentación exigida a ciudadanos de origen extranjero. Son muchas las solicitudes que acababan con una resolución por desistimiento ante la falta de presentación de una documentación que ha de ser obtenida en el extranjero dado la dificultad para acceder a ella. En todo caso no podemos obviar que este tipo de solicitudes derivan de la práctica administrativa y no de la normativa vigente donde ninguna alusión se hace a este tipo de requisitos.

También hemos advertido las dificultades que derivan de la valoración de bienes inmuebles (concretamente segundos inmuebles, que no pueden ser enajenados ni destinados a la obtención de rendimiento alguno, no suponen más que una carga para sus titulares). Dada la actual realidad socioeconómica y las demandas de la ciudadanía estimamos necesarias medidas que flexibilicen la valoración de los bienes inmuebles, a los efectos de determinar el cumplimiento del requisito relativo a la carencia de medios económicos y patrimoniales de los destinatarios de la renta garantizada de ciudadanía, para evitar que las personas que no pueden cubrir sus necesidades básicas, a pesar de la tenencia de dichos bienes o el disfrute de derechos sobre dichos bienes, no puedan acceder a una prestación que constituye la última red de protección social.

Desde nuestra Institución se ha instado la compatibilidad de la RGC con los rendimientos del trabajo personal por cuenta propia usando como límite el importe de la base de cotización a la Seguridad Social en el mes de la solicitud. Si bien nuestra resolución en esta materia fue rechazada, posteriormente en la última modificación del año pasado, se ha estimado que si los ingresos no llegan al 50% de dicho importe, se computará como ingreso una cantidad igual a dicho importe. Esto es, al menos se ha flexibilizado un poco un umbral tan rígido.

Otras de nuestras peticiones iban dirigidas a la flexibilización del concepto “abandono del territorio nacional” como causa de extinción de la RGC cuando realmente no era abandono si no salida del territorio para asistir a una boda o atender a un familiar enfermo sin que fuera realmente “abandono”. En otros casos se interpretaba de forma rígida la concurrencia de este tipo de supuestos (de extinción) tales como aquel en que el solicitante hubiera dejado de ser demandante de empleo un solo día o en que por un descuido a la hora de renovar su demanda de empleo se había producido a la revocación de la RGC.

También nos hemos pronunciado a favor de incorporar otras modificaciones tales como:

- El incremento de la cuantía de la prestación por arrendamiento o adquisición de vivienda no solo a quienes cuentan con ingresos en la forma expresada en el artículo 18.4. la diferencia de trato entre quienes cuentan con ingresos y quienes no cuentan con ellos, a los efectos de obtener el incremento de la renta

garantizada de ciudadanía, se contempla como una medida indirecta de fomentar la búsqueda y el mantenimiento del empleo según la Consejería si bien desde la Procuraduría no se comparte este argumento.

- En el caso de familias con menores en edad escolar, un importe adicional al inicio de cada curso escolar por menor, para ayudar a las mismas a asumir costes que necesariamente se producen en dichos periodos.

Para terminar y como conclusión quiero poner de manifiesto la importancia de la figura de la Renta Garantizada de Ciudadanía como recurso para hacer frente a situaciones de personas y familias que se encuentran en situación de exclusión social siendo el Procurador del Común un convencido defensor de la debida aplicación de este tipo de medidas para llegar a todos y cada uno de los ciudadanos que las necesitan.

TÍTULO: "La sustracción internacional de menores y el papel del Juez Nacional"

Comunicante: **Dña. Ana del Ser López**. Presidenta de la Audiencia Provincial de León y Profa. Asociada de Derecho Mercantil. ULE

En el siglo XXI, la globalización de las relaciones sociales y económicas, el enorme desarrollo de los medios de comunicación, así como la libertad de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales en la Unión Europea, llevan consigo un aumento de los desplazamientos de las personas y los matrimonios y uniones de hecho entre nacionales de distintos Estados, por lo que cada vez son más frecuentes los conflictos en los que se encuentra presente algún elemento que afecta a otro Estado de la Unión Europea.

Los conflictos que surgen en la vida diaria de las parejas son inevitables y sería deseable que se resolviesen sin traumas. Lamentablemente no siempre sucede así y las diferencias, que en muchos casos afectan a los hijos, deben encomendarse a la regulación de la ley, cuya aplicación corresponde en exclusiva a los jueces. Cuando el conflicto estalla en el seno de relaciones conyugales de personas de distinta nacionalidad, la cuestión legal se complica en cuanto que hay que determinar previamente cuáles son los jueces competentes para afrontar el conflicto, cuál es la legislación aplicable y cómo se protegen los intereses superiores de los hijos. En estas situaciones de conflicto familiar es habitual que se produzcan casos de sustracción internacional de menores por sus propios padres.

En situaciones de sustracción internacional de menores la normativa aplicable será el Reglamento Bruselas II Bis 2201/2003 y El Convenio de La Haya de 1980. El traslado de un menor es ilícito cuando se produce con infracción de un derecho de custodia atribuido y que se ejercía de forma efectiva y se aplica únicamente a menores de 16 años. Funciona a través de Autoridades Centrales que colaboran para conseguir la devolución inmediata de los menores indebidamente sustraídos. Tiene dos fases: una administrativa y la fase judicial con un procedimiento ante los tribunales del lugar de residencia del menor (778 quáter a 778 sexies LEC añadidos por la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria). Los motivos de denegación para no restituir a los menores son muy limitados, básicamente se concretan en los dos siguientes: peligro físico o psíquico que ponga al menor en una situación intolerable y que el propio menor con

grado de madurez suficiente se oponga a la restitución. El plazo para resolver el procedimiento de restitución es de 6 semanas. La audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del Reglamento. Y aunque España, por ejemplo, resuelva no restituir al menor será el Estado miembro en el que residía el menor antes del traslado el que tiene la última palabra y puede revocar la resolución de no restitución, obligando a que el menor sea retornado. Y se prevé la ejecución directa de las resoluciones que acuerdan la restitución de un menor.

Los tribunales actúan en el marco de las materias reguladas reglamentariamente por la Unión Europea, no como Tribunales nacionales propiamente dichos, sino como Tribunales Comunitarios. Por ello, su visión debe tener una mayor amplitud en la interpretación y aplicación de las leyes nacionales, a fin de permitir que tengan cabida las expectativas de los Reglamentos de la Unión Europea, en la que se viene desarrollando en los últimos 17 años el compromiso de crear un Espacio Europeo de Justicia que implica a Estados con muy diferentes tradiciones jurídicas, normas procesales diversas y distintas lenguas oficiales. Esto implica que es la Ley Nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma de los Reglamentos y no al revés. Es este sentido cabe enmarcar una cita de la Sentencia del TJUE de 15 de julio de 2010 (petición de decisión prejudicial de Alemania) en la que se hace el siguiente llamamiento a los Tribunales Nacionales: “99...En definitiva, las normas internas de los Estados no pueden “...frustrar mediante requisitos adicionales los objetivos y fines pretendidos por las normas europeas...””.

Por ello, cuando en los últimos meses se observan conductas que se dirigen por la opinión pública (caso de una española y un ciudadano italiano de cuyo matrimonio han nacido dos hijos en el que el marido había sido condenado por un episodio de violencia en el ámbito familiar) a la aplicación de la normativa nacional como única legislación protectora en un supuesto internacional, la corriente resulta claramente contraria a todos los esfuerzos que se han desarrollado en los últimos años. Como ejemplo de la evolución de los Tribunales españoles cabe citar dos resoluciones muy diferentes en la materia de sustracción internacional de menores que están separadas por varios años y que siguen tendencias opuestas. La primera que rechazó la devolución de la niña fue objeto de una amplia polémica en su momento y recientemente ha sido objeto de interés mediático por el regreso de la madre a España después de estar encarcelada en los EEUU durante casi 8 años. La Audiencia Provincial de Valencia el 17 de enero de 2006 deniega la restitución con fundamento en un derecho fundamental de elegir libremente residencia por lo que aprecia motivo de orden público procesal desde el prisma del Convenio y de su art. 20. Esta resolución ha sido ampliamente criticada, con razón, por la incorrecta aplicación del Convenio.

La segunda resolución se dicta por la misma Audiencia Provincial de Valencia. Es de fecha 23 de febrero de 2017. Se trata de la restitución de una niña a su lugar de residencia (Francia) después de ser trasladada a España durante las vacaciones por su madre que afirma sería contrario al interés de la menor porque es víctima de comportamientos violentos del progenitor, denunciados por la demandada en España, tras la decisión de no volver a Francia. El Tribunal dice que la restitución de la menor no integra la excepción a la restitución a la que se refiere el artículo 13 b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, que exista un grave riesgo de que la restitución

del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable, entre otras cosas porque no impide la adopción de medidas de protección en Francia, un Estado miembro de la Unión Europea, en el que rige la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y ha ratificado el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011.

En esta misma línea se encuentran la totalidad de las resoluciones que en la actualidad deciden sobre supuestos de sustracción internacional de menores. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª) de 27 de abril de 2017 que contempla el carácter excepcional de los motivos de restitución del menor: necesidad de acreditar que el traslado la situación del menor sería de extrema gravedad. Y restablecida la situación inicial la controversia se decidirá por las autoridades del lugar en que el menor tenga su residencia habitual, que normalmente contarán con más y mejores elementos de juicio.

La Resolución de la AP de León de 3 de junio de 2016 sobre competencia judicial internacional en materia de guarda y custodia, régimen de visitas y pensión de alimentos de menores fija la competencia en caso de sustracción de menores. A pesar del rechazo en expediente previo a la devolución de los menores (Convenio de la Haya) se remite a la madre para que discuta los alimentos y visitas ante los Tribunales de Londres, porque la competencia para resolver la cuestión permanece en los Tribunales británicos (artículo 8 del Reglamento (CE) 2201/2003), aunque los menores residían en España ya que se considera ilegal la retención en España y el no retorno fue debido a la excepción del artículo 13 del Convenio de 1980 y no a la inexistencia de sustracción ilegal.

La presencia de un componente transfronterizo determina una mayor complejidad de la resolución del conflicto por los Tribunales, con dificultades que afectan al acceso a la justicia y a la propia tramitación del procedimiento. Los sistemas nacionales no pueden por sí solos resolver adecuadamente estos conflictos, por los que las instituciones comunitarias asumieron el objetivo político de crear un Espacio Judicial Europeo en el que se garantice a los ciudadanos europeos un acceso igual a la justicia, en el que las fronteras dejen de ser un obstáculo a la resolución de las cuestiones de Derecho Civil.

Y en este marco se encuentra el papel que debe desempeñar el Juez Nacional en la resolución de conflictos con elementos transnacionales. No siempre se entiende por la opinión pública las decisiones de los Jueces, especialmente cuando afectan a menores. En la mente de todos se encuentran ejemplos recientes de las críticas que algunas decisiones han recibido.

Podría valorarse si el Convenio de la Haya debe actualizarse y contemplar alguna excepción a la reintegración de los menores sustraídos en supuestos de malos tratos (u otros) pero carece de justificación la descalificación a la labor de los tribunales españoles que deciden este tipo de casos. En un Estado de Derecho, la resolución de los conflictos pasa por acudir al juez y que éste resuelva aplicando el derecho vigente y se ejecuten las resoluciones judiciales. Cualquier otra opción, sería volver a un Estado predemocrático donde los conflictos se resolvieran por la fuerza.

TÍTULO: "Funciones de la Fiscalía en relación a los menores extranjeros"
Comunicante: **Dña. Lourdes Rodríguez Rey**. Fiscal Superior de Castilla y León

Los menores extranjeros concitan gran interés para España, sobre todo en Andalucía y en la zona de levante. Esta intervención pretende abordar esta problemática desde el punto de vista del Ministerio Fiscal y mostrar una sucinta, a la par que completa, visión sobre las implicaciones de la Fiscalía en la materia de extranjería y viceversa, y los puntos calientes que se enciernen en los MENAS. Concretamente en la determinación de la edad, la repatriación y las alegaciones sorpresivas de minoría de edad y la valoración de las pruebas médicas y las documentaciones.

El art. 124 de la Constitución encomienda al Ministerio Fiscal la defensa del interés superior de la ley como emanación de la voluntad popular. Pero también le atribuye la defensa de los derechos de los ciudadanos, del interés público tutelado por la ley y la tarea de procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social. Esta concepción constitucional ha desembocado en la expansión institucional de las funciones del Fiscal, conllevando que ya no solo realice sus funciones en la jurisdicción penal, sino que desarrolle acciones en otros ámbitos para tutelar los derechos del ciudadano, de ahí que el Ministerio Fiscal este en muchas dimensiones que forman parte de la sociedad, como la discapacidad, la violencia de género, y también en el ámbito de la extranjería. Una de las singularidades del Ministerio Fiscal español ha sido la especialización. Con ello se ha pretendido abordar con un tratamiento más eficaz y diferenciado la intervención que la sociedad y la Administración de Justicia demandan en específicas materias con singular relevancia jurídica.

La complejidad y magnitud del fenómeno migratorio y la importancia de los intereses en juego en el ámbito de la extranjería llevaron a la creación en el año 2007 de las secciones de extranjería en las fiscalías territoriales. Al frente de cada una de estas secciones especializadas está un Fiscal delegado especialista. A su vez, un Fiscal de Sala con competencia en todo el territorio nacional, coordina y dirige a todos los fiscales especialistas. Este Fiscal de Sala tiene como misión fundamental el establecer criterios unitarios de interpretación y pautas comunes de actuación con el fin de garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, conceptos íntimamente vinculados a la idea de estado de derecho.

La materia de extranjería ha sido encomendada a la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado. No obstante, toda la problemática que se refiere a los menores extranjeros, al tener zonas comunes con la especialidad de Menores, es compartida por ambas especialidades, entre las cuales existen los necesarios mecanismos de coordinación. El principio rector de todos los fiscales y de los especialistas en menores es el interés superior del menor. La consecuencia directa de este principio rector son las medidas de protección del menor en aquellos supuestos en que haya una situación de desamparo para el menor o riesgo. Ello revela mucha importancia, pues la minoría de edad da acceso a la protección completa por parte del ordenamiento jurídico, lo que se agudiza en caso de un menor extranjero y después se determina que es mayor de edad, a quien le espera a la repatriación.

Las cuestiones que, en relación con los menores extranjeros, más problemática plantean en la práctica y que, a su vez, tienen gran trascendencia por la entidad cualitativa de sus consecuencias son dos. De un lado, la determinación de la edad de los menores no acompañados (MENAS) y de otro, la repatriación.

En cuanto a la determinación de la edad, esta es una actividad que solo procede en aquellos casos en los que el menor está indocumentado, *sensu contrario* en caso de poseer documentación válida, debe tenerse en cuenta la edad plasmada en la misma. Quien posee competencia antes de ser judicializado, es el fiscal, que debe ordenar pruebas o diligencias determinadas. Actividad que no es fácil ni exacta, que en nuestro país no dispone un procedimiento común, si bien, cuando de los resultados de las pruebas realizadas surge una horquilla de edades, debe prevalecer la menor. En definitiva, esta actividad afecta a uno de los pilares básicos sobre los que se asienta nuestro sistema de convivencia social, cual es el reconocimiento del interés superior del menor, como prioritario sobre cualquier otro interés legítimo –público o privado– que pudiera concurrir. Obviamente este interés sería quebrantado no sólo cuando un menor es tratado como mayor de edad, sino también cuando un mayor de edad es considerado menor de edad, pues en estos casos al conjunto de los menores amparados por el sistema público de protección se les impone una convivencia no deseable para su adecuado desarrollo y, además, se generan serias perturbaciones de funcionamiento de los servicios públicos (dictamen, Unidad de Extranjería, 3 de marzo de 2017). Lo anterior, no obstante, no impide el que intentemos buscar fórmulas que permitan ponderar todos los intereses en juego y hacer que siempre prevalezca *superior interés del menor*.

En lo referente a la repatriación, un aspecto relevante son las confesiones sorprendidas. Supuesto donde determinados extranjeros que al pasar los controles no manifiestan que son menores de edad, y al ser ingresados en un CIE para ser repatriados, confiesan que son menores de edad. Estas declaraciones sorprendidas suponen un ámbito relevante, en estos casos se realizan más pruebas o se sigue el proceso de repatriación. Supuestos que en la práctica han hecho germinar una gran problemática en los centros de menores extranjeros, pues estos confesores sorprendidos muchas veces son mayores de edad y agreden a los menores del centro.

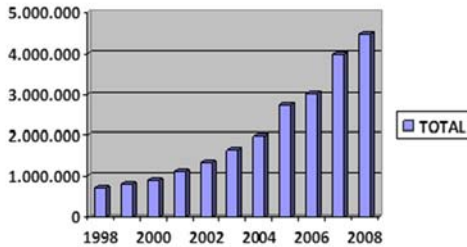
Como corolario lógico, se debe valorar el interés del menor y de todos los que se encuentran en un centro de menores.

TÍTULO: “El CEMAI centro integral de inmigración”

Comunicante: **Dra. Purificación Muñoz Graña**. Coordinadora de Inclusión Social. Ayuntamiento de León

A lo largo de la historia, España ha sido emisor de migrantes, pero entre 1998 a 2008, la población extranjera ascendió a cinco millones, cambiando el *status quo*. Hasta el 2005 se iniciaron varios procesos para regularizar la situación de los sin papeles. Sin embargo, muchas personas extranjeras abandonaron después de la eclosión de la sistémica crisis económica financiera.

En León la realidad no es ajena a esta circunstancia, pues hay 9000 personas extranjeras, población que ha sido minorada desde 2012. Una de las medidas de apoyo para la inclusión e integración en la capital leonesa es la concesión de la renta garantizada de ciudadanía, prestación económica concedida por parte de la Junta de



Castilla y León. Prestación que un 20% de población extranjera percibe del total de las más de 1000 unidades familiares leonesas que la tienen reconocida. El Ayuntamiento y su papel, en concreto de los CEAS en relación a la tramitación de esta prestación, es de realización de los informes de valoración, y de seguimiento de los proyectos individualizados de inser-

ción. Cabe destacar la creación del Consejo Municipal de Inmigración, ante la afluencia de personas extranjeras y actualmente el problema gira entorno a reconocer efecto a los divorcios en países que no poseen unos registros actualizados, para el acceso a la renta garantizada de ciudadanía. A la postre, después de acciones puntuales en Inmigración, el Ayuntamiento de León, desde la Concejalía de Bienestar Social, crea el Centro Municipal de Atención al Inmigrante (CEMAI), en noviembre de 2005.

