



universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN



Facultad de Derecho

2021

9
número



universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho
Universidad de León

9

2021

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

SALVADOR TARODO SORIA

Derecho Eclesiástico del Estado

Universidad de León

DIRECTOR

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

SECRETARIA

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

CONSEJO DE REDACCIÓN

Miguel Ángel Alegre Martínez

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de León

Henar Álvarez Cuesta

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Secretaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de León

Universidad de León

Aurelia Álvarez Rodríguez

Catedrática Acreditada de Derecho Internacional Privado

Universidad de León

Fernando de Arvizu y Galarraga

Catedrático de Historia del 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 Titular de Derecho Penal. Coordinadora del Máster de Ciberseguridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de León

Universidad de León

Juan Francisco Escudero Espinosa

Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Vicedecano de Ordenación Académica y Estudiantes de la Facultad de Derecho

Universidad de León

Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coordinador del Master en Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de León

Universidad de León

Javier Fernández-Costales Muñiz

Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vicedecano de Calidad y Relaciones Institucionales. 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 de Derecho Civil

Universidad de León

Mercedes Martínez Reguera

Responsable de la Biblioteca de la Facultad Derecho

Universidad de León

María Teresa Mata Sierra

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de León

Marta Ordás Alonso

Catedrática 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. Defensor de la Comunidad Universitaria

Universidad de León

Tomás Alberto Quintana López

Catedrático de Derecho Administrativo. Procurador del Común de Castilla y León

Universidad de León

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

Salvador Tarodo Soria

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

Universidad de León

COMITÉ CIENTÍFICO

José João Abrantes

Catedrático de Derecho del Trabajo. Magistrado del Tribunal Constitucional de Portugal

Universidad Nova de Lisboa (Portugal)

Stefano Bellomo

Ordinario di Diritto del Lavoro
Università di Roma Sapienza

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano

Catedrático de Derecho Civil. Socio Fundador del Estudio Jurídico Bercovitz-Carvajal
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)

Rafael Calvo Ortega

Catedrático Emérito de Derecho Financiero
Académico de Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

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

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

Diego Manuel Luzón Peña
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá (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 Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (COMPTRASEC)
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 Otero Lastres
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá (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)

Luis Antonio Velasco San Pedro

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid (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

Tamara Álvarez Robles

Profesora Contratada Interina de Derecho Constitucional
Universidad de Vigo

María Jesús Ariza Colmenarejo

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

Alejandra Boto Álvarez

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

David Carrizo Aguado

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

David Casas Agudo

Profesor Titular de Derecho Financiero
Universidad de Granada

Oscar Celador Angón

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado. Miembro del Consejo del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"
Universidad Carlos III de Madrid

Óscar Contreras Hernández

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha

Luis Mariano Cubillas Recio

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valladolid

Juan Damián Moreno

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

Javier Fernández-Costales Muñiz

Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Paz Francés Lecumberri

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra

Mercedes Fuster Gómez

Profesora Titular de Derecho Financiero
Universidad de Valencia

Marta García Mosquera

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad de Vigo

Yolanda García Ruíz

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valencia

Marta González Aparicio

Profesora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León

Piedad González Granda

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León

Francisco Javier Hierro Hierro

Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia (España)

Leticia Jericó Ojer

Profesora de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra

David Lantarón Barquín

Catedrático 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

Philippe Martin

Directeur de Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (COMPTRASEC)
Université Bordeaux

María Teresa Mata Sierra

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León

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 Pérez Álvarez

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

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

Daniel Terrón Santos

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

María Anunciación Trapero Barreales

Catedrática Acreditada de Derecho Penal
Universidad de León

María Rosa Vallecillo Gámez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

Antonio Vaquera García

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León

Juan Bautista Vivero Serrano

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Asesor del Defensor del Pueblo en materia de Derecho de las Políticas Sociales y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca

João Zenha Martins

Profesor Asociado de Ciências Jurídico-Sociais da Faculdade de Direito
Universidad Nova de Lisboa (Portugal)

La Revista Jurídica de la Universidad de León está disponible en formato electrónico en: <http://www//revpubli.unileon.es/index.php/juridica/index/>

La Revista Jurídica de la Universidad de León se encuentra indexada en las siguientes bases de datos: BULERIA (Repositorio Institucional de la Universidad de León); CIRC Ec3metrics; Dialnet; Latindex; MIAR; Catálogo Colectivo REBIUN; REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico); ROAD (Directory of Open Access Scholarly Resources); Wizdom.ai; WorldCat.