Centro reconocido por la Castilla y León como centro integral de inmigración, con la obligación de prestar formación, e información sobre la inmigración en la ciudad de León. Destacando el asesoramiento jurídico que presta. Una de las principales dificultades a las que tienen que enfrentarse las personas inmigrantes en la sociedad de acogida es el desconocimiento del entorno y la cultura del país, de cuáles son sus derechos y qué recursos existen en el municipio.

Por ello desde el CEMAI, se informa sobre los derechos y obligaciones que asisten a las personas inmigrantes, se hacen los informes de arraigo, se desarrollan proyectos en materia de integración, especialmente en el ámbito educativo. En la línea de mejorar la igualdad de oportunidades se realizan acciones para el desarrollo de competencias lingüísticas, formación en informática y para la salud, como es el espacio de encuentro para mujeres inmigrantes.

En conclusión, el papel del Ayuntamiento con menores, y por ello con menores extranjeros, es la intervención en la prevención y cuando hay un riesgo grave, no cuando haya desamparo, todo ello para activar programas de intervención familiar y diversos protocolos.

TÍTULO: **“La movilidad de estudiantes en la ULE”**

Comunicante: **Dr. Roberto Baelo Álvarez**. Vicerrector de Relaciones Internacionales.
ULE

Para la Universidad de León (ULE) los intercambios académicos y estudiantiles son una línea estratégica de desarrollo y se constituyen como una seña de identidad de

nuestra universidad. Bajo nuestra perspectiva trata de un factor diferencial de índole cualitativo, que permite popularizar nuestra universidad, visibilizar y reforzar la labor de nuestro personal y ofrecer una experiencia de enriquecimiento intercultural y académico tanto a nuestra comunidad como a aquellos que nos visitan.

Bajo este paradigma, y gracias a los diferentes programas en los que participamos, el número de alumnado que recibimos y enviamos ha ido incrementándose en los años. Así, actualmente, más de 400 estudiantes de muy diversa procedencia deciden cursar parte de sus estudios en la Universidad de León, mientras que más de 500 estudiantes de nuestra universidad deciden hacer parte de sus estudios fuera de nuestra universidad. Para facilitar la integración, tanto en nuestra universidad como en el entorno socio-cultural de León, de aquellos que nos visitan se desarrollan distintos programas y actividades. Éstas potencian la internacionalización en casa al favorecer los intercambios culturales, facilitar el conocimiento y la comprensión entre jóvenes de muy distintas nacionalidades y culturas.

Aunque poco frecuente, en ocasiones tenemos que mediar para la resolución de los conflictos que se plantean, tanto por el alumnado que acogemos como por el que enviamos a nuestras instituciones socias. Para estos casos, desde la Universidad se ponen en marcha protocolos de actuación que, en la mayoría de los casos, permiten llegar a una resolución de situaciones conflictivas.

Nuestra universidad recibe y envía alumnado a más de cuarenta de países. Del alumnado que nos elige, destacan los procedentes de Italia, México, Francia, Alemania, China y Estados Unidos. En cuanto a los destinos, nuestro alumnado tiene preferencia por instituciones situadas en Italia, Portugal, Francia, Polonia, Reino Unido, Alemania, Estados Unidos, República Checa, Brasil u Holanda.

Para concluir, y teniendo en cuenta tanto los resultados de las encuestas realizadas como la experiencia acumulada, podemos afirmar que la movilidad internacional incrementa la competencia lingüística, permite profundizar en el conocimiento de otras culturas, favorece la autonomía del alumnado y contribuye al crecimiento profesional y personal de aquellos que deciden vivir esta experiencia.

TÍTULO PONENCIA MAGISTRAL: “Los menores extranjeros no acompañados y la trata de seres humanos”

Ponente: **Dra. Isabel E. Lázaro González**. Profesora de Derecho Internacional Privado. Universidad Pontificia Comillas

Para hablar de los MENAS, un punto de partida esencial es conocer algunas cifras que nos brinden una imagen verosímil de la realidad. A continuación, presentaré los datos de la memoria de fiscalía de 2016 que se refieren a 2015, y los de la memoria de 2017 que hacen referencia a 2016. Actualmente los MENAS son casi 4000 menores. Número que no es equiparable al sentir común de la sociedad española de que los menores extranjeros colapsarán los servicios públicos. Entre los MENAS predomina

el origen marroquí y argelino. Por tanto, la dimensión de esta circunstancia se plantea como sostenible para el sistema.

La presente ponencia abordará las incógnitas más acuciantes sobre los MENAS. El punto de partida de esta ponencia es que el régimen del extranjero mayor de edad es totalmente diferente del extranjero menor de edad. Partiendo de esto, la primera dificultad es la de la identificación. Las dudas que florecen en este contexto son las siguientes. ¿Se tratan de menores?, ¿están solos?, ¿podrían solicitar protección internacional? ¿son víctimas de trata? Todas estas cuestiones fueron abordadas *infra*.

En primer lugar, ¿se tratan de menores? Para abordar este interrogante debemos tener en cuenta que las pruebas de determinación de la edad solo se llevarán a cabo en caso de que el menor no esté documentado. Esta cuestión por la vía práctica se veía alterada, pues se realizaba incluso en el caso de menores documentados. Solo en caso de ser falsos los documentos se realizaría una determinación, pues el documento no es válido. Supuesto distinto es que se dude de algunos datos de los documentos, como la edad, aunque estos sean auténticos. Debemos tener en cuenta que los registros de otros sistemas jurídicos muchas veces no disponen de un mecanismo que recoja el día exacto de nacimiento, así que no resulta razonable que en estos casos España ponga en duda solo la edad del menor.

Estos supuestos conllevan una abundante problemática pues las pruebas de determinación de la edad no son infalibles, sino pruebas que permiten tan solo señalar una horquilla de edades, pero con mucha incertidumbre, pues tienen como punto de partida una raza y alimentación, que poco tiene que ver con el régimen de vida y raza de algunos MENAS. Además de esta prueba médica la normativa establece que se realicen otras pruebas en las que se encuentra una entrevista personal, que muchas veces no se realiza.

Asimismo, se ha trasladado el control de fronteras a fiscalía de extranjería, y no a fiscalía de menores, así que el juicio previo del que se parte es el de mayoría de edad. También hay que reparar en el consentimiento del menor, y su información, pues muchas veces no se da una explicación adecuada a las necesidades de la persona y si la persona se niega a realizarse las pruebas se considera como mayor de edad. *Ítem más* la resolución del fiscal, es irrecusable, aunque sea revisable. Es decir, no cabe recurso sobre la determinación de la edad.

Otro rasgo de estos menores es que están solos. Cabe mencionar que, a raíz del éxodo sirio, más de 10.000 menores están en paradero desconocido. Ello implica que se debe poner en marcha un mecanismo para la reunión de las familias cuyos miembros se hallan desperdigados por Europa y sin embargo el ordenamiento jurídico español se ha desprovisto de instrumento que permitan la correcta reunificación de las familias. En relación con si están solos o no están se plantea otra cuestión con las pruebas de ADN, pues cuando no entran unidos a las familias se ordena las pruebas de ADN ya que puede no existir relación familiar. Caso habitual en el caso de mujeres en patera con bebés que se utilizaban para lograr la entrada de mujeres. Si bien son casos excepcionales, y muchas veces se da una separación madre y bebé y por esa vía si la prueba de ADN se retrasa y el vínculo se deteriora causándose un grave perjuicio.

Otro interrogante es ¿Podrían solicitar protección internacional? La protección ofrecida para menores no es incompatible con la protección internacional. Además, la protección internacional se extiende a mayores y menores de edad, mientras que la protección para menores.

Por último, ¿Son víctimas de trata? En el caso de las víctimas de trata la normativa española parte del auto reconocimiento, es decir, si la persona no se señala como víctima de trata, el sistema no la identifica, y por ende no protege. Así nos encontramos con mujeres víctimas de trata que cuando se reconocen como tal y entran la protección explican que recorrieron toda Europa y que nadie les hablo que como menores había la posibilidad de una protección específica.

En lo concerniente al acogimiento, estos menores, sea cual sea su situación van a ser declarados en desamparo y la administración autonómica asume su tutela, por ende, es necesario la declaración de desamparo, el retraso en la misma implica un grave perjuicio. Actualmente hallamos situaciones de menores en desamparo que viven en la calle, o donde la solución habitacional ofrecida por la Administración es un albergue. Efectivamente nos hallamos ante personas que plantean dificultades como el consumo de drogas. Ante estas situaciones, no se debe poner en manos la necesidad de defender el interés del menor, y la defensa del sistema de protección, pues son intereses contrapuestos. Otro problema que debemos encarar es el cese de la tutela, pues se ha incorporado la posibilidad de cese de tutela pensando en menores que se fugan, pero también es cierto que en algunos lugares se cesa la tutela al día siguiente que el menor no acude a dormir.

En lo referente a la documentación y llegada a edad adulta, cuando el menor entra en el sistema de protección de la entidad pública se encuentra residiendo legalmente. Pero una vez son mayores de edad no poseen un permiso de trabajo ni de residencia, escenario perfecto para la explotación laboral.

En definitiva, el legislador no debe olvidarse del interés superior del niño, que debe ser el principio rector de toda normativa que le afecte. El interés superior del niño es que se respeten sus derechos, aquellos recogidos en la convención de derechos del niño. Este interés prevale frente a cualquier interés, por ejemplo, el del estado por controlar las fronteras. Este es el compromiso que se adopta a través de la convención y el desarrollo holístico del niño.

Sobre cuestiones aquí dibujadas, con más profundidad: vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I. E.: “El interés superior del niño en la reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia” *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, Nº. 114, 2016, pp. 18-26, y LÁZARO GONZÁLEZ, I. E.: “La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia”, *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, Nº. 111, 2015, pp. 17-23.

SEGUNDA MESA REDONDA

Análisis multidisciplinar de la protección jurídica del menor

Moderador/a: Dr. David Carrizo Aguado

Si el propósito de la anterior mesa redonda era dotar al seminario de un punto de vista institucional de la protección a los menores extranjeros del ordenamiento jurídico, el fin de ésta es otorgar una perspectiva académica de la materia

TÍTULO: “El interés del menor y las prestaciones por maternidad subrogada”

Comunicante: Dra. María De Los Reyes Martínez Barroso, Profesora Titular, acreditada Catedrática, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. ULE

La actual regulación legal (Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de octubre de 2015) y reglamentaria (Real Decreto 295/2009) omite la contemplación de la maternidad subrogada, pero no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección del menor. Por tanto, existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar de los progenitores subrogados, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencias de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas. La razón de que ni la normativa legal ni la reglamentaria específica en materia de Seguridad Social contemplan la circunstancia de la maternidad subrogada como hecho causante de prestación alguna se debe a la nulidad radical que se predica del contrato civil de gestación por sustitución. Por ello, una mera interpretación de la legalidad en sus propios términos ha llevado a los entes gestores de la Seguridad Social a negar las prestaciones de maternidad para estas situaciones. No obstante, conviene no desconocer que el legislador utiliza el término maternidad sin acompañarlo de calificativo alguno, de lo cual cabe intuir un deseo implícito de ofrecer el mismo tratamiento jurídico a los supuestos de maternidad biológica y a aquellos en los que se accede a la condición maternal sin parto previo, de forma que la no concesión implicaría una discriminación por razón de filiación.

Si el bien jurídico protegido por las prestaciones de maternidad es prioritariamente la atención al nuevo miembro de la familia, necesitado de cuidados singulares dada su vulnerabilidad biológica y las perspectivas de integración en el nuevo núcleo familiar, no cabe duda de que en supuestos de maternidad subrogada sí existe la situación de necesidad, por lo que puede abogarse por una “solución de compromiso” y por una interpretación favorecedora de la concesión de las prestaciones si se dan los demás requisitos exigidos por la norma.

En definitiva, no se trata de un problema particular o episódico sino que es constante y recurrente, por lo cual la maternidad por subrogación, como fenómeno familiar en expansión, debe ser afrontado por el legislador desde una posición constructiva, basada en la conexión entre gestación intencional y libre desarrollo de la personalidad, reconociendo los mismos derechos de conciliación que para el resto de progenitores con independencia de la vía por la que han conseguido serlo y optando por la aplicación de aquellas previsiones que sean más beneficiosas para el menor, máxime

cuando la Conferencia Internacional de la Haya de Derecho Internacional Privado de 10 de marzo de 2012 mantiene una postura favorable al reconocimiento de las resoluciones extranjeras que declaran situaciones de maternidad subrogada por los Estados en los que se pretenda su eficacia aunque la regulación legal no la autorice o, incluso, la prohíba.

Con ello se evitaría eludir una prohibición nacional como la actual, que es burlada por quienes tienen recursos económicos para asumir largos desplazamientos y estancias en Estados que permiten este tipo de gestaciones en perjuicio de la libertad de procreación de aquellas personas que ocupan una posición de mayor debilidad pecuniaria.

Ampliamente, sobre la problemática perfilada: vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R.: “El Tribunal Supremo ante la ‘gestación por sustitución’: reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor”, *Derecho de las relaciones laborales*, N^o. 2, 2017, pp. 153-165.

TÍTULO: “Peculiaridades de la relación de trabajo de los menores”

Comunicante: **Dra. Beatriz Agra Viforcós**, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. ULE.

Una ponencia sobre las peculiaridades en la relación de trabajo de los menores puede enfocarse desde distintas perspectivas. En esta ocasión la cuestión se abordará centrándose en tres grandes bloques temáticos: el régimen jurídico aplicable, la realidad del mercado laboral en relación con este asunto y la eventual competencia entre niños y adultos por los puestos de trabajo.

I. El marco legal del trabajo de menores en España viene dado por el Estatuto de los Trabajadores (y normas conexas) y por la legislación de prevención de riesgos laborales, que dibujan un contexto jurídico acorde con los estándares establecidos en la normativa de la OIT y la UE.

De conformidad con esta regulación, en España está prohibido el trabajo por debajo de los 16 años, salvo en el caso de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos, donde se permite el trabajo de menores sin límite de edad, pero sometiéndolo, eso sí, a un régimen de autorización por parte de la autoridad laboral, previa la comprobación de que la actividad no perjudicará la formación, desarrollo, salud y seguridad, etc. del menor.

En consecuencia, y dejando a un lado a los artistas, solo es legal el trabajo a partir de la citada edad. Ahora bien, en la franja de entre 16 y 18 años se establecen una serie de limitaciones-restricciones-peculiaridades: primero, salvo menores emancipados, el menor deberá contar con autorización de sus padres o tutores para poder trabajar; segundo, existen ciertos trabajos que solo pueden desempeñar personas mayores de 18 años; tercero, el adolescente que trabaja está sujeto a un régimen de jornada y

descansos diferente al establecido para los adultos; en fin, el empresario que contrate a menores asume obligaciones específicas en materia de seguridad y salud laboral.

Estas previsiones se ven completadas con la legislación educativa, que establece como obligatoria la escolarización hasta los 16 años. De este modo, normativa laboral y educativa asumen la prioridad de la educación para cuantos menores no superen dicha edad, pues deberán permanecer en el sistema educativo y no podrán contratar su trabajo. A partir de los 16, sin embargo, es factible tanto abandonar dicho sistema como suscribir un contrato laboral, aun cuando sea con limitaciones, restricciones y condicionantes.

II. Recapitulando lo hasta ahora expuesto, cabe concluir que, salvo artistas, los únicos menores que pueden trabajar son los mayores de 16 años y en términos no absolutamente coincidentes con los aplicables al trabajo adulto; por debajo de esa edad se prioriza el estudio y se prohíbe el trabajo.

Pero, aunque se pueda trabajar a partir de la citada edad, ello no significa que sea conveniente. Así se deduce de los estudios en cuya virtud se hace patente que, tanto el fracaso escolar, como el abandono escolar temprano, perjudican las posibilidades profesionales futuras, confinando al joven en la mayoría de ocasiones a nichos de trabajo precario, de mala calidad y con pocas perspectivas de mejora, lo que puede llegar a desencadenar situaciones de vulnerabilidad y riesgo de pobreza. Así las cosas, lo cierto es que, con carácter general y sin perjuicio de salvedades puntuales, el contexto cultural y socioeconómico de España favorece la escolarización de los niños y no su trabajo incluso tras la educación obligatoria.

Con todo, sí es posible detectar situaciones de trabajo de menores (dejando a un lado el tema –a menudo vinculado a la inmigración– de presuntos adultos que en realidad no han cumplido los 18 años), tanto legal como ilegal:

- A. Trabajo legal de menores. El trabajo adolescente (16-18 años), permitido, no tiene gran incidencia. Algo más en zonas geográficas concretas y en el ámbito del trabajo familiar (venta ambulante, hostelería, agricultura y ganadería...). Este trabajo suele ser, conforme ya se adelantó, de mala calidad y sus perspectivas de mejora son, en principio, escasas. Además, en algunos casos se detectan en el marco del trabajo adolescente eventuales incumplimientos de la normativa sobre trabajos prohibidos, seguridad y salud o jornada y descansos.
Por cuanto hace al trabajo artístico, pese al aumento de autorizaciones para su desempeño por menores, sigue sin ser significativo.
- B. Trabajo ilegal de menores. El trabajo de menores de 16 años, ilegal, tiene una presencia anecdótica y se vincula a menudo con trabajo familiar desplegado, por ejemplo, en la venta ambulante en el seno de determinadas subculturas. Mención aparte merecen ciertas situaciones existentes en el ámbito del deporte, señaladamente el fútbol, donde se producen zonas grises entre la compensación de gastos y verdaderos salarios en relación con niños que no han alcanzado la edad de acceso lícito al mercado laboral.

En fin, y en el extremo, se dan casos de explotación “laboral” en mendicidad y prostitución. Constan, incluso, algunos casos de trata de menores con fines de explotación sexual, aunque no así específicamente laboral.

III. Cabe plantearse si el menor que trabaja, además de perjudicarse a sí mismo condenándose a un trabajo precario actual y futuro también daña las perspectivas laborales de los adultos al entrar en competencia con ellos por los puestos de trabajo. En relación con esto cabe afirmar que, como en España el trabajo de menores es escaso, su incidencia en el empleo de los adultos es mínima, salvo una leve competencia del adolescente por el mismo “nicho” de trabajo precario con otros grupos también precarios.

Ahora bien, si compiten con los adultos españoles (sobre todo en ciertos sectores productivos), los niños de países donde el trabajo infantil es un hecho fomentado por la deslocalización de empresas en busca de mano de obra barata. La solución al problema de la pérdida de puestos de trabajo en el primer mundo pasa, pues, por la lucha contra el trabajo infantil, en línea con las actuaciones desarrolladas en el ámbito internacional, de forma destacada, por la OIT.

A nivel interno, cabe plantear medidas destinadas a la trazabilidad y etiquetaje de los productos, que servirán para informar al consumidor sobre si en la cadena de producción, suministro y distribución se han respetado o no los derechos humanos de los trabajadores, incluidos los relativos a los niños. También debería fomentarse la responsabilidad social corporativa y desarrollar campañas de sensibilización tanto de empresas como de consumidores. En fin, podría resultar útil el establecimiento de sistemas bonus-malus.

Estas y otras recomendaciones se recogen en el Informe final de la Comisión Especial del Senado de Estudio sobre “el trabajo y la explotación infantil en el mundo y la comercialización y el consumo en España en relación con esta realidad” (publicado en el BOCG, Senado, el 30 de septiembre de 2015). Asimismo, en el Plan Nacional sobre empresas y derechos humanos, aprobado el 28 de julio de 2017, en el que se contienen acciones para promover y fomentar desde las Administraciones Públicas el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas, aun cuando queda sujeto a disponibilidad presupuestaria.

Al final, queda a la voluntad de los empresarios la responsabilidad de no beneficiarse del trabajo infantil, para lo cual deben estar sensibilizados y comprometerse a no usarlo y no permitir que lo hagan sus proveedores, subcontratistas, etc. Asimismo, queda a la voluntad de los consumidores penalizar a las empresas que persisten en utilizarlo, para lo cual es preciso que estén suficientemente informados y concienciados.

IV. De lo expuesto cabe extraer sendas conclusiones fundamentales

De un lado, aunque en España entre 16 y 18 años se puede trabajar (con limitaciones), el trabajo adolescente no debería fomentarse. Más adecuado parece seguir en la línea

de prevenir el abandono escolar temprano y fomentar la permanencia en el sistema educativo, lo que incidirá en una mejora en la empleabilidad del futuro adulto.

De otro, toda actuación de fomento del empleo (en general o destinada a colectivos específicos) debe tener presente la necesidad de luchar contra la explotación de trabajadores (muchos de ellos niños) en países subdesarrollados o en vías de desarrollo, para evitar la competencia diferencial que provocan sus penosas condiciones de trabajo. *En profundidad sobre la materia: vid. AGRA VIFORCOS, B.: "Trabajo infantil y de menores", en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (dir.) y, ÁLVAREZ CUESTA, H.: Empleo juvenil: un reto para Europa, 2016, pp. 211-234.*

TÍTULO: "Menores en conflicto social"

Comunicante: **Dra. Helena Diez García**. Profesora Titular, acreditada Catedrática, de Derecho Civil. ULE

El tema aquí abordado se sitúa en una zona gris, que ha pasado inadvertida por parte de la doctrina. Se pretende abordar el ingreso de menores en centros, donde no se respetan sus más mínimos derechos. La comunicación pretende examinar hasta qué punto la nueva previsión legal se acomoda a la protección constitucional de estos derechos fundamentales.

En efecto, en estos acogimientos residenciales resultan limitados los derechos fundamentales de menor, como la restricción de salidas o su sometimiento a fármacos. Además, estas estas limitaciones de los derechos fundamentales del menor se realizaban sin intervención judicial.

La normativa autonómica claramente era inconstitucional por varios motivos. La reforma efectuada en 2015, por un lado, ha aliviado la situación, pues la legislación autonómica anterior afectaba a derechos fundamentales y esta materia debe ser regulada a través de Ley orgánica y que pueden ser dictadas el Estado, mediante la LO 8/2015 se pone remedio a la anterior cuestión. En efecto, dicha ley ha añadido un nuevo capítulo IV al título II de la LO 1/1996 a fin de regular el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta. Su regulación específica pretende atender a las denuncias formuladas, desde diversas instancias, sobre la particular problemática que venía rodeando a los menores ingresados en centros en los que, bajo diversas denominaciones, se pretendían arbitrar en su interés medidas de protección (y no de reforma) de especiales características. Ahora bien, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia, ha dado nueva redacción al art. 161 del Código Civil, que conlleva que la entidad pública (y no el juez) pueda restringir, condicionar o suspender las relaciones del menor desamparado con su núcleo afectivo de origen. Relaciones que se sustentan jurídicamente en el derecho a la vida privada y familiar, según doctrina constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, subsiste la posibilidad de establecer medidas de restrictivas, o limitaciones. Ante esta tesitura ¿es esta regulación suficiente? En principio parece que no, porque

las restricciones de la libertad son medidas de protección, como se evidencia en el art 25.2 al establecer que: *“El acogimiento residencial en estos centros se realizará exclusivamente cuando no sea posible la intervención a través de otras medidas de protección, y tendrá como finalidad proporcionar al menor un marco adecuado para su educación, la normalización de su conducta, su reintegración familiar cuando sea posible, y el libre y armónico desarrollo de su personalidad, en un contexto estructurado y con programas específicos en el marco de un proyecto educativo. Así pues, el ingreso del menor en estos centros y las medidas de seguridad que se apliquen en el mismo se utilizarán como último recurso y tendrán siempre carácter educativo”*.

Es decir, no deben cometer algún ilícito, pues son medidas de protección y en ningún caso constituyen sanciones, tampoco los menores son enfermos mentales. Así, solo deben causar alguna digresión social. Estas medidas de protección pueden llegar a evocar a las tomadas contra vagos y maleantes, declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

Para un estudio más detallado: vid. DíEZ GARCÍA, H.: “La intervención de la entidad pública en el régimen de las relaciones del menor desamparado con su núcleo afectivo de origen (análisis del artículo 161 del código civil tras la ley 26/2015, de 28 de julio, desde la perspectiva constitucional)”, *Derecho privado y Constitución*, Nº 30, 2016, págs. 11-74.

TÍTULO: “Referencia a algunos problemas planteados por la vigente regulación del desamparo fruto de la reforma efectuada por la Ley 26/2015, de 28 de julio”
 Comunicante: **Dra. Marta Ordás Alonso**: Profesora Titular de Derecho Civil. ULE

Máximo exponente de esta necesidad de otorgar una especial protección a las personas menores de edad, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 39 CE, es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Transcurridos casi veinte años de su entrada en vigor, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia (en adelante, LOPJM) reforman de forma sustancial el régimen de protección del menor de edad en el ordenamiento jurídico estatal.

Reforma que posee indudables virtudes, pero también, desde el punto de vista de la comunicante, presenta algunos problemas, muchos procedentes plasmar en un texto legal las decisiones judiciales. La ponencia se centra en el análisis de cuatro de ellos centrados en la institución de desamparo:

1º. La desjudicialización del desamparo, lo que se manifiesta no solo en el procedimiento de declaración del mismo sino también, por ejemplo, en la atribución de competencias a la entidad administrativa para suspender el régimen de visitas. Siempre que interviene un juez otorga mayores garantías, quien no interviene pues la declaración de desamparo es una mera resolución administrativa. Potestad

administrativa que será ejercida sin necesidad de autorización judicial previa ni ratificación a posteriori. Ante este escenario, ya la Defensora del pueblo alertó la necesidad de cambio de modelo, para ratificar estas medidas adoptadas por la administración. Esta supervisión judicial será a posteriori, y la comunicante comparte esta opinión, pues después de la reforma, ha habido muchas declaraciones no ratificación de la resolución administrativa.

2°. La dificultad, sino imposibilidad, de que concurren los requisitos exigidos por el art. 19 LOPJM para que tenga lugar el retorno del menor con su familia de origen. Estos requisitos tienen su origen en una resolución Tribunal Supremo, quien estableció en 2009 unas exigencias de casi imposible cumplimiento para que el menor pueda volver con sus padres, así el art. 19 bis. 3 dispone que: *“Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma”*.

De acuerdo con este precepto, no basta con una evolución beneficiosa de los progenitores, sino que debe eliminar el riesgo de desamparado y compensar el tiempo con la familia de acogida. Así podemos concluir que el retorno es muy difícil con su familia. En concreto por dos motivos. De un lado, por la suspensión del régimen de visitas. La ley de la que trae causa esta comunicación reformó los preceptos del Código Civil, al reconocer el derecho de relacionarse con sus progenitores pese a que no tengan la patria potestad, a menos que se suspenda o eliminen las visitas y comunicación mediante la resolución administrativa. La comunicante explicita que se incrementa esto el desarraigo, así cualquier suspensión debe basarse en causas motivadas y reservarse a razones graves. De otro, por el pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno. Este concepto jurídico indeterminado implica que cuando concorra la entidad pública puede constituir una guarda preadoptiva, y simplemente se notificará a los padres biológicos. Ello radica en posibilitar la adopción del menor sin consentimiento de los padres biológicos.

3°. El hecho de que se considere un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

4°. La brevedad de los plazos tanto para formular oposición a la declaración de desamparo como para promover ante la entidad pública el cese de la suspensión de la patria potestad y la revocación de la declaración de desamparo si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela.

Sobre las luces y sombras de la vigente regulación del desamparo: vid. ORDÁS ALONSO, M.: "Responsabilidad patrimonial de la Administración y desamparo", en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, ISBN 978-84-9090-244-8 Bosch, 2017, y ORDÁS ALONSO, M.: "El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Nº. 9, 2016, pp. 43-112.

TÍTULO: "Sobre el acceso a la nacionalidad española de los niños extranjeros en situación de acogimiento permanente"

Comunicante: **Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez**. Profesora Titular, acreditada Catedrática, de Derecho Internacional Privado. ULE

El motivo de selección de este tema viene derivado de la publicación, en el mes de marzo de 2017 por el Diario El Mundo, de un artículo bajo el título "Nacidos en España, niños sin Patria". En el mismo se indicaba la existencia de un grupo de menores nacidos en nuestro país, que siguen sin tener la nacionalidad española aunque viven en acogimiento de familias españolas, algunos de ellos llevan residiendo aquí más de 10 años por lo que cumplen los requisitos exigidos para la obtención de la nacionalidad española. Además, en este caso, podrían acogerse expresamente al art. 22.2.c) del Código Civil, como extranjeros que han estado sujetos legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos. Ciertamente, la previsión legal vigente recoge una reducción del plazo de diez años de residencia legal, recogida como regla general, a un año. Sin embargo, en la noticia periodística se subraya que estos menores se encuentran acogidos por familias, desde hace numerosos años y que, a día de hoy, solo cuentan con cédulas para extranjeros o, incluso, partidas de nacimiento donde se especifica que su nacionalidad es desconocida. Indudablemente, esta irregularidad conlleva obstáculos diarios y dificultades continuas tanto para estos menores como para sus familias, en las gestiones cotidianas no solo en el ámbito educativo o sanitario, sino también a la hora de viajar.

Para conocer la realidad fáctica descrita y las eventuales respuestas previstas por la legislación española, las Cortes Españolas se han hecho eco de la situación. Tanto en el Congreso como en el Senado ha habido varias actuaciones parlamentarias a tal fin: en la Cámara Baja, se formuló pregunta por don Ricardo Sixto Iglesias (GCUP-EC-EM) sobre situación de los expedientes presentados por la Comunidad de Madrid para solicitar la nacionalidad de los menores tutelados por la misma, así como fecha prevista para conceder la nacionalidad española a dichos menores (núm. reg. 33194). Y, en la Cámara Alta contamos, de un lado, con la pregunta realizada por el Senador por Eh-Bildu, Jon Iñarritu (GMX), sobre menores nacidos en el Estado y sin nacionalidad; y por otro lado, con una Moción por la que se solicita al Gobierno a la adopción de determinadas medidas en relación con la tramitación de los expedientes de nacionalidad de niños en situación de acogimiento permanente.

A raíz de la aprobación de la Moción mencionada, el 27 de junio de 2017, se ha instado al Gobierno para que agilice los procesos actuales de asignación de nacionalidad. De esta forma, se dispuso que, a partir de la aprobación de la moción, los expedientes en tramitación serán resueltos todos en un plazo máximo de seis meses; y, asimismo, se pidió que se defina y revise el protocolo actual, en coordinación con las comunidades autónomas, para que desde la solicitud no pasen más de seis meses hasta que los niños y niñas puedan obtener la nacionalidad. Esta medida sería una fórmula válida para agilizar el procedimiento de adquisición de nacionalidad; ahora bien, probablemente inviable, dado que aún no se ha dictaminado ninguna de las solicitudes de naturalización por residencia presentadas desde el 1 de enero de 2015, incluidas las realizadas vía telemática con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1004/2017, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

Ahora bien, los extranjeros menores, para lograr ser españoles no cuentan solo con la vía prevista en el art. 22.2.c) Cc; de hecho, se deben tener en cuenta otras dos instituciones a las que se puede recurrir: atribución iure soli y la carta de naturaleza. En primer lugar, en el ámbito de la atribución debemos mencionar el caso recogido en el art. 17.1.d) Cc. De acuerdo con este precepto, las personas a las que se les atribuye la nacionalidad española por el hecho de nacer en España está formado por: "los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español". Esta disposición ha sido interpretada por el Centro Directivo para resolver la solicitud realizada por la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia del Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat de Catalunya, con relación a una menor de filiación desconocida y que además se ignora el lugar del nacimiento. Es posible tanto la inscripción de nacimiento fuera de plazo como la eventual declaración de atribución de la nacionalidad española. Ambas cuestiones han sido abordadas en la Res. DGRN 2ª de 3 de julio de 2006 en la que se afirma que: "En efecto, el hecho de que falte la prueba directa del nacimiento en España del menor no excluye per se ni la admisibilidad de la inscripción fuera de plazo del nacimiento impetrada, ni el reconocimiento, conexo al anterior hecho, de la nacionalidad española del nacido por la vía del artículo 17 núm. 1, d) del Código civil que, como se ha visto, proporciona una prueba legal, por vía de presunción, sin necesidad de entrar ahora a valorar si basada o no en una ficción legal o en la verosimilitud del hecho presumido, del nacimiento en España de los menores en quienes concurra la siguiente doble circunstancia: a) que su filiación «no resulte determinada» y b) que su «primer lugar conocido de estancia sea territorio español»". En segundo término, también cabe recurrir a la carta de naturaleza, regulada en el art. 21 Cc, si se estima conveniente para reparar injusticias generadas por la propia Administración. No nos parece desproporcionado considerar a estos menores entre los extranjeros en los que concurren razones excepcionales.

Ningún menor de edad extranjero puede ser expulsado, y los no acompañados quedan bajo la tutela de las CCAA. Por ello, es posible que la mejor protección de los MENAS no siempre la encontramos en la normativa de extranjería. Desde nuestra perspectiva, para respetar y defender mejor sus derechos no debemos obviar las disposiciones relativas a la nacionalidad. Obviamente, si las instituciones de acceso a la nacionalidad

examinadas imponen superar excesivos obstáculos deberíamos considerar la posibilidad de conseguirla mediante la vía de la carta de naturaleza. La comunicante precisa que ante esta tesitura, el otorgarles la nacionalidad puede erigirse como solución, y en virtud de los pocos casos que suponen, recordemos que desde 1995 el Consejo de Ministros no ha llegado a superar las 6.000 concesiones de nacionalidad mediante Real Decreto. En todo caso, las previsiones establecidas en los arts. 17.1.d), 21 y 22.2.c) Cc deberían ser utilizadas más a menudo por las autoridades españolas en el caso de los menores extranjeros no acompañados como complemento al art. 35 de la LOEx. De esta forma eliminaríamos las situaciones de irregularidad que se están provocando en el momento en que el menor extranjero no acompañado alcanza la mayoría de edad conforme a su propia ley personal (art. 9.1 Cc).

Para el desarrollo de algunos de estos aspectos: vid: Álvarez Rodríguez, A.: “Españoles por carta de naturaleza: del privilegio a la reparación de los perjuicios causados”, *La Notaría*, núm. 3/2012, pp. 38-59; Álvarez Rodríguez, A.: *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Madrid, Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CCOO, Formación Continua, Ediciones GPS, 5ª ed, 2015. ISBN: 978-84-9721-576-3.

TÍTULO: “Libertad de conciencia del menor de edad y conflictos interculturales”
Comunicante: Dr. Salvador Tarodo Soria. Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. ULE

El comunicante se refiere, en primer lugar, al marco jurídico general en el que se desenvuelve el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia del menor de edad, para después analizar los casos más relevantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que se dilucidan cuestiones que afectan a la protección jurídica de las convicciones del menor de edad.

En las últimas décadas puede constatarse una evolución en la protección jurídica de la infancia que consiste en el reconocimiento de la plena titularidad de derechos que afectan a su personalidad y de la capacidad progresiva para ejercitarlos. El menor de edad, al igual que cualquier otro incapaz, ha dejado de ser considerado por el derecho como un sujeto pasivo sujeto a tutela, para pasar a ser concebido como un sujeto activo que participa en la búsqueda y satisfacción de sus preferencias, intereses y necesidades. La finalidad de la normativa, no es otra que la de promover su autonomía como sujeto en función de su progresiva capacidad para ejercerla. El ordenamiento jurídico ha reflejado esta tendencia, en la reforma del Código civil de 1981, que atribuye al menor de edad potestad para actuar por sí mismo de acuerdo con sus condiciones de madurez en los actos relativos a los derechos de la personalidad (art. 162.1). En el mismo sentido se mueve la Convención de derechos del niño de 1989 y la reciente Ley Orgánica de protección jurídica del menor de 2015, que ha sido profusamente analizada en otras ponencias de estas jornadas.

Es preciso, diferenciar, por tanto, entre la titularidad y el ejercicio de los derechos por parte del menor de edad: el menor de edad es siempre titular pleno de los derechos que afectan a su personalidad, mientras tiene progresiva capacidad para ejercitarlos por sí mismo en función de su madurez. Cuando no alcanza esa madurez suficiente, son los padres o tutores quiénes ejercitan los derechos en nombre del menor de edad, circunstancia que determina que su actuación no sea incondicionada, pues no son ellos los titulares de los derechos (a excepción, en nuestro ordenamiento jurídico, del derecho a elegir la educación moral y religiosa de los hijos –art. 27.3 CE–); sino que daba estar orientada a buscar el horizonte del interés del menor que prima sobre cualquier otro interés legítimo, que debe ser determinado en cada caso concreto, pero que ha sido identificado con la protección de sus derechos fundamentales y el libre desarrollo de su personalidad. La normativa nos permite, por tanto, identificar las dos coordenadas en torno a las cuales gira el ejercicio de los derechos parte del menor de edad: la suficiente madurez como criterio determinante de su ejercicio y la primacía del interés del menor en todas las decisiones que le afectan.

Por cuanto se refiere al derecho de libertad de conciencia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha sido muy clara al respecto, al establecer que: “desde la perspectiva del art.16 CE los menores de edad son titulares plenos de los derechos fundamentales [...], sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”.

Son varias resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que se analizan cuestiones que afectan al derecho a la libertad de conciencia. El ponente agrupa su estudio en tres grandes grupos: a) las cuestiones que afectan a la educación de los niños en la escuela, b) la utilización del velo también en la escuela, y c) separaciones matrimoniales y custodia de los menores por razones religiosas.