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho

Universidad de León

ISSN 1137-2702

Núm. 9

2021

ÍNDICE

| | <u>Páginas</u> |
|--|----------------|
| A) Artículos doctrinales | 1-77 |
| Fernando de Arvizu y Galarraga Colón y el descubrimiento. Muchas incógnitas y alguna certeza <i>Relectio</i> pronunciada en el Acto Homenaje al Prof. Dr. D. Fernando de Arvizu y Galarraga | 3-11 |
| Pablo Jiménez Serrano y Lino Rampazzo La concretización del derecho a la educación como condición de la ciudadanía plena: un diálogo necesario entre la Filosofía moral y el Derecho | 13-36 |
| Daniel Roberto Hertel Medidas ejecutivas atípicas en el nuevo Código Procesal Civil Brasileño: suspensión del permiso para conducir automóviles, retención de pasaporte y cancelación de la tarjeta de crédito del deudor por impago de las deudas | 37-46 |
| David Carrizo Aguado Los negocios jurídicos de inversión en el comercio internacional y su reflejo en la estela jurisprudencial europea | 47-77 |
| B) Comentarios de jurisprudencia y legislativos | 79-89 |
| Francisco Xabiere Gómez García Despido con vulneración de derechos fundamentales de víctima de violencia de género (sobre la STSJ Comunidad Valenciana 21 abril 2021) | 81-89 |
| C) Recensiones de libros y bibliografía | 91-102 |
| Juan José Fernández Domínguez <i>Graduados Sociales y Jurisdicción Social. Historia de una relación compleja e inacabada</i> José Gustavo Quirós Hidalgo | 93-97 |

| | Páginas |
|--|----------------|
| Alexandre Pazos Pérez | 99-102 |
| <i>Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital</i> | |
| Óscar Contreras Hernández | |
| | |
| D) Noticias de interés jurídico-académico | 103-120 |
| | |
| Crónica de las Jornadas “Por un empleo digno en el sector de cuidados: Superando los roles de género” | 105-109 |
| | |
| Relatoría del Seminario “Organización de servicios socio-sanitarios y de vivienda en el mundo rural. Estado de la situación en España” | 111-115 |
| | |
| Relatorías de la Jornada Internacional “Claves de la creación de la Fiscalía Europea en un marco de cooperación reforzada” | 117-120 |
| | |
| Normas de publicación | 121-124 |

INDEX

| | Page |
|--|-------------|
| A) Doctrinal articles | 1-77 |
| Fernando de Arvizu y Galarraga Columbus and the discovery. Many unknowns and some certainty <i>Relectio</i> delivered at the Tribute Act to Prof. Dr. D. Fernando de Arvizu y Galarraga | 3-11 |
| Pablo Jiménez Serrano y Lino Rampazzo The achievement of the right to education as a condition of full citizenship: A necessary dialogue between moral philosophy and law | 13-36 |
| Daniel Roberto Hertel Atypical executive measures in the new Brazilian Civil Procedure Code: Suspension of the driving license, seizure of passport and cancellation of the debtor's credit card due to non-payment of the debts | 37-46 |
| David Carrizo Aguado The legal treatment business in international marketplace and its reflection in the European jurisprudential wake | 47-77 |
| B) Jurisprudence and legislative comments | 79-89 |
| Francisco Xabiere Gómez García Dismissal in violation of the fundamental rights of a victim of gender-based violence (about the STSJ Comunidad Valenciana 21 april 2021) | 81-89 |
| C) Book records and bibliography | 91-102 |
| Juan José Fernández Domínguez <i>Social Graduates and Social Jurisdiction. Story of a complex and unfinished relationship</i> José Gustavo Quirós Hidalgo | 93-97 |

| | Page |
|--|-------------|
| Alexandre Pazos Pérez | 99-102 |
| <i>Fundamental rights in the face of the change of self-employment in the digital age</i> | |
| Óscar Contreras Hernández | |
| | |
| D) News of legal and academic interest | 103-120 |
| | |
| Chronicle of the Conference “For a decent job in the care sector: Overcoming gender roles” | 105-109 |
| | |
| Report of the Seminar “Organization of social-health services and housing in the rural world. State of the situation in Spain” | 111-115 |
| | |
| Report of the International Conference “Keys to the creation of the European prosecutor's office in a framework of reinforced cooperation” | 117-120 |
| | |
| Publication rules | 121-124 |