Para el desarrollo de algunos de estos aspectos: vid: MARTÍN-RETORTILLO, L.: *La afirmación de la jurisprudencia de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007. ISBN: 978-84-470-2702-6; TARODO SORIA, S.: “Minorías, identidades abiertas y libertad de conciencia”, en ABAD CASTELOS, M., BARRANCO AVILÉS, M^ªC y LLAMAZARES CALZADILLA, M^ªC. (coords.), *Derecho y Minorías*, Dykinson, 2015, pp.79-116. ISBN: 978-84-9085-620-8; y, TARODO SORIA, S.: “Conciencia y Libertad”, en BLANCO MERCADÉ, A. y NÚÑEZ CUBERO, M.^ª P. (eds.) *El arte de elegir en tiempos sombríos, Actas del XI Congreso Nacional de Bioética*, (2^a ed.), Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, pp. 60–99. ISBN: 84-695-9433-9. Como colofón, el Decano de la Facultad de Derecho Dr. Juan José Fernández Domínguez procedió al acto de clausura, en la que se puso de manifiesto que actos como el V Seminario, revitalizan la Universidad al otorgar un espacio para la divulgación jurídica y el debate.

III. CONCLUSIONES

Como corolario lógico, podemos afirmar que el V Seminario sobre relaciones internacionales ha cumplido con su fin, crear un lugar de encuentro donde se aborden temas relevantes, en concreto sobre la infancia de los menores extranjeros. 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 Actas del III Seminario sobre Relaciones Jurídicas Internacionales: el reto de la integración de los inmigrantes y su repercusión en la Unión Europea (INNAIN/GID-INI) junto con el Grupo de Investigación: Extranjería y Migración UNED. Asimismo, agradecer la colaboración de profesionales procedentes de diversas instituciones e investigadores y docentes tanto de la Universidad Pontificia Comillas como de la Universidad de León, que han acudido sin dudar a este encuentro, compartiendo sus saberes y conocimientos.

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>) y V Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: infancia, MENAS, resolución de conflictos familiares y culturales (<https://videos.unileon.es/es/serial/214.html>).

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

Profesora TU, acreditada Catedrática, de Derecho internacional privado
Universidad de León

Dña. IRENE DE LAMO VELADO

Becaria de Residencia de Verano, adscrita al Grupo de Investigación INNAIN
“Flujos migratorios”
Universidad de León

RELATORIAS DE LAS III JORNADAS NACIONALES DE DERECHO Y CIBERSEGURIDAD



Evento académico celebrado los días 25 y 26 de octubre de 2017 en el Auditorio Ciudad de León (día 25) y en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de León (día 26). Coordinado por la Prof.^a Dra. Dña. Isabel Durán Seco, Profesora Contratada Doctora (acreditada Profesora Titular) de Derecho Penal en la Universidad de León y por D. Francisco Pérez Bes, Secretario General de Instituto Nacional de Ciberseguridad de España

PRIMERA PONENCIA: «El impacto del RGPD en la abogacía»

Ponente: **Prof. Dr. D. José Luis Piñar Mañas**, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Centro de Estudios Universitarios San Pablo, Director de la Cátedra *Google* de Privacidad, Sociedad e Innovación

Moderadora: **Prof.^a Dra. Dña. Mercedes Fuertes López**, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de León

Relatora: **Dña. Marta González Aparicio**, Personal Investigador en Formación de la Universidad de León (Área de Derecho Financiero y Tributario del Departamento de Derecho Público)

La primera conferencia de las III Jornadas Nacionales de Derecho y Ciberseguridad comenzó con la intervención de la Prof.^a Fuertes López, quien agradeció al INCIBE y a al equipo decanal de la Facultad de Derecho de la Universidad de León la labor realizada en la organización de las referidas Jornadas, para posteriormente pasar a presentar al primer ponente, el Prof. Piñar Mañas, destacando algunos logros de su amplia trayectoria académica.

El Prof. Piñar Mañas comenzó su intervención señalando que, tal y como previamente indicó la Prof.^a Fuertes López, estamos ante un nuevo modelo de protección de datos, cuyos caracteres expuso detalladamente a lo largo de su ponencia.

La protección de datos es un derecho «nuevo», basado en los datos de carácter personal de personas físicas (no personas jurídicas), sujetos a tratamiento, si bien no

todo tratamiento de datos viola su protección. Su origen se encuentra en la II Guerra Mundial, a fin de evitar las prácticas realizadas por nazis y comunistas en este periodo derivadas del tratamiento informático de los datos personales de la población.

La generalización del uso de la informática condujo al legislador a proteger los datos personales frente al uso de la informática. Señala el ponente que precisamente este fin protector es lo que aparece en la base del art. 18.4 de la CE¹, que refleja una posición de recelo ante la informática y sus usos. A su vez, este fin protector fundamenta el derecho a la protección de todo tipo de datos de carácter personal. Las SSTC 290 y 292/2000 señalan que todos tenemos derecho a saber quién tiene nuestros datos, por qué y para qué, pudiéndonos oponer al tratamiento de esos datos, si bien con ciertos límites (p. ej. datos tributarios). La protección de datos supone la «autodeterminación informativa» sobre los propios datos, entendida como control sobre tales datos. Otra cuestión esencial en torno a este derecho es que su violación pasa desapercibida hasta que se producen las consecuencias derivadas del robo de identidad.

Los abogados y los despachos de abogados, como sujetos pasivos del derecho a la protección de datos, tienen la obligación de cumplir las previsiones sobre protección de datos en calidad de responsables o encargados del tratamiento. Tal protección va a estar regulada en un Reglamento que entrará en vigor el 25 de mayo de 2018 y que va a modificar el actual modelo de protección de datos de carácter personal. Se trata del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE².

Indica el Prof. Piñar Mañas que es la primera vez que se regula un derecho fundamental por medio de un Reglamento Europeo. Como todos los Reglamentos de la Unión Europea, tiene alcance general y es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, de modo que no es necesaria su trasposición, lo que supone que, tras su entrada en vigor, los operadores jurídicos deberán conjugar el texto del Reglamento con la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos.

A continuación se detalla la estructura sistemática del Reglamento, formado por 99 artículos y 173 considerandos. La clave de esta nueva norma es que establece un nuevo modelo, ya que, a partir de ahora, vamos a pasar de un modelo de gestión casi «administrativa» de los datos, a un modelo de gobierno responsable de la información en la que el responsable deberá hacer lo que considere conveniente para cumplir con el Reglamento y demostrar a la autoridad competente tal cumplimiento, en base al principio de responsabilidad proactiva del art. 24 y en la aproximación basada en el riesgo, lo que implica una mayor incertidumbre pero también la posibilidad de ajustar mejor el tratamiento de datos a la realidad (p. ej. implantando las medidas de seguridad que se consideren más adecuadas en función de los datos a proteger).

¹ El mencionado precepto señala «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

² DOUE I, 119, de 4 de mayo de 2016.

En este nuevo modelo la evaluación de impacto de la protección de datos va a tener un protagonismo esencial, así como la figura del Delegado de Protección de Datos, prediciendo diversos estudios nacionales e internacionales el incremento exponencial en el número de estos profesionales. También se fortalecen los derechos de los afectados, (p. ej. en relación a consentimiento), las autoridades en materia de protección de datos y se fija un modelo sancionador más estricto.

Es muy importante el carácter global del modelo y así lo indica en el art. 3, que señala que el Reglamento se aplica a todas las entidades que ofrezcan productos y servicios a quienes estén en la UE, independientemente de su tamaño, de modo que el alcance de este texto normativo es mundial.

Los principios del Reglamento son similares a los de la Directiva actual. Los Principios relativos al tratamiento, recogidos en el art. 5 del Reglamento son los principios de licitud, lealtad, transparencia, limitación de finalidad, minimización de datos, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad, confidencialidad y responsabilidad proactiva. En opinión del ponente, los principios de seguridad y finalidad son los más importantes en materia de protección de datos de carácter personal.

Las condiciones para el consentimiento aparecen en el art. 7, y en relación al mismo es destacable que en la actualidad el consentimiento puede ser tácito (y así ocurre en muchas ocasiones). Este consentimiento tácito es correcto conforme a la Ley actual, pero va a dejar de serlo conforme al Reglamento, lo cual va a requerir la transformación de esos consentimientos tácitos en expresos.

El art. 6 se refiere a la licitud del tratamiento, y dentro de este precepto el Prof. Piñar Mañas destaca el apartado f, que señala «el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño», señalando la dificultad para definir qué deben considerarse intereses legítimos.

Los derechos del interesado se amplían; hasta ahora eran los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), a los que se añaden otros derechos. Destaca el derecho de supresión o derecho al olvido del art. 17, con especial referencia a la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014, caso Mario Costeja. Otro de los derechos nuevos es el derecho a la portabilidad de los datos, recogido en el art. 20 del Reglamento, que supone un primer paso para que el particular reciba los datos que le incumban en un formato estructurado, de uso común y de lectura mecánica, y pueda transmitirlos. Si bien el Prof. Piñar Mañas considera que el precepto no logra totalmente su objetivo, sí supone un primer paso en su consecución.

El modelo también cambia debido a dos principios que a su vez son obligaciones: el principio de responsabilidad, establecido en el art. 24 del Reglamento, conforme al cual el responsable aplicará las medidas que considere adecuadas en función del riesgo; y el principio de privacidad desde el diseño por defecto, del art. 25.2 del Reglamento, que supone que el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el

momento de determinar los medios de tratamiento como en el del propio tratamiento, las medidas técnicas y organizativas apropiadas concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos.

A continuación, el Prof. Piñar Mañas trata la cuestión de la seguridad de los datos, recogida en los arts. 32 a 34 del Reglamento, cuya consecuencia es que el responsable deberá determinar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo en función de los criterios dados en el propio art. 32 (p. ej. seudonimización y cifrado de datos personales, capacidad para garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad, etc.). Estas medidas deben ser notificadas con carácter obligatorio a la autoridad de control de datos según el art. 33 (lo que supone una gran novedad respecto al modelo actual), y las violaciones de seguridad deben ser notificadas al interesado, tal y como indica el art. 34.

Se pone de manifiesto también la importancia de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (art. 35 del Reglamento), la necesidad de consulta previa (art. 36), así como la figura del Delegado de Protección de Datos, que debe ser una persona con formación jurídica, cuya presencia es obligatoria en todas las entidades públicas y en las entidades privadas que traten datos a gran escala, si bien el Reglamento no precisa qué es tratar datos a gran escala. La Agencia Estatal de Protección de Datos (AEPD), junto con la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), ha aprobado un esquema de acreditación para certificar a los sujetos que deseen ejercer como Delegados de Protección de Datos. Está acreditación no es obligatoria en la actualidad pero es recomendable.

El nuevo Reglamento potencia la autorregulación, regula las transferencias internacionales de datos (arts. 44 a 50) y las autoridades de control independientes. En el modelo europeo la existencia de estas autoridades es esencial, siendo el primer derecho fundamental con la exigencia de una autoridad de este tipo para su salvaguarda. El TJUE ha dictado varias sentencias indicando cuáles son las notas que deben garantizar la independencia de la autoridad de control. Esta autoridad tiene un papel fundamental en el modelo y también en el ámbito de cooperación y coherencia (arts. 60 a 67) entre los países de la Unión Europea. En este punto destaca la situación que tiene lugar cuando un ciudadano de un país de la Unión sufre una violación en sus datos personales por una entidad residente en otro Estado de la Unión. En estos casos, la reclamación se presenta en el Estado de residencia del particular, pero resuelve la Agencia de Protección de Datos del Estado de residencia de la entidad. Si tal Agencia desestima o inadmite, la Agencia del tercer Estado traslada la resolución al Estado de residencia del particular para que sea esta la que adopte la decisión y notifique directamente al reclamante.

Por otro lado, se fortalece mucho el derecho a indemnización y el régimen sancionador, con sanciones de hasta 20.000.000€o, tratándose de empresas, el 4% del volumen de negocios total anual global.

Para concluir, el Prof. Piñar Mañas destacó que está en marcha la adaptación de la legislación española al Reglamento por vía de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, actualmente en fase de anteproyecto, constandingo de 8 Títulos. El núcleo

esencial de esta Ley serán las directrices dadas por el Reglamento. Todo ello cambia la gestión y el enfoque de la protección de datos con una gran importancia de la figura del responsable, lo que nos sitúa ante una situación poco conocida, en especial para los juristas, que deben afrontar este reto en el ejercicio de su actividad.

Comentarios de la relatora

De la exposición del Prof. Piñar Mañas destaca el papel protagonista del Reglamento 2016/679 en el cambio del modelo de protección de datos de carácter personal vigente en la actualidad. Este cambio de modelo en el Reglamento, de directa aplicación en toda Europa, instaura «la cultura de la privacidad de las organizaciones», de modo que los tratamientos de datos deben respetar los derechos de los interesados y, para ello, ese respeto debe formar parte de la cultura de la organización.

Además, se amplía el número de derechos reconocidos, pues a los ya clásicos derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) se añaden dos nuevos derechos, el denominado «derecho al olvido», como efectivo derecho de supresión, y el derecho a la portabilidad de datos.

Por otro lado, se introduce la figura del Delegado de Protección de Datos, cuyo nombramiento es obligatorio para todos los organismos públicos (con la excepción de tribunales en aplicación de la función judicial) y las entidades privadas, sean estas consideradas responsables o encargados del tratamiento, cuyas actividades principales supongan la «observación habitual y sistemática de interesados a gran escala» o el «tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos».

Este nuevo marco en la protección de datos y el previsible incremento en la demanda de Delegados de Protección de Datos con formación jurídica, que se configuran como una de las piedras angulares sobre las que pivota el sistema, supone una oportunidad para los juristas y a la vez un desafío con amplias posibilidades de ser aprovechado.

SEGUNDA PONENCIA: «Ciberseguridad y derechos fundamentales: tensiones y conexiones»

Ponente: Prof. Dr. D. Juan Antonio García Amado, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León

Moderadora: Prof.^a Dra. Dña. Isabel Durán Seco, Profesora Contratada Doctora (acreditada Profesora Titular) de Derecho Penal de la Universidad de León

Relatora: Dña. Dhyana Stephania Serrano Suárez, doctoranda de la Universidad de Salamanca (Área de Derecho Penal del Departamento de Derecho Público General), Colaboradora Honorífica de la Universidad de León

Esta ponencia se enmarca dentro de la mesa de trabajo titulada «Derechos fundamentales y minoría de edad». La moderadora de la mesa, la Prof.^a Dra. Dña. Isabel Durán Seco, Profesora Contratada Doctora (acreditada Profesora Titular) de Derecho Penal de la Universidad de León, después de presentar al Prof. García Amado, le cede la palabra. El ponente inicia señalando que hay una enorme vulnerabilidad de la información que se almacena en los ordenadores y que circula por la red. De igual modo, alude al hecho de que los profesores de Derecho saben muy poco de cuestiones de ciberseguridad y tampoco hay una materia que verse sobre los

problemas jurídicos de las nuevas tecnologías. Las cifras denotan la relevancia del tema: en el año 2010, al parecer, se colgaron en *Facebook* 30.000 millones de fotos y los datos del año 2015 señalan que eran 10.500 millones de fotos las que se colgaban mensualmente, lo cual suma casi 127.000 millones de fotos al año. Si a esto se suma las fotos que circulan por *WhatsApp* resultarían cifras verdaderamente impresionantes.

Menciona el ponente que uno de los principales expertos en cuestiones que tienen que ver con la ciberseguridad, especialmente con el derecho a la privacidad o a la intimidad: el Prof. Dr. Alessandro Acquisti, italiano, de la Universidad de Carnegie Mellon. Este autor revela algunos experimentos que se realizaron hace 5 o 6 años, uno de los cuales consistía en tomarles una foto a algunos sujetos experimentales (estudiantes) para posteriormente someterla a una aplicación de tratamiento o reconocimiento de imágenes y en cuestión de segundos en el ciberespacio aparecieron imágenes de ese sujeto con muy poco margen de error. Y no solo eso, sino que a partir de esas imágenes y con la utilización de otros programas conseguían hallar datos de la vida privada de esos sujetos.

Seguidamente, el ponente se cuestiona sobre cuántas son las preocupaciones que las personas serían capaces de asumir si no solo fueran celosos de su derecho a la intimidad, sino que además estuvieran preocupados por sus relaciones cotidianas, familiares y sentimentales. Es el caso del registro de datos que se espera mantener en el anonimato como pago de moteles.

Asimismo refiere que en la película *Minority Report* de Tom Cruise, se ve como cuando el actor pasa por cierto pasillo se va proyectando publicidad personalizada para él. Y de hecho ya empiezan en algunas ciudades a utilizar unos sistemas de publicidad personalizada en razón del coche; es decir que en las vallas publicitarias se va a proyectar una cosa u otra en razón al vehículo que esté circulando en un determinado momento.

El Prof. García Amado se cuestiona si somos completamente transparentes, plantea que para dejar de serlo posiblemente tendríamos que desconectarnos de muchas cosas, debido a que en los últimos tiempos se habla de computación ubicua, que implica que las nuevas tecnologías se integran en el entorno de la persona, lo cual implica que los dispositivos se encuentran todos interconectados entre sí y conectados con el mundo. Además, las aplicaciones que se utilizan para el cuidado de la salud, como las que llevan los deportistas, están transmitiendo constantemente datos sobre todo: por donde se mueve la persona, cuales son sus pulsaciones, síntomas, etc. Algunos datos señalan que normalmente, los usuarios de estas aplicaciones no leen las condiciones de privacidad, de hacerlo les tomaría unos 25 días al año.

Siendo este contexto al que nos sometemos, una conclusión elemental es que tal vez no existe una plena consciencia o no se educa para asumir responsablemente las consecuencias de lo que hacemos cuando damos nuestros datos, cuando enchufamos nuestros aparatos o cuando llevamos encendida la ubicación de nuestro móvil.

Por otra parte, el Prof. García Amado señala que en una ocasión uno de los habituales comentaristas de su *blog* le pidió borrar todos los comentarios que había hecho, pues le estaban haciendo una prueba en una empresa y quizás había dicho cosas que no le convenía que se supieran. Ante lo cual refiere que es completamente conocido que lo primero que hacen los departamentos de personal de las empresas es ir a hacer rastreos en las redes y el ciberespacio de la persona que desean contratar. Si esa empresa o departamento administrativo tiene suficiente habilidad, recursos, destrezas y competencias, se puede encontrar en la red con un completo perfil de la persona que incluya: su estado de salud, sus hábitos, sus gustos, etc.