A) ARTÍCULOS DOCTRINALES

COLÓN Y EL DESCUBRIMIENTO: MUCHAS INCÓGNITAS Y ALGUNAS CERTEZAS

Columbus and the Discovery. Many Unknowns and Some Certainty

Fernando de Arvizu y Galarraga
farvg@unileon.es

Universidad de León

Recibido: 12/12/2021 – Aceptado: 13/12/2021

Relectio pronunciada en el Acto Homenaje
al Prof. Dr. D. Fernando de Arvizu y Galarraga

*Ilmo. Sr. Decano,
Queridos Emiliano y Félix, colegas de la disciplina,
Queridos colegas de la Facultad,
Alumnos, amigos,
Señoras y Señores:*

Es obligado –y para mí gratisimo deber– comenzar dando las gracias al Sr. Decano por haber recuperado una tradición universitaria hoy asaz olvidada: la *relección*, o disertación a cargo de un profesor que llega al final de su carrera y que, al menos como solemnidad, se despide del que ha sido su lugar de trabajo durante muchos años, como es mi caso.

Vayamos, pues, al tema a tratar.

A finales del siglo XV, las mentes más ilustradas de Europa creían que la Tierra era plana, al océano Atlántico se le conocía como el Mar Tenebroso y en las Universidades se defendía la doctrina del *mare clausum*, que era todo lo contrario a la libertad de navegación. Consecuentemente con esta doctrina, se admitía por todos que el papa tenía potestad sobre tierras de infieles. Solamente un reino pequeño: Portugal, se había tomado muy en serio todo lo referente a la navegación, pero encubriendo sus logros como un *secreto de Estado*, y obteniendo de los Papas el monopolio de la navegación hacia el este, en la conocida como la *ruta de las especias*.

En virtud del tratado de Alcáçovas-Toledo, concluido en 1479 con el otro reino capaz de emprender empresas náuticas –Castilla– Portugal tenía el monopolio de navegar *de Canarias para abaxo contra Guinea*. El Mar Tenebroso estaba, por tanto, libre a las empresas descubridoras castellanas. Este es el momento en que Cristóbal Colón aparece en la Historia.

El personaje tiene especial interés en ocultar sus orígenes: ¿raza?, ¿ausencia de condición nobiliaria?, ¿pobreza? Nunca lo sabremos, pero ahí está el hecho. Es más, hay quien defiende que, cuando entra en España por Punta Umbría, en la actual provincia de Huelva, procedente de Portugal, para ver a los Reyes Católicos en La Rábida y tratar de convencerles de que financien su proyecto, entra en España ¡a nado! Lo que sí es cierto es que aquéllos no se toman muy en serio las ensoñaciones de un marino que les dice que se puede llegar a las Indias por el oeste, cruzando el Mar Tenebroso y respetando, en consecuencia, el monopolio portugués de la ruta de las especias por el este, que consistía en navegar bordeando África por la costa de Guinea, pasando luego por el Cabo de las Tormentas y llegando a la India tras cruzar el océano que de ella recibe el nombre.

¿Qué sabía Colón para estar persuadido del éxito de su empresa? Tal es el objeto de esta relección, que parte, precisamente, del primer documento de Derecho Indiano que conocemos: las Capitulaciones de Santa Fe, firmadas en esa ciudad granadina entre los Reyes Católicos y Colón el 17 de abril de 1492. Dichas Capitulaciones sólo pueden ser entendidas desde la posición más que escéptica de los Reyes: éstos estaban convencidos de que a Colón no volverían a verlo, tragado por los peligros o los monstruos del Mar Tenebroso, pero... ¿y si tenía razón? Un rayo de esperanza, el ansia de nuevos reinos y de riquezas parece subyacer en el ánimo real, pues las palabras de Colón les medio convencen de que por el oeste, se puede llegar al Cipango y al Cathay.