Es evidente que hay un conocimiento nuestro que nos expone a cualesquier uso y ahí está lo que el ponente llama «la paradoja de la privacidad». La bibliografía sobre ciberseguridad y derecho a la intimidad subraya que, en las encuestas, las personas señalan que les importa en gran medida el derecho a la intimidad, pero simultáneamente no son conscientes de que se están desnudando de múltiples maneras, y a veces literalmente.

El ponente refiere que, para organizar una asignatura sobre problemas de ciberseguridad y derechos fundamentales, habría que hacer toda una clasificación o una casuística que pondría a los juristas en la tesitura de poner a prueba gran parte de teorías y conceptos que se creen muy consolidados. La ciencia y la tecnología avanza en su capacidad para plantear retos o para atacar ciertos bienes o derechos como la intimidad; pero no solo, también el honor o la propiedad, entre otros.

Hoy en día los sujetos pasivos y activos de los ciberataques pueden ser los Estados, las personas jurídicas (básicamente las empresas) y los propios sujetos particulares. Hay acuerdo entre los expertos en señalar que el escenario de las próximas guerras (sino ya las actuales) será el ciberespacio. Durante la última década no en vano los Estados desarrollados han puesto en marcha políticas o estrategias de ciberseguridad nacional. Hay estudios que señalan cómo los Estados organizan estas cuestiones, por ejemplo: en que manos se pone la coordinación del mando supremo cuando hay un ataque muy grave contra instalaciones básicas de un Estado; cómo se lleva a cabo la coordinación entre los distintos organismos estatales; o cómo la coordinación entre los aparatos públicos y las empresas privadas.

De hecho, las guerras antaño transcurrían mediante el enfrentamiento físico de quienes integraban los ejércitos. El desarrollo tecnológico trajo la posibilidad de matar al enemigo sin el encuentro físico con él, por ejemplo bombardeando, pero en la actualidad los bombardeos se hacen con drones y a través de la utilización de programas en sustitución de armas. Ahora vemos que los Estados ya no se están armando con bombas ni buques de guerra sino con *hackers*. Por ejemplo, Corea del Norte tiene un auténtico ejército de *hackers* dispuestos a atacar a sus enemigos reales o imaginarios. Ese Estado que puede ser víctima de ataques, al mismo tiempo se tiene que armar convirtiéndose en un riesgo para los derechos personales y para el derecho a la intimidad.

El ponente relata que el hoy Rey de España, entonces Príncipe de Asturias, acudió en una ocasión a una universidad. Ya que era grande la preocupación en cuanto a su seguridad, el comisario de Policía mencionaba que estarían «haciendo barridos en el

ciberespacio» y la máquina estaría monitoreando las conversaciones para asegurarse de que no hubiera peligro. Lo cual evidencia que los Estados sufren ataques que tienen que prevenir y aumenta su capacidad para intervenir en nuestras comunicaciones, lo cual podría poner en riesgo nuestra intimidad.

Por otra parte, las empresas también sufren ataques; por ejemplo, los realizados contra *JP Morgan*, *eBay* y *Adobe*. Los piratas pueden obtener nombres, datos, claves, números de tarjetas, etc.; estas empresas, a su vez, entran en el contraataque y ponen en peligro la intimidad. No obstante, el derecho a la intimidad también puede ser puesto en peligro cuando una persona accede al móvil de otra para establecer su ubicación. También sucede que un Guardia Civil de cierto ámbito de seguridad, solo con el número de matrícula de un vehículo puede verificar en su ordenador donde fue captado por un radar o si tiene alguna multa.

Desde el punto de vista jurídico a esas intromisiones en nuestra información le podemos dar todo tipo de calificación. La fácil es la penal, pues hay conductas que son delito. Hay toda una casuística de comisión mediante instrumentos informáticos; y de esta manera estamos protegiendo los bienes jurídico penales tradicionales frente a modos de acceso actuales. Pero existen algunos casos en que nos movemos un poco en el limbo. Por ejemplo, los casos en que las empresas de telefonía, de seguros, o de energía (los tres grandes tipos de empresas delincuentes contra el derecho a la intimidad y la salud) se hacen con números de teléfono y llaman para ofrecer un cambio de compañía o descuentos.

El ponente cuestiona cuál es el tratamiento jurídico que merece o se puede dar a quien nos envía sistemáticamente *spam* o correo electrónico no solicitado con fines publicitarios. En esta materia se presenta una especie de limbo por el hecho de que el servidor en cuestión estará en un lugar inaccesible para el común de las personas. Posteriormente se pregunta: ¿qué pasa con los llamados *big data*?, y además se cuestiona sobre la legalidad o ilegalidad de la construcción de perfiles de las personas a partir del procesamiento de datos de cientos y miles de personas.

Otro experimento al que hace mención el ponente es aquel en el que a partir del nombre de una persona, los experimentadores acceden a la lista de sus amigos en internet y consiguen establecer quienes son sus dos mejores amigos; generalmente un programa lo hace con alto grado de certidumbre. Fundiendo las imágenes de los dos amigos construyen una imagen única. El experimento consiste en establecer que si a una persona le llega un mensaje con la imagen de un vendedor ofreciéndole un producto comercial, esta reacciona con frialdad y distancia porque se lo está vendiendo alguien que no conoce. Pero es diferente si es esa imagen familiar la que le llega, a pesar de que la persona es incapaz de reconocerla y no llega siquiera a sospechar que la foto es la fusión de los dos mejores amigos. Al existir una familiaridad inconsciente se siente una proximidad que aumenta enormemente la probabilidad de realizar un trato. A partir de lo cual se generan interrogantes respecto a cómo se gestiona el derecho a la intimidad.

El ponente indica que la literatura menciona dos paradojas. La más importante es la «paradoja de la privacidad», que consiste en lo siguiente: a menudo el descuido al

manejar datos nuestros es exactamente proporcional a nuestra preocupación por la intimidad; es decir, muchas veces las personas que se proclaman más celosas de su privacidad, acaban siendo las más inclinadas a ofrecer todo tipo de datos. Esto se suma a la llamada «paradoja del control», que señala que es muy fácil engañar a las personas también. Hay investigaciones muy interesantes relacionadas con el último premio nobel de economía el Dr. Richard H. Thaler, uno de los fundadores de la llamada economía conductual, teoría que plantea que las personas no son sujetos racionales como señalaba el pensamiento económico clásico, sino que actúan y razonan determinados por sesgos, lo que tradicionalmente se conoce como prejuicios, y por heurística. La manera de engañar es hacerle pensar a las personas que tienen el control, por ejemplo, cuando les piden una serie de datos y posteriormente les preguntan si quieren que esos datos se hagan públicos o no. Si bien la persona marca «No», procede a proporcionar gran cantidad de información personal. Lo que ha ocurrido es que la persona ha afirmado que no desea que la información la hagan pública, mas no que no la traten de determinada manera.

Afirma el Prof. García Amado, que está bien que en algún lugar se procesen esos datos que piden las aplicaciones que se utilizan para salir a correr, en razón a que tiene utilidad científica, pero muchas personas son enormemente celosas de su intimidad. Por lo que el ponente expone su tesis: Tal vez se deba cambiar el concepto sobre ciertos derechos fundamentales. Muchas veces se pretende acceder a ciertos beneficios como la pensión sin tener los requisitos de trabajo requeridos. Queremos disfrutar al máximo de todo, pero al mismo tiempo que se nos respete todo enormemente y nos sentimos «titularísimos» de unos derechos que no solo son inalienables, sino incuestionables.

En otras palabras, la tesis del ponente es que primero: en cuestiones de derecho a la intimidad, quizás deberíamos relajarnos un poco. Debido a que vamos siendo transparentes hay que aprender a vivir en esa situación y en esa tesitura. Si queremos beneficiarnos de la información tenemos que asumir que nos convertimos en información. Y tal vez más que utilizar el instrumento jurídico con un ánimo inútilmente represor, lo que convendría es que desde las escuelas hasta las universidades se enseñara a manejar responsablemente la información. Segundo: si publicamos nuestra información tenemos que asumir la responsabilidad. Tercero: precisamente estos autores de la economía conductual se han inventado el concepto de *nudge*, que significa «empujón» o «empujoncito», que trata de cómo no es útil el paternalismo de la prohibición. Lo que hay que hacer es enseñar e impulsar, incentivar a la gente a un uso responsable de su información, así como incentivar a las empresas, en particular a las empresas tecnológicas, para que lleven a cabo los desarrollos de los programas y las aplicaciones que permitirían, sin mucho coste adicional, una mejor protección de nuestra intimidad.

El Prof. García Amado finaliza su exposición aclarando que su tesis de fondo es que en estas materias debemos llegar a una cierta combinación de más responsabilidad y menos histeria. Debemos reservar el Derecho y la represión, la *ultima ratio*, para atentados verdaderamente graves contra bienes auténticamente básicos, cuyo daño no se deba a una irresponsable y deliberada exposición por nuestra parte.

Comentarios de la relatora

La exposición del Prof. García Amado combina varios temas de relevancia en la nueva era digital relacionadas con la paradoja seguridad *vs.* privacidad, la utilización de información personal por parte de Estados y empresas, así como la ciberguerra y el ciberespionaje. En cuanto al ciberespionaje que pueda ser realizado por parte de los Estados, considero, tal como lo expone Hanni Fakhoury, que existe un marco legal en el que se define cómo puede un Estado llevar a cabo la vigilancia y hacerlo de tal manera que respete los derechos humanos; ya sea la vigilancia al interior del Estado, para reprimir la comisión de delitos, cómo la vigilancia fuera del país. Ello se encuentra consagrado en trece principios que al respecto se deben seguir: legalidad, necesidad, transparencia y proporcionalidad, entre otros; principios que difícilmente pueden obviarse en un Estado Social de Derecho que sea garante de los derechos humanos. No queda duda de que la exposición que actualmente decidimos hacer de nuestra información personal en las redes sociales, *blogs* y aplicaciones, conlleva asumir responsabilidad por ello. Una de las conclusiones que comparto con el ponente es la necesidad de educar a los ciudadanos en temas de ciberseguridad, logrando de esta manera una conexión entre gobiernos, empresas y el ámbito académico, especialmente lo que se refiere al manejo del *big data*, lo que quizás permitiría que la privacidad y la ciberseguridad puedan complementarse o al menos no entorpecerse. También hay que reconocer que el análisis masivo de esta información que es subida a la red por los usuarios puede traer múltiples beneficios y tal como lo expone la ingeniera en computación Dña. Érika Azabache, puede ayudar a revelar tendencias y estadísticas que facilitan la toma de decisiones para optimizar procesos, reducir costos o encontrar soluciones para los problemas de la vida cotidiana. Asimismo, en el sector bancario, a través de este procedimiento se puede reducir el riesgo de los fraudes, mejorar el conocimiento de los clientes para optimizar las ofertas y desarrollar nuevos productos, alentar la puntualidad de los pagos por parte de los consumidores e impulsar la rentabilidad. Azabache apunta que incluso a través de la aplicación del análisis de *big data*, es factible aliviar el problema del tráfico en las ciudades, permitiendo crear conocimientos que propician la aparición de nuevos emprendimientos, modelos de negocios y *startups* innovadoras. Finalmente, con el Prof. Dr. Alessandro Acquisti, considero que una de las peleas decisivas de nuestro tiempo será la pelea por el control de la información personal. La pelea por que el *big data* se vuelva una fuerza de libertad en lugar de una fuerza que nos manipule desde las sombras.

TERCERA PONENCIA: «Límites de la Ley en la protección de menores en internet»

Ponente: **D. José Fernández Díaz**, Jefe de la Sección de Informática del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación de León

Moderadora: **Prof.^a Dra. Dña. Isabel Durán Seco**, Profesora Contratada Doctora (acreditada Profesora Titular) de Derecho Penal de la Universidad de León

Relatora: **Dña. María Nieves Alonso García**, Personal Investigador en Formación de la Universidad de León (Área de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Público)

El ponente, D. José Fernández Díaz, inicia su intervención destacando el crecimiento que ha experimentado el uso de las tecnologías de la información y comunicación en los últimos años, siendo especialmente significativo este incremento entre los más jóvenes. La proporción de uso de tecnologías de información por la población infantil (de 10 a 15 años) es, en general, muy elevada.

La evolución de los resultados según la edad sugiere que el uso de internet es una práctica mayoritaria en edades anteriores a los 10 años. Por su parte, la disposición de teléfono móvil se incrementa significativamente a partir de los 10 años hasta alcanzar el 90,9% en la población de 15 años.

En cuanto a las motivaciones en el uso de las tecnologías, el 15'8% afirma que les proporciona bienestar y casi un 10% señala que es útil para evadirse de los problemas.

El uso de estas tecnologías por los menores genera dificultades para el control parental. A fin de ejemplificar la extrema facilidad y la falta de controles para el acceso a las nuevas tecnologías por parte de los menores, puede tenerse en consideración la creación por parte de un menor de 12 años de Torreveja de un canal de *Youtube* con el objetivo de obtener ganancias por su actividad como *youtuber*. Para ello, dicho menor, con la ayuda de un amigo, creó en agosto de 2016 su canal y cuenta de *Google Adwords* para empezar a cobrar por cada vídeo que publicara gracias a la publicidad. *Google Ireland* le solicita al menos 100.000 euros en concepto de publicidad de su espacio. La multinacional empezó a cargar cantidades de 50 a 150 euros en la cuenta del menor. El gasto creció de forma exponencial, llegando en septiembre de ese mismo año a superar los 78.000 euros. La entidad bancaria asociada a la cuenta se puso en contacto con los padres como titulares para informarles de los extraños movimientos, momento en el cual el menor desactiva su cuenta.

En la última década han proliferado los delitos relacionados con las nuevas tecnologías tales como el ciberacoso, el *cyberstalking*, *happy slapping* o sextorsión, que tienen entre los menores en muchas ocasiones a sus víctimas, por su rango de conocimiento en el acceso a las nuevas tecnologías y su especial vulnerabilidad.

Es especialmente significativo destacar la inexistencia de control de acceso para la creación de cuentas en las redes sociales. Conforme a la normativa española, el art. 13.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, establece que «Podrá procederse al

tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores». Por consiguiente, el consentimiento para el tratamiento de los datos personales solamente puede ser otorgado por el interesado, salvo en el caso en que el afectado sea menor de 14 años o incapaz, en cuyo caso deberá ser otorgado por sus padres o tutores, sin perjuicio de que estos deban completar la capacidad del menor, aunque sea mayor de 14 años, en aquellos supuestos en que una ley así lo establezca.

Una de las medidas encaminadas a proteger a los menores por parte de sus padres y tutores es la no disposición de tarifa de datos en sus teléfonos móviles. Llevado a la práctica, ha supuesto en ocasiones el acceso de los menores a través de las redes wifi. Su acceso libre supone la utilización indiscriminada desde sus dispositivos móviles de aplicaciones, redes sociales y demás herramientas de acceso a internet.

Asimismo, ha sido objeto de cuestionamiento la responsabilidad de la red social en tanto en cuanto no ejerce ningún control de acceso para su utilización por parte de los menores. A tenor de esta situación, se plantea la aplicación del art. 1.263 del Código Civil conforme al cual «No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial».

En cuanto a la responsabilidad que pudiera ostentar la red social, el art. 98.9 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias establece que «Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere. El empresario deberá adoptar las medidas adecuadas y eficaces que le permitan identificar inequívocamente al consumidor y usuario con el que celebra el contrato».

Por lo que respecta al control parental de los menores, cabe tener en consideración los arts. 4 y 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, conforme a los cuales los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

La brecha digital supone otra de las dificultades a la que se enfrentan los progenitores de cara al sometimiento de control a sus hijos.

Es significativa al respecto la entrevista realizada al Magistrado-Juez de Menores de Granada, el Ilmo. Sr. D. Emilio Juan Ildelfonso Calatayud Pérez, quien sostiene que

es preciso tener en cuenta el art. 155 del Código Civil, en virtud del cual «Los hijos deben: 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, respetarles siempre. 2.º Contribuir según sus posibilidades al mantenimiento de la familia». Calatayud Pérez recurre a los supuestos prácticos que han sido objeto de su enjuiciamiento, haciendo referencia a niñas que fueron castigadas sin móvil y como respuesta maltrataron a sus madres con lesiones graves o intentaron suicidarse por no disponer de aquel. El Magistrado-Juez justifica la violación de la intimidad de los hijos a fin de evitar consecuencias gravemente dañosas para el menor.

Comentarios de la relatora

Las nuevas tecnologías avanzan a una velocidad vertiginosa que dificulta la adaptación de la normativa a unas circunstancias en constante cambio. Ello implica en algunos supuestos situaciones de desprotección. En los menores se enlazan dos características que dificultan su total protección: por un lado, son el sector de la población que adquiere con mayor rapidez el dominio de estas nuevas tecnologías y, por otro, su especial vulnerabilidad supone que sean objeto de los riesgos de la red. La Ley en algunos casos limita la protección de los menores en internet. Es preciso, a fin de adaptar la normativa a la nueva era digital y evitar situaciones de desprotección, regular aspectos como el consentimiento otorgado por los menores, introducir controles de acceso con límites de rangos de edad, así como facilitar el control parental del uso de las nuevas tecnologías.

CUARTA PONENCIA: «El enésimo capítulo de tensión entre privacidad y seguridad: la obligación de conservación y cesión de los metadatos relativos a las comunicaciones electrónicas»

Ponente: **Prof. Dr. D. Luis Ángel Ballesteros Moffa**, Profesor Titular (acreditado Catedrático) de Derecho Administrativo de la Universidad de León

Moderador: **Prof. Dr. D. Salvador Tarodo Soria**, Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de León

Relatora: **Dña. Tamara Álvarez Robles**, Personal Investigador en Formación de la Universidad de León (Área de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Público)

El moderador, Prof. Dr. D. Salvador Tarodo Soria, comienza con la presentación del Prof. Dr. D. Luis Ángel Ballesteros Moffa y de su ponencia «El enésimo capítulo de tensión entre privacidad y seguridad: la obligación de conservación y cesión de los metadatos relativos a las comunicaciones electrónicas». En particular, la ponencia se fundamenta en su reciente investigación: «La difícil situación de la Ley 25/2007 de conservación y cesión de datos de tráfico y localización en las comunicaciones electrónicas: la “tala” de su base comunitaria y los desfavorables vientos desde sus homólogas europeas», publicada en la Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, núm. 44, mayo/agosto 2017, p. 42 y ss.

El moderador cede la palabra al ponente, no sin antes advertir que nos encontramos ante un profesor de la Facultad con un reconocido prestigio en la investigación del Derecho Administrativo y con varios artículos publicados en relación al tema que se nos presenta.