Y tanto parecen seducirles que en las mencionadas Capitulaciones se dice: “*Las cosas suplicadas que VV.AA. dan e otorgan a Don Cristóbal Colón en alguna satisfacción por lo que **HA DESCUBIERTO** en las Mares Océanas, y del viaje que agora, con la ayuda de Dios, ha de fazer en ellas...*”. ¿Acaso Colón ya había descubierto las tierras en cuestión, antes de lanzarse al viaje patrocinado por los Reyes Católicos? Así parece deducirse del tenor de las Capitulaciones, documento redactado por los notarios reales y sellado por el Chanciller, donde no cabe achacar el tiempo verbal a un error del escriba, como hizo, por ejemplo, Bartolomé de las Casas. Pero es que hay más. Si los reyes pensaban que Colón no volvería, se pueden entender los exorbitantes títulos –y el poder anejo a ellos– no tienen empacho en concederle: virrey, gobernador y almirante del Mar Océano. Tales concesiones eran muy importantes. Y particularmente, los títulos de virrey y almirante no sólo se conceden por los descubrimientos futuros, sino principalmente para premiar los **YA REALIZADOS** por su cuenta y riesgo.

El profesor Manzano y Manzano, ya fallecido y considerado por todos como autoridad indiscutida en la materia, piensa que Colón ya había navegado por esos mares, o bien otros lo habían hecho y Colón lo sabía. Es decir, que para esa fecha ya podía hablarse de un

PRE-DESCUBRIMIENTO

En efecto, éste puede entenderse como una realidad desde el momento que los Reyes Católicos aceptan el ofrecimiento de Colón para volver a aquellas regiones y consolidar sus hallazgos, lo que les haría señores del Mar Océano, cuyo título de almirante recibe Colón, y que es distinto del de Almirante de Castilla, que detentaba la familia Enriquez.

En efecto, sabemos hoy que el borrador de las Capitulaciones fue redactado por Colón, si bien luego fue negociado y pulido con los reyes. Y aquél se preocupa de que éstos reconociesen el pre-Descubrimiento de las islas y tierra firme del Mar Océano, que es anterior a 1492 (“ha descubierto”, recuérdese), para que los títulos concedidos se extiendan a las tierras por descubrir, aunque todavía no se hayan ganado, de la misma manera que se extienden a lo ya descubierto.

EL PROBLEMA DE LAS DOS TIERRAS FIRMES

En las Capitulaciones, cada vez que se alude al descubrimiento de tierras no insulares, se habla de *tierras firmes*, en plural. Estaban en la orilla opuesta del Mar Tenebroso y eran dos: *la de acá* y *la de allá*, considerada como la del Gran Khan, esto es, Cathay, China. Mientras que la *tierra firme de acá* era la gran masa continental situada a 60-70 leguas del Cipango Colombino, pero la identificación del Cipango Colombino con el geográfico: el Japón, es errónea, pues está mucho más lejos. Parece tratarse –a primera vista– de la futura isla Española (actuales Haití y Santo Domingo), que es la que los indios llaman Cibao, pero en realidad se trata de la costa septentrional de América del Sur, hallada años atrás por los *protonautas* del Océano, de los que hablaremos enseguida.

Las Capitulaciones hablan de viveros de perlas en dicha *tierra firme de acá*, y en la carta al rey de Portugal del geógrafo Paolo Toscanelli (1474) ya se dice que la isla del Cipango era *fertilísima de oro, perlas y piedras preciosas*. ¿Cómo podían saberlo si oficialmente no se había aún descubierto nada? ¿Y por qué Colón concede a las perlas una especial importancia? Porque sabía que no en el Cipango Colombino (La Española), sino en la tierra firme meridional (costas de Paria y Cumaná) existían riquísimos viveros de perlas, en especial cerca de la pequeña isla de Cubagua. Y Colón tenía como primer objetivo la explotación de esos ostrales perlíferos.

Existen, además, dos razones por las que Colón exige el reconocimiento de un hallazgo anterior en las tierras allende el Atlántico: él sabe que la ruta del oeste es practicable y que puede dar inmensos beneficios, por eso ofrece *entrar en el negocio* a los Reyes Católicos. Mentalidad, por tanto, de mercader con pocos recursos. Pero como los reyes no pueden nombrarle nada en tierras que no saben si existen, Colón desconfía de que se vuelvan atrás, revela entonces su secreto y reconoce en las Capitulaciones que hay un pre-Descubrimiento. Y por eso consigue, no el almirantazgo y el virreinato, desde ahora, sobre tierras que ya se sabe que existen, sino también sobre las por descubrir. Además, Colón no sólo debe velar por sus intereses:

es padre y debe preocuparse por sus hijos. El viaje podía tener un desenlace funesto, y Colón no quería que los reyes siguiesen la empresa para su único beneficio. Por ello, las Capitulaciones establecen que los hijos de D. Cristóbal heredarían los derechos y acciones que él mismo hubiese recibido.