Comienza D. Luis Ángel Ballesteros indicando que el problema a tratar representa un capítulo específico pero importante en la tensión privacidad-seguridad, junto con otros, como la nueva Directiva de policía en materia de protección de datos, Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo; o la también novedosa Directiva de transferencia de datos PNR en la lucha contra el terrorismo y delincuencia grave, la Directiva (UE) 2016/681, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

Si bien, la intervención se centra en el problema, también actual, de la obligación de conservación preventiva de los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas. Un tema que atañe a varias normas europeas e internas, como las siguientes: el Reglamento europeo de protección de datos, la Directiva 2002/58/CE de privacidad electrónica y la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Ante este marco normativo complejo, seis apartados exponen los puntos más importantes que derivan del estudio del mismo:

- 1) Adaptación del instituto de protección de datos a los distintos ciclos tecnológicos; en particular, a las comunicaciones electrónicas, servicios de la sociedad de la información y nuevos servicios basados en internet. Nos permitirá concretar el régimen jurídico.
- 2) Riesgos especiales de la privacidad electrónica, aparte de los generales también en el ámbito de las comunicaciones electrónicas (internet).
- 3) El riesgo de los datos de conexión o metadatos relativos a las comunicaciones electrónicas: régimen jurídico de protección (haz de protección).
- 4) Privacidad como un derecho que no es absoluto; en particular, la tensión al enfrentar la privacidad con seguridad.
- 5) Ejemplo paradigmático de esta tensión afecta a datos de conexión: la obligación de conservación preventiva y cesión con fines de seguridad/penales (envés de protección): dos fases temporales de su régimen jurídico.
- 6) La incidencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta obligación legal de conservación: actúa como «guardián» de la privacidad en detrimento de la seguridad, debiendo destacar dos sentencias: *Digital Rights Ireland* de 2014 (invalidez de Directiva específica), y *Tele2 Sverige AB* de 2016 (no conforme a Derecho europeo); que traen como consecuencia la afeción de la Ley 25/2007 de conservación de datos de comunicaciones electrónicas, aún vigente y no modificada a este respecto.

De este modo, y una vez expuestos los apartados anteriormente reseñados, el Prof. Ballesteros Moffa, infiere de su estudio anterior las siguientes conclusiones.

Las normas de los Estados miembros de la Unión Europea sobre conservación preventiva y generalizada de datos generados o tratados en las comunicaciones electrónicas, al menos en su tenor literal, han recibido dos sacudidas de alcance por parte del Tribunal de Luxemburgo: primero, la declaración de invalidez de su Directiva 2006/24/CE de origen que, tras los atentados de Madrid y Londres, pretendía la obligatoriedad y armonización de esta valiosa técnica de lucha contra la delincuencia (STJUE *Digital Rights Ireland* de 2014); después, su propia disconformidad en cuanto resulten contrarias a las exigencias de proporcionalidad anticipadas en la primera Sentencia, pero a la luz del art. 15.1 de la Directiva 2002/58/CE, donde se reconocía ya con carácter general tal posibilidad en el marco de sus posibles excepciones (STJUE *Tele2 Sverige AB* de 2016).

Estamos ante el enésimo capítulo de tensión entre seguridad y privacidad, bajo el árbitro de la doctrina de limitación de los derechos fundamentales, sancionada por la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales.

Por cuanto la conservación y eventual cesión a las autoridades competentes de los metadatos son, en efecto, un claro exponente de limitación de los derechos y obligaciones de privacidad, traducidos para las comunicaciones electrónicas en forma de confidencialidad y supresión de los mismos tras el cumplimiento de sus funciones técnicas o exigencia de consentimiento para los tratamientos comerciales.

Todo ello en un momento de ambiciosa renovación (europea e interna) del régimen jurídico de los datos personales, a la vez que se hace más exigente desde esta perspectiva la lucha común contra la delincuencia organizada y el terrorismo, según evidencian la Directiva (UE) 2016/680 de policía y la Directiva (UE) 2016/681 de transferencia de datos PNR.

Ahora bien, más allá de la inaplicación o desplazamiento de las disposiciones de la LCD en virtud de la jurisprudencia analizada por el principio de primacía del Derecho europeo, lejos de considerarse fallida, no debe renunciarse a esta moderna herramienta de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves. Recae en el legislador la importante misión de perseverar en ella, aunque ajustada a los requerimientos jurisprudenciales: sí conservación preventiva pero selectiva, pese a que la Propuesta de Reglamento sobre privacidad y comunicaciones electrónicas, en el contexto de las limitaciones por fines de seguridad, no recoge ya la previsión general de la posible conservación de los metadatos. Su retención y cesión han de seguir ilustrando la subordinación justificada de la privacidad a las exigencias de seguridad en un escenario internacional de creciente preocupación por la misma.

En suma, como ha reconocido la Corte Europea, el Derecho de la Unión «no se opone a que un Estado miembro adopte una normativa que permita, con carácter preventivo, la conservación selectiva de datos de tráfico y de localización a efectos de la lucha contra la delincuencia grave» (apartado 108), asumiendo así la principal tesis de las conclusiones del Abogado General de que «una obligación general de conservar datos

es compatible con el régimen establecido por la Directiva 2002/58 y, por lo tanto, que un Estado miembro puede hacer uso de la facultad ofrecida por el art. 15, apartado 1, de dicha Directiva con el fin de imponer una obligación de esta índole. El recurso a esa facultad está, no obstante, supeditado a que se cumplan estrictamente los requisitos establecidos no solo en dicha disposición, sino también de las disposiciones pertinentes de la Carta leídas a la luz de la Sentencia *Digital Rights Ireland* [...]» (apartado 116).

Hay que recordar que el art. 6 de la Carta no solo reconoce el derecho de toda persona a la libertad, sino también a la seguridad.

Lamentablemente, la amenaza del terrorismo y la delincuencia organizada a escala global no permite prescindir de ello, aun cuando haya que cohonestarlo con el menor impacto para los derechos afectados: el imprescindible para los objetivos perseguidos, en la permanente búsqueda de este delicado equilibrio.

Concluye el ponente, el Prof. Ballesteros Moffa, con la siguiente reflexión: El camino no pasa por arrumbar esta herramienta sino ajustarla a los requerimientos de equilibrio entre seguridad y privacidad, según la doctrina marcada por el Tribunal de Luxemburgo. Si a Jueces y Tribunales puede corresponderles la inaplicación total o parcial del régimen actual por su contradicción con el Derecho europeo, en el legislador recae la importante misión de mantener esta estrategia de seguridad, modificándola o renovándola según los requerimientos comunitarios.

Comentario de la relatora

Atendemos a la confrontación entre dos principios vertebradores, cuales son: la conservación de datos en pro de la seguridad y la propia privacidad de los ciudadanos. Principios que se articulan en un complejo marco normativo que afecta no solo a la Unión Europea y los Estados miembros, sino que podría alcanzar a los prestadores de servicios externos a la propia Unión.

A ello, hemos de unir los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el equilibrio que van a tener que realizar nuestros Tribunales domésticos para no contravenir al primero, pues nuestra normativa podría ser reclamada ante las instituciones europeas por entenderse contraria al derecho de la Unión.

Por último, la necesidad de trabajar por la armonización normativa en un momento de alerta máxima al observar un crecimiento en la delincuencia terrorista, en crimen organizado, etc., que a su vez merecen que sea constante la revisión de los principios de seguridad y de protección de datos de carácter personal.

QUINTA PONENCIA: «Aspectos legales de la robótica»

Ponente: **Dña. María José Santos González**, Coordinadora del Departamento Jurídico del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España

Moderador: **Prof. Dr. D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán**, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de León

Relatora: **Dña. Cristina Llamas Bao**, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de León, doctoranda de la Universidad de León (Área de Derecho Procesal del Departamento de Derecho Público)

Realizada la presentación del tema que va a exponerse por el Prof. Dr. D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán, cede la palabra a Dña. María José Santos González, quien se dispone a comenzar su ponencia señalando que la robótica es una materia que todavía está por construir y que tenemos que elaborar entre todos, no solo por parte de la ciencia, sino también por parte de los juristas, quienes tenemos que introducirnos en ella y empezar a plantearnos cuestiones para regularla.

Santos González explica que la ciencia de la robótica ha avanzado tanto que los robots, en ciertas tareas, ya son capaces de superar al ser humano, pues las realizan con mayor eficiencia y sin ningún tipo de error, pronosticando los científicos que, en un plazo de 20 años, los robots, la denominada «inteligencia artificial», va a superar a la inteligencia humana.

Quiere esto decir que los robots convivirán y colaborarán con nosotros con el objetivo de ayudarnos y mejorar nuestra vida, nuestro bienestar social. Tenemos bastantes dificultades, a nivel demográfico incluso, pues tenemos una pirámide invertida en la que nuestros mayores no van a tener quién les atienda en un futuro y, para eso, estaría la tecnología, para dar soluciones; y los robots podrían ser la solución.

Uno de los inconvenientes con el que nos encontramos es que ha existido un cierto recelo a la hora de regular la robótica. La ciencia entendía que regulándola se iba a limitar la investigación y con ello su desarrollo, pero se ha llegado a un punto en que este último es inevitable. Los juristas tenemos que abrir el debate de los derechos y la regulación de la robótica. No se trata de fabricar máquinas por fabricar máquinas, sino fabricar máquinas para que los humanos seamos más felices. En definitiva, lo que tenemos que regular es la sociedad de los humanos en la que se incluyan los robots con el objetivo de que nos ayuden a vivir mejor.

Santos González expone una fotografía de la película «El hombre bicentenario», inspirada en un libro de Isaac Asimov, genio y visionario de la robótica. Esta película muestra los diferentes interrogantes que pueden suscitarse en relación con los robots: sus derechos, cuestiones éticas, etc.; y algo que parece tan alejado y ficticio, no lo es tanto. Un informe del Reino Unido señala que en 50 años es posible que los robots estén reclamando derechos. Todavía no se ha llegado a ese paso, pero tenemos que ver qué sociedad queremos construir, alineando los diferentes intereses, esto es, los de los robots, los de las personas, los de la sociedad; en definitiva, buscar el bienestar común. Es cierto que tendremos que delimitar la ciencia, pero también definir qué

principios y qué derechos queremos que se recojan en nuestra sociedad y que la robótica tenga que respetar.

La robótica ha sido posible gracias al desarrollo de la tecnología, las matemáticas, la informática, la cibernética, el *machine-learning*, el *deep-learning* y, sobre todo, por el desarrollo de la inteligencia artificial. Esta última, fue señalada por Alan Turing en 1940 y en 1950. Este mismo matemático creó el llamado «test de Turing». Si una máquina superaba este test, se consideraba que podía pensar. Hoy en día las máquinas superan este test.

Continuamente recibimos nuevos hitos en relación con la inteligencia artificial. Podemos citar como ejemplos: el «*Deep-blue*» de *IBM*, máquina que ganó a Garri Kasparov en un campeonato de ajedrez; «*Siri*», de *Apple*, que es capaz de reconocer la voz y las palabras que manifestamos las personas sin conocernos; «*Watson*» de *IBM* que ganó a dos seres humanos en el concurso estadounidense *Jeopardy!*; o «*Erica*», un humanoide que es capaz de comunicarse y de mantener una conversación completa con una persona. También existen multitud de robots en nuestro mercado, como «*HRP-4C*», que es una modelo que es capaz de gesticular, «*Atlas*», que realiza tareas de búsqueda y rescate, «*Robocop*», que puede poner multas, o «*Tom & Jerry*», que preparan la mediación para pacientes en Gran Bretaña.

El avance tecnológico conlleva de manera irremediable una nueva regulación, siendo dos los aspectos que merecen ser objeto de estudio: por un lado, aclarar la confusión que pueda existir entre lo real y lo virtual y, por otro lado, la manipulación de la sociedad a través de la robótica, porque en el momento en que un robot tome una decisión e interactúe en el mundo puede condicionar al ser humano.

A día de hoy, hace falta determinar las normas a que debe ajustarse la robótica y la inteligencia artificial, ya que lo que hay regulado son normas técnicas. El objetivo es garantizar el control del hombre sobre estas máquinas, evitar su uso clandestino y asegurar el respeto de los derechos humanos. Las zonas geográficas más pioneras en esta materia son Corea del Sur, Japón, China, Estados Unidos y Europa.

Japón ha elaborado un informe para regular la sana conducta de la próxima generación de robots. En este informe, se plantea la creación de un Registro en el que se recoja cuál ha sido la conducta incorrecta de un robot, cuál ha sido el daño causado y cómo se debería reaccionar ante una situación así. Este Registro ha de ser público y transparente con el fin de se vayan conociendo los riesgos a los que nos estamos enfrentando a medida que la tecnología va avanzando.

En Corea, que es el país más robotizado del mundo (de cada 10.000 empleados 400 son robots y se espera que en el año 2020 haya un robot por cada hogar), se ha elaborado una Carta Ética que pretende regular la conducta de los robots.

En China, uno de los mayores fabricantes de robots, se está invirtiendo en materia armamentística y están interesados en los llamados robots asistenciales existiendo proyectos pilotos en escuelas y hospitales.

En Estados Unidos, en octubre de 2016 se crea un informe llamado «Preparando el futuro de la inteligencia artificial». También hay un Plan Nacional de Investigación en materia de Inteligencia Artificial, con grandes fondos de inversión económica para la integración de la robótica en todas las áreas de la vida, no sólo la industrial, sino la social y la doméstica.

De Europa se podría decir que estamos en la vanguardia en la implementación de normas sobre robótica y hay un gran interés en el desarrollo de la robótica. Esta apuesta de la UE se muestra con la formalización de un contrato de colaboración público-privada con una asociación en materia de robótica de 700 millones de euros para instalar robots en materia de construcción, ortopedia robótica, investigación en la operación conjunta robots y humanos en el trabajo y cómo el robot puede comprender el entorno e interactuar con él.

En relación con la normativa europea, la Estrategia Global de Política Exterior y Seguridad de la Unión Europea del año 2016 establece que tenemos que regular la biotecnología, la inteligencia artificial, la robótica y los aparatos pilotados a distancia con el fin de evitar riesgos de seguridad y aprovechar los beneficios económicos.

Ya en el año 2015 se crearon grupos de trabajo como el Grupo de Evaluación de las Opciones Científicas y Tecnológicas (STOA), que servirá de apoyo al legislador Europeo. En mayo de 2016 se elaboró un informe que contiene recomendaciones a la UE sobre normas de derecho civil de la robótica con el fin de «asegurar que los robots estén y sigan estando al servicio de los seres humanos». Estas recomendaciones fueron aprobadas por el Parlamento Europeo el 16 de febrero de 2017 y recogen las principales líneas de trabajo que deben afrontarse actualmente por el legislador al respecto, entre las que destacamos, por un lado, la creación de una Agencia Europea de Robótica e Inteligencia Artificial, es decir, un organismo que asesore a las autoridades públicas con sus conocimientos técnicos, éticos y reglamentarios en esta materia; por otro lado, la necesidad de un Código de Conducta Ético Voluntario, es decir, que los principios y derechos que queremos que rijan en nuestra sociedad sean llevados a la ciencia por los desarrolladores, fabricantes de los robots, etc., y lo implanten en sus programaciones, de tal manera que la robótica no pueda contradecir nuestro modelo de sociedad y asegurar que operen de acuerdo con las normas legales, de seguridad y éticas.

Otro aspecto importante es la responsabilidad de los robots, los *drones* y los automóviles no pilotados. Se necesita saber cuál va a ser la responsabilidad si se causa algún daño ya sea social, ambiental o de salud humana, porque estamos hablando de máquinas que se pueden desplazar por la vía pública, actuar de manera autónoma y sin supervisión del ser humano, incluso tomando sus propias decisiones una vez la inteligencia artificial avanzada sea una realidad.

También es necesario regular el régimen jurídico de los robots, pues se ha llegado a utilizar el concepto de «persona electrónica», para referirse a ellos; revisar el modelo de empleo y educación existente en la UE y ver si éste es compatible; y contemplar cuestiones de seguridad, pero no sólo desde un punto de vista técnico sino ético.

Con respecto a esta última materia, es decir, la seguridad, es necesario determinar qué pueden y qué no pueden hacer los robots. De la misma forma que los seres humanos tenemos reguladas determinadas conductas que no podemos realizar (como vender droga, robar...) hay que dejar por escrito qué acciones son ilícitas y no pueden ser llevadas a cabo por los robots.

Recalca Santos González que la configuración legal actual de la responsabilidad civil no sirve para los robots a partir del momento en que estos actúan de manera independiente en el mundo, siendo muy difícil culpar al ser humano, titular de ese robot, de un daño causado por este. Será complicado probar el nexo causal entre la acción humana y el daño por actuaciones autónomas de los robots. Para estos casos, se están planteando diferentes posibilidades: o bien, que la responsabilidad sea del propio robot, o bien, que la responsabilidad atribuible al ser humano sea inherente a la gestión del riesgo, esto es, lo que pudo hacer un humano para controlar y evitar el daño. Se está hablando del establecimiento de un régimen de seguro obligatorio y un fondo común para cubrir los riesgos.

En el ámbito penal, también existen múltiples interrogantes, entre otros, si existe intencionalidad o dolo, qué impacto tendría para un robot una sanción, cuál ha de ser la sanción a imponer, si esta podría ser una desconexión, quién la puede realizar y en qué condiciones. La UE aboga por la posibilidad de que los robots incluyan interruptores para su desconexión en caso de emergencia.

En relación con las categorías jurídicas de los robots, hay que tener en cuenta lo siguiente: no se podrían identificar como personas físicas ya que los robots están al servicio y para ayudar al hombre y no pueden equiparse a este pues el art. 30 CC dispone que para ser persona has de desprenderte del seno materno. Tampoco pueden ser personas jurídicas porque cualquier acto de estas es adoptado por una persona física que la representa. Los robots inteligentes en cuanto que tienen autonomía y capacidad para tomar decisiones e interactuar con su entorno son algo más que simples cosas. Además, se prevé que se les dotará de ciertos derechos y obligaciones, facultades de las que carecen las cosas.

Para solventar esta dificultad, se prevé la creación de un nuevo estatus jurídico para estos robots denominado «persona electrónica», términos con los que no está de acuerdo Santos González por dos razones: primero porque no estamos ante una «persona» y, segundo, porque no estamos ante algo electrónico; la electrónica ya la hemos superado y ahora de lo que toca hablar es la de inteligencia artificial. Considera que un concepto más adecuado podría ser el de «robot inteligente artificialmente».

Un elemento esencial para facilitar la implementación de las recomendaciones es la creación del Registro Europeo de los Robots Inteligentes.