Citemos ahora la Carta de Privilegios a Colón de 30 de abril de 1492: “... *seades nuestro almirante de las dichas islas e tierra firme que así descubrierdes e ganardes, e seades nuestro almirante e gobernador en ellas, e vos podades en adelante llamar e intitular Don Christóbal Colón, e asy vuestros fijos e subçessores en el dicho officio e cargo, se puedan intitular e llamar Don e almirante e visorrey e gobernador en ellas... para siempre jamás*”.

La diferencia entre ambos textos reside en que en las Capitulaciones de Santa Fe se reconocen los descubrimientos antes y después de ellas, mientras que la Carta de Privilegios se refiere a lo que Colón intentó descubrir o ganar en su primera navegación.

El objetivo del primer viaje (abril 1492 a marzo 1493) es descubrir algunas islas –entre otras la del Cipango o La Española– y una tierra firme, el Cathay o China. Y Colón, tras éste primer viaje, regresa convencido de que ha encontrado el Cipango y el Cathay, pero éste no era sino la isla de Cuba, que en un primer momento se tomó por tierra firme al no hallarse la vuelta, o contorno que explicase que en realidad se trataba de una isla. Entonces, y a solicitud de Colón, los reyes expiden una Real Provisión –fecha el 28 de abril de 1493–, donde se reproduce íntegramente la Carta de Privilegios, y se añade que “por merced <los reyes> lo hacen almirante, virrey e gobernador de las dichas islas e tierra firme que hayáis fallado e descubierta, e de las otras islas e tierra firme que por vos o por vuestra industria se descubrieren... para siempre jamás”.

Y en ella se mencionan dos tierras firmes: la primera era la del Gran Khan, situada a 375 leguas colombinas (1.500 millas) al este del Cipango, según el mapa de Toscanelli; y la segunda, que se encontraba al sur de La Española: Venezuela y las Guayanas, tierras de las que Colón tenía noticias ciertas por los llamados *protonautas*, que son los verdaderos descubridores. Y Colón no pidió confirmación de las Capitulaciones de Santa Fe porque no lo juzgó necesario, mientras que sí exigió que se reprodujese a la letra la Carta de Privilegios, ya que ésta concedía los títulos a los herederos *para siempre jamás*.

LOS PROTONAUTAS, O LA TRADICIÓN DEL PILOTO DESCONOCIDO

Llegamos ahora a un punto crucial, que puede enunciarse así: ¿cómo había llegado Colón a esa certeza de la posibilidad de llegar a las Indias por el oeste? Respondo enseguida con el enunciado que introduce este asunto, y sobre el que hay varias versiones. Gonzalo Fernández de Oviedo en su *Historia de las Indias* (1526), refiere que una carabela que navegaba desde Portugal hacia Inglaterra se alejó tanto de su ruta a causa del mal tiempo, que llegó a unas islas, donde la gente andaba desnuda. Calmados los vientos, hizo aguada y puso rumbo a Portugal, muriendo todos los tripulantes, salvo el piloto y tres o cuatro más, todos muy enfermos, que murieron al poco.

Se dice que el piloto era muy amigo de Colón y le dio noticia de todo, pues éste le recogió en su casa pese a su extrema gravedad, de cuyas resultas murió, de modo que el futuro almirante quedó informado de su periplo. Unos dicen que el piloto era portugués, otros que andaluz. Unos dicen que Colón estaba en Madeira, otros que en Cabo Verde, pero Fernández de Oviedo considera esto dudoso y prefiere tenerlo por falso.

Hernando Colón, en su *Vida del Almirante*, escrita sobre 1538 para refutar a contemporáneos e historiadores que decían cosas inexactas sobre su padre, se ocupa de esto al final del cap. IX, donde hace decir a Oviedo lo que en realidad no dice, y desvía la atención hacia otro suceso, conocido como *el del piloto Vicente Díaz*, que no guarda relación alguna con el asunto. Hernando conocía la historia del piloto y los protonautas y la tenía por cierta, pero trató de desvirtuarla porque perjudicaba la honra y fama de su padre, oficialmente descubridor *ex novo*.