Para Santos González el robot inteligente es un elemento esencial en materia de regulación de la robótica y tenemos que construir una seguridad jurídica en la que tendrían que colaborar tres niveles de juristas; juristas tecnológicos, juristas capacitados en materia de robótica, y científicos y técnicos con conocimientos en

Derecho. Precisamente con este marco de seguridad jurídica y seguridad técnica podríamos hablar de una innovación segura y fiable y de una revolución en materia de la robótica. Concluye su ponencia, a modo de reflexión final, con la siguiente cita de Isaac Asimov: «Es el cambio, el cambio continuo, el cambio inevitable, el factor dominante de la sociedad actual. Ninguna decisión sensata se puede hacer por más tiempo sin tener en cuenta no sólo el mundo tal como es, sino el mundo como será».

Comentarios de la relatora

A colación con lo anteriormente expuesto, en mi opinión, el empleo de los robots no deja de ser un tema que despierta interés y curiosidad, pero a la vez resulta inquietante. Se ha comprobado que los robots pueden llegar a ser más efectivos que el propio ser humano y se está investigando su incorporación en todas las áreas de nuestra vida. La duda que me surge es su integración en las Administraciones Públicas y más concretamente en la Administración de la Justicia. La rapidez y precisión de los robots podría acabar con la saturación de estas Administraciones, pero no deja de ser preocupante que expedientes administrativos y judiciales, queden en manos de estos seres. Antes de que esta situación se materialice, es necesaria una regulación no sólo europea, sino nacional, que fuera clara y detallada en lo que respecta al empleo de los robots.

Desde un punto de vista procesal, su empleo podría resultar útil en los procesos (tanto penales como civiles) y más concretamente como medio de prueba, incorporándose así al art. 299 LEC. La duda que me surge es si este robot se utilizaría como instrumento para probar un determinado suceso o si él mismo podría actuar en calidad de testigo o perito. Pero demos un paso más allá. Si los robots se diseñan para tomar decisiones ¿cabría la posibilidad de que existiese un juez robot?, ¿podría éste dictar una sentencia?, ¿no sería paradójico que un robot decidiese sobre la conducta de un ser humano? El tiempo nos dará la respuesta.

SEXTA PONENCIA: «**Recogida, almacenamiento y tratamiento de evidencias digitales**»

Ponente: **D. César Lorenzana**, Comandante Jefe de Tecnología y Apoyo Táctico del Departamento de Delito Telemáticos de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil

Moderadora: **Dña. Marisol Aldonza Vivanco**, Técnica del Departamento Jurídico del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España

Relator: **D. Francisco Xabiere Gómez García**, Personal Investigador en Formación de la Universidad de León (Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Departamento de Derecho Privado)

La moderadora, Dña. Marisol Aldonza Vivanco, presenta a los participantes en la segunda mesa de trabajo, la cual va a versar sobre «La prueba electrónica», tras lo que cede la palabra al primer ponente, D. César Lorenzana, Comandante de la UCO, quien comienza su exposición afirmando que el Derecho se basa en certidumbres, mientras que el mundo de la tecnología lo hace sobre incertidumbres; pese a lo cual ambas materias están condenadas a entenderse.

Comparte la opinión de que internet no es una revolución tecnológica en sí misma, sino una revolución de revoluciones, pasando el reto actual por la gran cantidad de información a extraer. De este modo, urge repensar los modelos y los procedimientos de funcionamiento de la vida diaria, incluidos los jurídicos. El ejemplo sería la empresa *Kodak*, con una posición dominante en el mundo de la fotografía durante el siglo XX, pero que no supo adaptarse al mundo digital y acabó entrando en quiebra. Por ello, si el Derecho sigue como hasta ahora, corre el riesgo de desaparecer por no ser útil para las personas.

Entrando ya en la forma de adquirir las evidencias digitales, se plantea el problema de amoldar lo digital al plano físico, debiendo siempre tener muy presentes dos criterios, como son la incertidumbre y la gestión de riesgos. Es necesario comprender que muchas veces la información no está en el lugar físico de los registros policiales y se debe obtener en remoto. Hasta ahora la información estaba tras una puerta, en un lugar concreto al que, de una forma u otra, se podía acceder, pero el empleo de la fuerza en la actualidad ya no consigue derribar esa puerta; una puerta digital no depende de la fuerza, estando subordinado el acceso a los límites de seguridad que tenga la propia evidencia. Esto plantea el dilema de qué técnicas se pueden usar desde la legalidad para eludir esas barreras, como el uso de troyanos, por poner un ejemplo.

El siguiente problema es que si se puede acceder a través de una puerta digital, significa que se tiene privilegios de administrador, lo que permitiría crear o modificar las evidencias, por lo que será necesario auditar todo el proceso.

Otro interrogante que se va a plantear es quién tiene la jurisdicción sobre esa información o prueba, la cual puede estar segmentada, replicada desde varios lugares, recombinaada o encontrarse en itinerancia. Sobre esta cuestión, la Comisión Europea está en camino de validar la pauta legal de que si se tiene acceso desde cualquier lugar de la Unión Europea a la evidencia digital (*e-evidence*) de un asunto criminal, también se tendría jurisdicción sobre la misma.

Por otra parte, continúa señalando D. César Lorenzana, es necesario normalizar la información para presentarla en una vista, dado que deberá ser comprensible para personas que no tienen la obligación de tener conocimientos informáticos. El tratamiento de la información plantea entonces diferentes retos, siendo el principal que se puedan duplicar las estructuras y sistemas en los que se manifestó la evidencia; de lo contrario, se corre el riesgo de visualizar e interpretar algo diferente a lo que realmente existe.

Un segundo desafío radica en conservar la evidencia sin manipular. Hasta ahora, la evidencia física se precintaba en una bolsa, en un procedimiento el cual garantizaba en un alto porcentaje su conservación, pero dicho recipiente no funciona con las evidencias digitales, pues un dispositivo electrónico puede seguir recibiendo reacciones electromagnéticas de no ser custodiado en las condiciones adecuadas. El Comandante Lorenzana pone el ejemplo de que cualquier teléfono se modifica a sí mismo al estar conectado a la red, sin necesidad de que ninguna persona lo manipule, lo que podría alterar el estado de la prueba original. En consecuencia, demanda una

norma que especifique el procedimiento a seguir, por ahora inexistente, ya que las evidencias físicas no lo precisaban.

El último de los problemas al que alude el ponente es que, en la actualidad, la pericial de un dispositivo cualquiera supone unos 30 terabytes de datos, lo que es inviable si consideramos que 4 terabytes equivaldrían a unas 1.700 lecturas de la Constitución. Por esto, el ponente propone definir primero qué se debe buscar en concreto y escuchar solo el tipo de información que sea relevante en el proceso específico (datos contables, comunicaciones, etc.), aplicando la gestión de riesgos en relación a una posible pérdida de la carga de la prueba.

Para concluir, el Sr. Lorenzana solicita la implicación de todos los actores responsables en la materia, desde el trabajo de las unidades de investigación hasta el esfuerzo del legislador, pasando por la necesaria dotación presupuestaria del ejecutivo, con vistas a modernizar el sistema de seguridad, para que no se siga regulando respecto de un mundo que ya no es la única realidad, mientras los delincuentes campan a sus anchas.

Comentarios del relator

Cuanto más se populariza el uso de instrumentos y aplicaciones basados en la informática, más comunes son las evidencias digitales y menos las físicas. Por ello, el ámbito del Derecho, en especial lo relacionado con el Poder Judicial, debe dar un paso adelante hacia una nueva concepción de la protección jurídica de las personas que, por otra parte, precisará de las aportaciones relevantes de distintas ramas del conocimiento. Ahora bien, concebir un nuevo marco ideológico y procedimental, en lugar de intentar adaptar a las nuevas realidades el utilizado hasta ahora, no debe desarraigar el Derecho de sus sólidos cimientos construidos de antiguo. Mantener las garantías legales en la era digital va a suponer más esfuerzo económico y en materia de personal de lo que venía siendo necesario hasta esta época. El reto está planteado, a la par que el tiempo vuela de forma inexorable. De la permeabilidad y pericia que demuestren poderes públicos y operadores jurídicos, dependerá que consigamos tener sociedades futuras más seguras y cohesionadas.

SÉPTIMA PONENCIA: «**Recogida y presentación en juicio de pruebas digitales**»

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Gutiérrez Hernández, Fiscal de León

Moderadora: Dña. Marisol Aldonza Vivanco, Técnica del Departamento Jurídico del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España

Relator: D. Luis Miguel Ramos Martínez, Personal Investigador en Formación de la Universidad de León (Área de Derecho Penal del Departamento de Derecho Público)

Para la séptima ponencia, segunda de las encuadradas en la segunda mesa de trabajo titulada «Recogida, almacenamiento y tratamiento de las evidencias digitales», los coordinadores del evento eligieron acertadamente al Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Gutiérrez Hernández, Fiscal de León. La moderadora de esta segunda mesa, Dña. Marisol Aldonza Vivanco, del Departamento Jurídico del Instituto Nacional de

Ciberseguridad de España (INCIBE), tras hacer una breve presentación del ponente cede la palabra al mismo, quien comienza su intervención mostrando su agradecimiento a la Universidad de León por haber sido invitado a las Jornadas para hablar sobre la «Recogida y presentación en juicio de pruebas digitales». Anuncia también su intención de ser breve ya que, dada la activa participación del auditorio en los turnos de preguntas de ponencias anteriores, motivada por los interesantes temas tratados, su exposición comienza algo más tarde de la hora prevista.

Haciendo uso de una esquemática presentación de diapositivas proyectada para facilitar el seguimiento y comprensión de su discurso, se introduce en la materia partiendo del concepto de prueba digital o electrónica, a saber: toda información de valor probatorio contenida en un medio electrónico o transmitida por dicho medio, que pueda tener cierta eficacia en un procedimiento judicial abierto o susceptible de ser abierto. La susceptibilidad de apertura del procedimiento se refiere a la obligación de incorporar junto con la demanda, en el orden civil, estas pruebas (que no han de encajar necesariamente en la definición de documento electrónico) siempre que ya se disponga de las mismas en el momento de iniciación del procedimiento.

Tras definir el concepto de prueba digital, surge la necesidad de diferenciar entre otros dos conceptos básicos: la fuente y el medio de prueba. La fuente, la cual se identifica con la prueba en sí, es la información contenida o transmitida por medios electrónicos (una fotografía, un mensaje *SMS* o la grabación de un sonido); el medio, la forma de introducir dicha información en el proceso.

Ya haciendo referencia exclusiva al medio, el conferenciante recuerda la necesidad de atenerse a las reglas impuestas por la ley procesal civil extensivas a los procedimientos penales, contencioso-administrativos y sociales a causa de su supletoriedad reconocida en el art. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC); concretamente al art. 299.2 LEC. Opina que en este precepto ya queda patente la conciencia del legislador del cambio que se estaba produciendo en las formas de comunicación y en general de interacción sociales³ (ahora nos amenazamos por *WhatsApp* y no por carta o trabajamos con facturas electrónicas y no en papel). Este artículo es un llamamiento a la prueba digital: «También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso».

La exposición continúa con la enumeración de las características distintivas de las pruebas digitales: en primer lugar, son intangibles, pues se pueden reproducir o copiar con facilidad, diluyéndose las posibilidades de distinguir los originales de las copias (extremo este al que siempre se le ha dado mucha importancia en sede judicial debido a que el Juez ha de valerse de documentos auténticos a la hora de dictar una

³ Este artículo ya formaba parte del texto original de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por lo que el legislador no solo adaptó la normativa al contexto de entonces, sino que, en parte, previó la importancia de la incidencia de las nuevas tecnologías en los procesos judiciales.

resolución); en segundo lugar, son volátiles por mudables, inconstantes o, en definitiva, manipulables si se tienen los conocimientos suficientes; en tercer lugar, son delezables o destruibles, ya que pueden ser borradas o pueden destruirse los soportes que las almacenan; en cuarto lugar, son parciales, y ello porque, aunque no siempre, normalmente se encuentran en soportes físicos que están en poder de quien las presenta al procedimiento para respaldar sus pretensiones (pudiendo presentar solo lo que le interesa y obviar el resto); y el quinto y último lugar, son intrusivas, pues la recogida de las evidencias digitales, la mayoría de las veces, afecta a los derechos fundamentales plasmados en el art. 18 de la Constitución (en adelante CE), en especial a la intimidad personal, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones y a la autodeterminación informativa en el ámbito de protección de datos de carácter personal⁴. En referencia a la última de las características enunciadas advierte que, en algunos casos, no se podrá valorar la prueba digital por lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) en materia de proscripción de la prueba ilícita; lo cual enlazará con aspectos que se tratarán más adelante.

Definidos y caracterizados los conceptos básicos, el ponente menciona ahora las dos modalidades de prueba digital ya adelantadas al hablar sobre la fuente probatoria: los datos o informaciones almacenados en un dispositivo electrónico (en los que la prueba digital es el propio dispositivo que se ha de poner a disposición judicial) y los datos transmitidos por cualquier red de comunicación abierta o restringida (como internet, una red de telefonía móvil, o en general por cualquier medio en un proceso de comunicación entre particulares o la información transmitida y almacenada por las redes sociales).

Su exposición se centra después en las fases de la prueba digital: obtención, incorporación y valoración.

La licitud de la obtención, primera de las fases, es, como ya dijo anteriormente, un requisito esencial para que la prueba sea válida. Por ello, si la parte procesal no tiene acceso a la prueba en cuestión deberá solicitar al Juez (al que está pidiendo que la valore y resuelva conforme a Derecho y, si es posible, conforme a lo solicitado), que supla la falta de disponibilidad y de voluntad de llevar la prueba al proceso, evitando así incurrir en supuestos de falta de consentimiento del sujeto afectado o falta de autorización judicial. Esto es común cuando los datos que se quieren incorporar al procedimiento no son los que se contienen en un dispositivo del solicitante sino en uno ajeno. La solución: una resolución judicial en la que se autorice la aprehensión de ese dispositivo. Esto puede realizarse mediante una autorización de entrada y registro (siendo ya habituales las imágenes en prensa de la Policía Judicial incautándose de los ordenadores de una entidad determinada), a través de la intervención de las

⁴ Bastante antes que en el art. 299.2 LEC, el legislador constituyente plasmó ya la importancia de las nuevas tecnologías en lo que luego se llamó protección de datos de carácter personal (en consonancia con la tendencia internacional iniciada tras la Segunda Guerra Mundial), disponiendo en el art. 18.4 CE: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

comunicaciones (habitual en investigaciones de delitos contra la salud pública), por medio de los denominados controles remotos o aprehendiendo los datos de una página *web* que ha vulnerado derechos de las presuntas víctimas (o que simplemente son interesantes para un procedimiento penal o incluso civil).

Ya dentro de la fase de incorporación al proceso, el conferenciante repasa los requisitos que ha de cumplir una prueba (digital o no) para ser admitida y valorada por el Juez. Ha de tratarse de una prueba pertinente, es decir, vinculada directamente con los hechos que se trata de acreditar; pero también necesaria, sin que esa cuestión concreta haya sido ya debidamente probada a través de otros medios. Asimismo, la entrada de esa prueba (que debe de ser lícita) al procedimiento ha de llevarse a cabo a través de los medios probatorios establecidos en las leyes procesales, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada uno de ellos y cumpliendo todos los requisitos procesales.

Acto seguido se refiere a las posibles formas de incorporación de las pruebas: mediante documentos en papel, documentos digitales o electrónicos, o a través de otros medios.

Para el primero de los casos cita la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) 300/2015, de 19 de mayo, de la Sala Segunda de lo Penal, que fija los criterios para que el Juez tenga en cuenta la fuerza probatoria de las capturas de pantalla presentadas en papel. Esta resolución señala la necesidad de acreditar, por la parte que presente la prueba y mediante una pericial, la autenticidad (origen de los datos) e integridad (ausencia de modificaciones) de la misma, en caso de que estas características sean cuestionadas⁵ por impugnación expresa de los documentos privados efectuada por la parte a la que perjudiquen; no obstante, la no aportación de una pericial instrumental no impide que el juzgador valore dicha prueba conforme a las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta el conjunto de pruebas presentadas.

Muy importante también es el uso de las actas notariales (documento público) que dan fe del contenido de un dispositivo digital o electrónico.

El apartado relativo a los documentos electrónicos lo inicia haciendo referencia a la definición del art. 3.5 de la Ley 59/2003⁶: «Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y

⁵ Exigencias derivadas principalmente de los arts. 230.2 LOPJ y 217, 326 y 382.2 LEC; sin embargo, en la resolución mencionada (de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Jesús Marchena Gómez), en la que se recuerda la postura del TS respecto a que las conversaciones registradas no son pruebas documentales en sentido estricto a efectos casacionales, no se accedió a la casación solicitada aunque no se presentó una prueba pericial que avalase la autenticidad de la conversación, y ello porque la parte que la aportó puso a disposición del Tribunal *a quo* las claves para acceder a su cuenta de la red social *Tuenti* por la que se mantuvo la conversación, evidenciándose así que no tenía nada que ocultar y, además, la misma fue confirmada por los sujetos de la comunicación (emisor y receptor) mediante otras pruebas colaterales.

⁶ De 19 de diciembre, de la Firma Electrónica.

tratamiento diferenciado [...]» (regulación en la línea de las directrices dadas en su día por el Derecho comunitario⁷); pero señala también la existencia de otros conceptos relevantes a estos efectos como los recogidos en el art. 26 del Código Penal (que define documento para el orden penal englobando «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica»), en el art. 24.2 CE (que eleva a constitucional el derecho «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa»), en el ya transcrito art. 299.2 LEC y teniendo en cuenta el mandato del primer párrafo del art. 230.1 LOPJ⁸. Además, hace mención a las copias de documentos electrónicos oficiales regulados en la Ley 39/2015⁹, al concepto de información pública que recoge el art. 13 de la Ley 19/2013¹⁰ y a la eficacia de las facturas electrónicas reconocida por el Real Decreto 1619/2012¹¹.

Para finalizar las formas de incorporación al proceso de la prueba, el ponente hace una breve mención a otros medios probatorios distintos de los documentos ya vistos, centrando la atención en el reconocimiento judicial y la idoneidad probatoria de poner a disposición del Juez los dispositivos electrónicos. Este podrá tener un mayor o menor conocimiento informático para saber si ha sido o no modificado, pero siempre puede acudir a pruebas periciales, tal y como dispone para el orden penal el art. 588 *sexies* c.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr). Asimismo, alude a otras pruebas interesantes como la pericial mencionada, los interrogatorios (de parte o de testigos) colaterales y las técnicas de preconstitución extraprocésal (por medio de las actas notariales), de prueba preconstituida en el ámbito penal (a la que la LECr recurre en varios supuestos) o anticipada en el civil (arts. 293 a 296 LEC).

Sintiendo no poder terminar su exposición dedicando unas palabras a la valoración de la prueba (de la que, no obstante, hablará la última de las ponentes de la tarde), el conferenciante se despide agradeciendo la atención del auditorio entre los aplausos de los presentes y las palabras de gratitud de la moderadora en nombre de la organización. Más tarde, junto al resto de profesionales con los que comparte mesa de trabajo, responderá a las preguntas formuladas por los asistentes.

⁷ Concretamente por la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

⁸ «Los Juzgados y Tribunales y las Fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establecen el Capítulo I bis de este Título, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y las demás leyes que resulten de aplicación».

⁹ De 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁰ De 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

¹¹ De 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.

Comentarios del relator

El enorme cambio que los avances tecnológicos han supuesto en las formas de interacción humana, en especial en la comunicación, tiene ya su necesario reflejo en la legislación. La consideración de los nuevos medios de prueba digitales o electrónicos que hacen las leyes procesales y el enorme aumento del uso de este recurso en los procedimientos han transformado las actuaciones judiciales. Basta con reflexionar sobre el hecho de que, ahora, una gran parte de nuestras conversaciones son documentadas, pudiendo acudir a los archivos de los dispositivos de emisor y receptor o del servidor del canal de transmisión si necesitamos hacer uso de su valor probatorio.

Pero estos medios de prueba son resultado de la transducción a un lenguaje digital de otro tipo de señal analógica (por ejemplo eléctrica) que, en su origen, procede de fuentes reales: imágenes, sonidos o palabras escritas. Y este proceso de transformación caracteriza los medios de prueba digitales (intangibilidad y, sobre todo, mutabilidad), provocando que la información contenida en un medio electrónico o transmitida por dicho medio haya de ser tratada con mayores reservas, asegurando su autenticidad e integridad de la misma, bien mediante periciales o reconocimientos judiciales, bien mediante el uso de otras pruebas «clásicas» colaterales. Además, la incidencia en derechos fundamentales de los contenidos en el art. 18 CE añade a las anteriores garantías otras necesarias en su fase de obtención.

La irrupción de las nuevas tecnologías en la Justicia supone una modificación total del funcionamiento de las estructuras estatales de resolución de conflictos, tal y como evidencian, entre otros, el mandato del art. 230.1 LOPJ, la documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido del art. 147 LEC o la obligatoriedad del sistema LexNET plasmada en el art. 273 LEC; requiriendo que se continúe con la adaptación del personal de la Administración y, en general, de los operadores jurídicos, quienes ya no podrán depender exclusivamente de técnicos especialistas externos para la obtención, incorporación y valoración de pruebas digitales.

Esto debería provocar (y ello sin hacer predicciones sobre las nuevas formas de almacenar o transmitir información que surgirán en un futuro) profundas revisiones legislativas que trasciendan de las operadas hasta ahora; «parches» que en ocasiones añaden aún más complejidad a las a veces decimonónicas normas que modifican (piénsese en la engorrosa técnica legislativa de adverbios numerales latinos utilizada en la LECr).

OCTAVA PONENCIA: «Aspectos procesales de la ciberseguridad: la prueba digital»

Ponente: **Dña. Laura Fra Rodríguez**, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de León

Moderadora: **Dña. Marisol Aldonza Vivanco**, Técnica del Departamento Jurídico del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España

Relatora: **Dña. Gracia Fernández Caballero**, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de León, doctoranda de la Universidad de León (Área de Derecho Procesal del Departamento de Derecho Público), Colaboradora Honorífica de la Universidad de León

Tras la ponencia de D. Francisco Javier Gutiérrez Fernández, Fiscal de León, sobre «Recogida y presentación en juicio de pruebas digitales», la moderadora presenta a Dña. Laura Fra Rodríguez, abogada y miembro de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de León, dando paso a la misma para que nos introduzca en su conferencia, la última de las Jornadas, titulada «Aspectos procesales de la ciberseguridad: la prueba digital».

Esta ponencia se centra en la forma de aportación de la prueba digital al procedimiento judicial y la problemática que engendra en cuanto a la acreditación de su autenticidad y su posterior valoración por el juzgador.

Comienza Fra Rodríguez agradeciendo a la organización de las Jornadas su coordinación y el haber contado con ella para participar como ponente, agradeciendo asimismo a los Decanos, tanto de la Facultad de Derecho como del Ilustre Colegio de Abogados de León, ser partícipes en estas ponencias y fomentar la unión entre la Facultad y el Colegio Profesional. Tras los agradecimientos, la ponente hace alusión al escaso tiempo que le resta para desarrollar su ponencia, bromeando con la común expresión en Sala hacia los abogados «letrado vaya concluyendo su exposición, le quedan un par de minutos», y aduciendo que es consciente de que ella parte ya de ese par de minutos.

Inicia así la ponencia hablando sobre las cuestiones generales prácticas de la prueba digital; y que la conferenciante enmarca en, por un lado, los datos almacenados en un dispositivo electrónico y, por otro, en los datos e informaciones transmitidas a través de redes de comunicación como internet, telefonía fija o móvil, u otras.

La ponente aborda su conferencia haciendo hincapié en la problemática de la prueba digital desde el punto de vista de los abogados, que cuentan con lo que sus clientes les aportan, y ellos deben plantearse cómo pueden incorporar esos elementos probatorios en el procedimiento para que sean admitidos y valorados como prueba; a lo que se añade la problemática derivada de aportar esa prueba digital vía LexNET (plataforma que solo permite la aportación de ficheros en formato pdf, y tan solo texto e imágenes; y con un tamaño limitado). Ello supone que cuando la prueba no sea ni un documento de texto ni una imagen, deba anunciarse cómo se va a probar el hecho en cuestión, anunciar la aportación del documento digital de que se trate (vídeo,

sonido, metadatos, etc.) y, posteriormente, aportarlo debidamente en un CD o dispositivo válido que se llevará al Juzgado para su reproducción.

Pues bien, centra Fra Rodríguez las cuestiones prácticas de la prueba digital en tres aspectos: su obtención, su incorporación al proceso y su valoración.

Se hace hincapié en su incorporación al proceso bien en formato papel¹² mediante «pantallazos», bien como documento electrónico¹³ a través de la incorporación de los datos obrantes en un soporte electrónico, resultando aplicable entonces lo previsto en los arts. 299.2 en relación con los arts. 382 a 384 LEC.

La aportación al Juzgado de esta prueba digital, ya sea vídeo, sonido o metadatos, como ejemplo, deberá poder ser reproducida en sala, lo que lleva al siguiente problema que plantea la prueba digital en la práctica, y es que la Ley procesal no establece en qué medios electrónicos o soporte concreto deben aportarse esas pruebas, siempre que se cumplan unos requisitos: que los mismos puedan ser examinados por el órgano jurisdiccional y las partes con pleno respeto a las garantías del debido proceso y que el Juzgado o Tribunal disponga de los medios técnicos necesarios para su práctica.

Destaca la ponente que los letrados deben anunciar en qué soportes van a aportarse dichas pruebas para que la Sala pueda reproducirlos; lo que en ocasiones lleva a situaciones en que el propio Juzgado manifiesta que no cuenta con medios técnicos adecuados para reproducir las pruebas en cuestión en Sala, y será el letrado interesado el que se encargue de poner a disposición de la Sala los medios idóneos para el visionado o reproducción de la prueba.

La ponente a continuación habla de la prueba digital referida a hechos sucedidos a través de diversas aplicaciones y redes sociales: *Twitter*, *Facebook*, *WhatsApp*, entre otros; y para cuya acreditación ante el juzgador deben aportarse las conversaciones, audio o imágenes enviadas a través de dichas aplicaciones de comunicación.

¹² Alude la ponente a la STS, Sala Segunda, 3300/2015, de 19 de mayo, que establece a este respecto: «Las conversaciones mantenidas, incorporadas a la causa mediante "pantallazos" [...] no son propiamente documentos a efectos casacionales. Se trata de una prueba personal que ha sido documentada a posteriori para su incorporación a la causa. Y aquéllas no adquieren de forma sobrevenida el carácter de documento para respaldar una impugnación casacional. Así lo ha declarado de forma reiterada esta Sala [...]».

«La impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido»

¹³ El concepto de documento electrónico lo encontramos fuera de las leyes procesales, en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, en cuyo art. 3.5 se identifica estos documentos como: «[...] la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado».

Estos medios de comunicación resultan sumamente polémicos a la hora de su aportación como prueba en un proceso judicial, toda vez que muchas de estas aplicaciones garantizan una privacidad que supone que, en teoría, no se archiven datos de comunicaciones entre usuarios, lo que redundaría en un problema a la hora de acreditar la veracidad en integridad de la prueba. A esto se suma la facilidad en su manipulación; si bien existe ya jurisprudencia referente a la aportación de esta clase de comunicaciones al procedimiento, que refiere que deberá valorarse en conjunto con el resto de pruebas practicadas¹⁴.

Hay que conocer cómo probar esta clase de hechos, que se suelen aportar siempre como prueba documental. Ahora bien, deben presentarse de modo que pueda comprobarse su veracidad. Hace alusión Fra Rodríguez a que aportar un «pantallazo» de una conversación no constituye una prueba digital en sí, sino una mera documental. Habrá que obtener copia de la comunicación según permita la aplicación en cuestión, y aportar ese archivo informático al proceso como documento; la ponente reproduce en pantalla una presentación de diapositivas en la que se explica cómo extraer de los dispositivos (*Android* e *iOS*) las conversaciones en diferentes redes sociales y aplicaciones. Destaca asimismo la importancia del acta de cotejo por el Letrado de la Administración de Justicia de los mensajes del teléfono cuya transcripción se aporte por el denunciante¹⁵.

Conforme a las leyes procesales, quien alega el hecho debe probarlo como estime oportuno para acreditarlo; si bien puede que la prueba que se aporte sea impugnada por la parte contraria, porque entienda que no es veraz, que no es íntegra, que esté manipulada. Es entonces cuando la parte que alega el hecho debe acreditar su veracidad, reforzar su prueba, lo que en esta clase de supuestos lleva con casi toda seguridad a la elaboración de un informe pericial que analice y concluya si la prueba aportada ha sido manipulada o no, así como si incluye la comunicación completa (ya se dice por la jurisprudencia que se debe aportar de modo íntegro para su correcta valoración).

Alude la ponente a la aplicación *WhatsApp*, que con mucha frecuencia es utilizada y por ello suele ser fuente de prueba de conversaciones entre las partes que acreditan hechos objeto de un procedimiento judicial. El problema concreto de esta aplicación radica en que supuestamente no guarda las conversaciones en ningún servidor; lo que, por ejemplo, no sucede con otra similar, *Telegram*. Pregunta la ponente en este momento al auditorio, en el que se encuentran expertos y técnicos del INCIBE, si es verdad que esta aplicación no archiva las conversaciones de sus usuarios, lo que lleva a una grave problemática a la hora de acreditar hechos acaecidos a través de la misma. Responde por alusiones un técnico del INCIBE que confirma que *WhatsApp* no guarda en ningún servidor las conversaciones entre usuarios; ahora bien, puntualiza que el terminal sí las almacena. Plantea entonces la ponente si es posible que el usuario las borre y entonces no quede rastro que permita probar el hecho en cuestión,

¹⁴ SAP Madrid, Sección 27, de 24 de noviembre de 2015.

¹⁵ En esta ponencia se alude a la prueba digital en general, sin diferenciar una Jurisdicción concreta, por lo que existen alusiones tanto a la Jurisdicción civil, como a la penal, y a la social.

a lo que el experto del INCIBE responde que aunque se borren pueden ser recuperadas del terminal por un técnico y alude a que desde luego los técnicos del INCIBE sí lo han podido hacer. Agradece Fra Rodríguez la valiosa intervención de este experto, aludiendo a que precisamente esta participación es el espíritu de una mesa redonda como en la que se está; y la utilidad de su intervención pues, manifiesta la ponente que, en periciales privadas, se ha encontrado ante el problema de no poder acreditar fehacientemente la existencia y contenido de conversaciones mantenidas a través de esta aplicación.

Pasa la ponente seguidamente a hablar sobre la valoración de la prueba digital. A este respecto, la ponente parte de qué medios se pueden y deben utilizar para acreditar la veracidad de la prueba digital en cuestión, y más si ha sido impugnada. Alude a que el abogado debe ser consciente de ante qué clase de procedimiento está, pues si bien lo ideal es una prueba pericial informática, las mismas suponen un coste bastante elevado para los clientes, no debiendo olvidar que, a la hora de valorar esta prueba (que no deja de ser una documental privada), rige la libre valoración del juzgador, la sana crítica. Así, lo cierto es que en no pocas ocasiones, a través de testificales e interrogatorios de parte, se acaban reconociendo conversaciones que pudieran haber sido impugnadas o simplemente no reconocidas inicialmente; no debiendo perderse de vista que el juzgador hará una valoración conjunta de la prueba practicada en el procedimiento, por lo que el hecho puede quedar probado en función del resto de pruebas de las partes.

Señala la ponente otros medios de prueba, además del informe pericial, para acreditar estos hechos acaecidos a través de estos medios de comunicación modernos, como son las actas notariales, reguladas en el art. 198 y ss del Reglamento Notarial. Insiste la conferenciante en que, en este sentido, debe quedar clara la diferencia entre hecho y negocio jurídico. Una cosa es que se recoja un hecho en un acta notarial, a través de la apreciación mediante los sentidos del notario, y otra cosa es un negocio jurídico plasmado en una escritura pública, conforme al art. 17 de la Ley del Notariado.

Explica la ponente los requisitos que debe cumplir el acta notarial a efectos de una prueba digital, en cuanto al acta notarial sobre una *web*, destacando los siguientes elementos: tiene que constar el código fuente, ubicación del servidor en que se encuentra, la ruta de conexión, garantizar que el servidor hace su trabajo y que no se está sufriendo un ataque¹⁶.

En cuanto a los medios probatorios adecuados para acreditar el contenido y autenticidad de una prueba digital, si bien se ha hecho alusión al mismo a lo largo de toda la ponencia, la conferenciante explica de manera más pormenorizada cuándo es necesario un informe pericial informático.

Así, resume Fra Rodríguez que el informe pericial informático es necesario indudablemente: cuando son necesarios conocimientos técnicos para acceder a la información; para acreditar la autenticidad o integridad del contenido de la

¹⁶ Se hace alusión a un interesante artículo: «Bricolaje Notarial: Acta de página web para *dummies*», del Notario D. Javier González Granado.

información estableciendo de forma indudable el origen de la misma y su no alteración o manipulación; para desvirtuar la concurrencia de alteración o manipulación; para analizar el contenido de la información cuando sea necesario establecer la autenticidad de un software en delitos contra la propiedad intelectual; y para conocer fechas de modificación o creación de archivos o el origen y destino de la información enviada, entre otros.

Sobre las fases de la pericial informática, la ponente las enumera en: preservación, adquisición, análisis, documentación y presentación. Así, en cuanto a la obtención de los datos del informe pericial, se recogerán las circunstancias de la aprehensión del dispositivo, acceso al contenido o comunicación.

Es indispensable el clonado de los datos y el cálculo del *hash*. El clonado de los datos es la obtención bit a bit, de la información original en el mismo lugar en el que se encuentre el dispositivo. Es una copia física del contenido del dispositivo; siempre existirá el original y la copia del mismo, por lo que es esencial que no se borre el original, pues puede ser necesario un nuevo cotejo.

En cuanto al cálculo del *hash*: lo describe la ponente como «si fuese el DNI del documento», pidiendo permiso a los expertos informáticos presentes en la sala sobre si se puede explicar así, a lo que le dan su beneplácito; ofreciendo la ponente asimismo la definición técnica que se concreta en un algoritmo que permite afirmar que los datos que se encontraban en un dispositivo en el momento de su ocupación no han sido objeto de manipulación posterior. Debe indicarse el código *hash* del original y el de la copia.

Resalta la ponente la importancia de la cadena de custodia en la pericial informática: procedimiento oportunamente documentado que permite constatar la identidad, integridad y autenticidad de los vestigios o indicios de un hecho relevante para el asunto, desde que son encontrados hasta que se aportan al proceso como pruebas. Y que debe ser garantizada.

En conclusión, en la prueba pericial electrónica deben darse las garantías jurídicas a través de presencia de testigos y/o fedatario público (Notario o LAJ) y la utilización de un tercero de confianza para obtener un resultado positivo para nuestras pretensiones.

El interés de la intervención de Dña. Laura Fra Rodríguez quedó refrendado por el turno de preguntas posterior a su exposición y que cerró su participación en las Jornadas.

Comentarios de la relatora

La arrolladora evolución tecnológica en que la sociedad está inmersa incide en el mundo jurídico que, por tanto, debe adaptarse a ella. Destaca, como se desprende de esta ponencia, la relevancia de la evolución de los medios de comunicación: aplicaciones y redes sociales, cada vez fuentes de prueba más frecuentes.

La aportación de prueba digital, sobre la que ha versado la ponencia objeto de esta relatoría, aún es algo ciertamente novedoso; no tanto en cuanto a la frecuencia de su aportación a los procedimientos judiciales por las partes, como a su regulación legal y a su correcta presentación y valoración conforme a los requisitos que la misma necesita para que se acredite su veracidad.

Es cierto que la manipulación de esta clase de pruebas es hasta cierto punto sencilla, por lo que parece casi necesaria su impugnación por la parte contraria a quien alega los hechos que pretenden acreditarse mediante esa prueba digital. Ahora bien, tampoco debe perderse de vista que estamos ante una prueba documental y que si lo que se aporta es cierto, puede no interesar su impugnación, como ante cualquier otra documental privada.

A ello se añade la frecuente complejidad para que el propio órgano judicial valore una prueba de esta clase, pues conocer su veracidad e integridad rara vez se puede hacer sin un apoyo técnico y experto: un informe pericial.

De este modo, es destacable cómo los informes periciales informáticos se ensalzan como el medio probatorio más idóneo para confirmar la veracidad de las pruebas digitales y documentos electrónicos, si bien suelen resultar económicamente muy costosos y por ello no en todos los procedimientos judiciales son utilizados.

Con la interesante ponencia de Fra Rodríguez lo que desde luego se pone de manifiesto es que aún queda mucho por aprender en materia de prueba digital en general; y que por ello debe ser objeto de enseñanza específica a los alumnos de Derecho, así como a los propios letrados desde sus Colegios Profesionales y, desde luego, a los juzgadores. A juicio de esta relatora, debe promoverse un régimen legal más claro de estos medios de prueba que lleve a que su aportación y valoración resulte más sencilla de lo que lo es en la actualidad, pues, lo que es innegable es la relevancia y abundancia de las pruebas digitales, que necesitan una regulación más desarrollada, específica y clara, de aplicación a todas las jurisdicciones, que la que existe en la actualidad y que, hasta la fecha, se ve complementada por la jurisprudencia existente.

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.