Francisco López de Gómara, en la *Historia General de las Indias* de 1552, coincide sustancialmente con la versión de Oviedo, probablemente porque la copió. El habla de Colón, y dice que llegó a Portugal, se casó allí o en Madeira, donde residía cuando llegó la carabela; hospedó al patrón de ella en su casa, y éste antes de morir, le contó todo. Al contrario que Oviedo, él sí que da verosimilitud a la aventura del piloto: Colón nunca pensó en el descubrimiento hasta que topó con ese piloto desconocido; si bien acabó llegando a la errónea conclusión de que aquellas tierras no eran otra cosa que las Indias orientales.

Bartolomé de las Casas, en su *Historia de las Indias*, reproduce la misma historia que Oviedo y López de Gómara, pero dice que se la oyó directamente a los primeros pobladores de Cuba. Fray Bartolomé la cree, aunque no puede garantizar que sea cierta (y eso que admira mucho a Colón) porque no fue testigo ocular, pero para él no existe ningún motivo para rechazarla, llegando incluso a no dudar de que Colón deliberó ofrecerse a descubrir otro mundo “*cuasi certificado de lo que había de hallar*”, y “*él tenía certidumbre de que había de descubrir tierras y gentes en ellas, como si personalmente hubiera estado (de lo cual cierto yo no dudo)*”.

Vemos, por tanto, que esta leyenda circulaba entre la gente de cierto nivel del siglo XVI, interesada en las Indias. Ahora bien, ¿qué debemos pensar de ella?, ¿debemos aceptarla o rechazarla sin más? Ha de tenerse en cuenta que las leyendas siempre suelen tener algo de verdad, incluso en muchas ocasiones puede decirse que son verdaderas en lo sustancial, pero falsas en los detalles.

Desbrocemos, pues, la cuestión.

Lo sustancial: 1º, antes del Descubrimiento, un buque que navegaba por el Océano fue alejado de su ruta por los vientos y empujado a tierras desconocidas.

2º, a causa de los peligros y penalidades, los marinos protonautas murieron en el tornaviaje, y sólo el piloto y 3-4 tripulantes más lograron desembarcar en una isla portuguesa del Atlántico, donde se encontraron con Colón.

3º, el piloto antes de morir como los demás, reveló a Colón la existencia y situación de las nuevas tierras, y

4º, de manera que Colón quedó dueño de un secreto, del que se benefició en provecho propio.

Respecto a los detalles, las versiones difieren en torno a varios puntos demasiado técnicos para entrar en su discusión, pero podemos entresacar los siguientes:

1º, que –según nos dice Hernando Colón su hijo, en la *Vida del Almirante*– cuando Colón ofrece la empresa a Juan II de Portugal, éste la rechaza; pero aconsejado por un cierto Dr. Calzadilla, el rey portugués **resolvió mandar en secreto una carabela para verificar**, con el pretexto de que llevaba provisiones a Cabo Verde. Pero como navegaron sin saber qué rumbo debían tomar, al cabo de muchos días se volvieron diciendo que no había nada. Pero Colón sí sabía que, tomando el rumbo correcto, podía atravesarse el Océano en pocos días con viento favorable. Hoy sabemos que un navío que navegase por el invierno boreal en la zona caboverdiana, **podía llegar a las Antillas, impulsado por vientos favorables, en sólo 5 días**.

2º, que según dice Las Casas, en la *Historia de las Indias*, el piloto desconocido fue a parar a unas islas, y que según se les dijo a los que fueron a descubrir y poblar Cuba –el propio Las Casas entre ellos: **“que los vecinos de aquella isla tenían memoria de haber llegado recientemente a La Española otros hombres blancos y barbados como nosotros; antes que nosotros no muchos años”**.

3º **que el piloto y los protonautas se encontraron con Colón entre 1476, fecha de su llegada a Portugal y 1484**, en que ofrece su proyecto a Juan II. Pudo ser sobre 1478, en que se halla en Madeira y el año siguiente, en que está en Génova, aunque regresa a Lisboa en agosto de 1479.

4º A modo de pruebas *a posteriori*:

La carabela protonauta fue a parar a La Española. El 13 diciembre 1492, unos marineros que fueron con Colón –en este primer viaje– **encontraron 2 indias blancas** en un poblado indígena de unas 1.000 casas, distante pocas leguas del puerto de La Concepción. Dijeron esto a Colón, así como que la mayoría de los de aquel pueblo eran **más blancos** que los otros que habían visto. Tres días más tarde llegaron a otro puerto, donde el Almirante vio muchos indios, hombres y mujeres **“harto blancos, que si vestidos anduviesen y <si> se guardassen del sol y del aire, serian cuasi tan blancos como en España”**.

Los protonautas dejaron su semilla al encontrarse, después de un largo y penoso viaje, con mujeres que andaban desnudas (dice Colón que las mujeres de La Española eran de muy lindos cuerpos). Pero eran portadoras de la sífilis, enfermedad entonces desconocida en Europa, al decir del Dr. Marañón. Así que no tuvieron prisa en embarcarse para volver a una vida dura y llena de privaciones, como así mismo harían los marineros que acompañaron a Colón en el primer viaje, pidiéndole quedarse allí. No es difícil imaginar por qué y para qué.

Así pues, al entrar en el segundo estadio de la enfermedad, cuando tenían erupciones, fiebres, dolores y postración, los protonautas se embarcaron ya enfermos. Y por no saber la ruta que debían tomar, irían muriendo uno tras otro después de pasar no pocas calamidades, llegando a Madeira sólo el piloto y tres o cuatro marineros.

ALGO MÁS SOBRE LOS INDIOS *BLANCOS* DE LA ISLA ESPAÑOLA

El 6 dic. 1492, Colón llega al primer puerto de La Española, en la actual Haití. Seis días más tarde, establecen contacto con una nativa dos marineros que envía Colón para colocar una gran cruz a la entrada del puerto (llamado de La Concepción). Se topan con indios que huyen, pero apresan a una “*mujer muy moça e muy hermosa*”, la llevan a los barcos, donde Colón la manda vestir y darle algunas baratijas, y ella contenta, al llegar a la playa, les dice dónde está su poblado. Entonces Colón envía allí a nueve marineros y un indio de la nao. El poblado, a cuatro leguas y media al SE, es de unas mil casas y unos tres mil habitantes. Los marinos contaron al almirante que: **“son blancos más que los otros y que entre ellos vieron 2 mujeres moças tan blancas como podrian ser en España y que allí oro no avia”**. Las *mozas*, para recibir tal nombre, debían contar unos 13 o 14 años, lo que nos coloca en 1477/78, cuando Colón vivía en Portugal y residió algún tiempo en Madeira.

Recordemos ahora lo que dice Las Casas sobre que **“los indios de Cuba tenían memoria de haber llegado a la Isla Española otros hombres blancos y barbados como nosotros, antes de nosotros no muchos años”**.

Por otra parte Colón, que raramente hace excursiones sino que se queda en la nao, el día 15 sale del puerto, navega media legua a sotavento, ancla los barcos y quiere entrar en bote por un río hasta el poblado. No había profundidad, pero sí mucha corriente así que, como no puede remolcar con cable desde la orilla, manda subir las barcas a tierra y llega hasta un valle tan hermoso que llamó *Valle del Paraiso*.

¿Qué buscaba el almirante allí? Ya sabía lo que había, se lo habían contado los 9 marineros más indio intérprete, quienes le dijeron que no había oro. ¿Qué, entonces? Muy probablemente, lo que Don Cristóbal deseaba era **ver a los indios blancos**.

Al día siguiente, entre Tortuga y costa norte de La Española, vio navegar a un indio solitario en su canoa, con fuerte viento. Lo atrajo a su navío, le dio baratijas y fueron hacia la playa, a donde llegaron más de 500 indios de un poblado: **“harto blancos, quasi tan blancos como en España... gordos y valientes y no flacos como los otros que antes habia hallado y de muy dulce conversación”**. Al despedirse al día siguiente, el cacique de ellos regaló a Colón **“un cinto que es propio como los de Castilla en la hechura y dos pedaços de oro que eran muy delgados”**, pero le dijeron que cerca de allí había mucho oro. El almirante mandó colocar una cruz grande en medio de la plaza de aquella población, y los indios ayudaron a colocarla y la adoraron.

Las cruces eran colocadas a la entrada de los puertos, pero no solían acudir los indios nativos, cosa que sí ocurre entonces; lo cual no deja de resultar un indicio de que los indios sabían –más o menos– que la cruz representaba algo sagrado.

Ya en 1493, llegan al Monte Christi –característico de La Española. Don Cristóbal declara formalmente que aquello era el Cipango (lo confunde con el Japón), cuando los indígenas a los que preguntó decían que la isla era *Cibao*. Aquel nombre se lo dio Colón porque sabía por los protonautas que había una región aurífera y que, después de leer la carta de Toscanelli, identificó el Cibao indígena con el Cipango del sabio florentino (el Japón). Como dice el cronista Santa Cruz: **“O don Chistóbal Colon fue profeta en lo de saber a la isla su nombre, siendo incognita, o la oyó o supo de otro”** porque al describir Monte Christi, dice Colón en su diario de 9 enero 1493 que **“había hallado lo que buscaba”**, porque él sabía que ya estaba en el Cibao.

LA ISLA DE LAS MUJERES

El 13 enero de 1493 –seguimos en el primer viaje– un indio que fue a hablar con Colón a la carabela mientras hacían provisión de víveres, le dijo que **“hacia el este, cerca, estaba la isla de Martininó, solamente poblada por mujeres sin hombres, y que está más al este de Carib”**, donde también se decía que había oro.

Pero de estas islas, dice el almirante que **“haze días, por muchas personas <él?>había noticia”**. Lo que resulta curioso, porque si el almirante no entendía la lengua de los *ciguayos*, ¿por quién había recibido tantas noticias? Trata de hallar las islas pero no puede, porque –piensa– los indios no le supieron señalar bien la derrota, y debía ser más al sureste de la que tomó; y también porque las carabelas hacen agua, con lo que tiene inevitablemente que regresar a España, pero que era cierto que esas islas existían, y que una vez al año venían los indios de Carib –distante diez ó doce leguas de Martininó– a esta isla poblada solamente por mujeres **“y estaban con ellas, y si parían niño lo llevaban a la isla de los hombres, y si niña, dexábanlas consigo”**.

Si Colón no entendía la lengua, si los indios señalaron mal la derrota, tenía que saberlo por los protonautas o por el piloto desconocido. Comoquiera que fuese, le aseguraron que Martininó estaba a la entrada del archipiélago que luego se llamaría de Once Mil Vírgenes y que hoy son las Islas de Barlovento o Antillas Menores.

“Es la primera isla que se falla partiendo de España para las Indias”, dice el Almirante; ¿cómo podía él saber esto si había entrado por Guanahaní? Por eso, en su segundo viaje tratará de encontrar esta entrada o puerta principal a las Indias, descubriendo Guadalupe que era la *Isla de las Mujeres*, llamada por los indios Martininó, y la isla Dominica, distante unas diez o doce leguas, que es la isla de los caribes, que comían carne humana.

Debió ser el piloto anónimo quien se lo dijo pues, en noviembre de 1493 –ya en el segundo viaje– encontraron en Martininó **un codaste y un cazuelo de hierro, cuando los caribes y tainos no conocían este metal**. De no ser por el piloto desconocido,

nada de todo esto tiene sentido; pero es que, a mayor abundamiento, si él estuvo le habría mencionado las islas de amazonas y antropófagos.

Para cuando Colón se embarca en el segundo viaje –en septiembre de 1493– Fernando el Católico ya había obtenido del papa Alejandro VI la Bula *Inter Caetera*, de 4 de mayo de 1493, que dividía el Atlántico en dos partes, mediante una línea quebrada situada a cien leguas al oeste de las islas Azores y Cabo Verde. El profesor García-Gallo, Doctor Honoris Causa que fue de esta Universidad, dedicó un estudio magistral a las bulas de Alejandro VI. Y el rey Fernando tenía todo el interés del mundo en hacerlo así, pues sabía que Colón, cuando vuelve del primer viaje, va a ver al rey de Portugal antes que a él. No se sabe exactamente de qué hablaron: cabe suponer que de derrotas náuticas, de datos astronómicos y de dónde se hallaban las nuevas tierras. Los portugueses al tanto de estas cosas sabían, pues, que a cien leguas al oeste de las mencionadas islas solamente tocaban agua, de modo que emprendieron una negociación con los reyes de Castilla y León para correr hacia esa línea hacia el oeste. El tratado de Tordesillas de 1494 la fijaba en 370 leguas al oeste de las islas Azores y Cabo Verde. Sabían, pues, que a esa distancia tocaban tierra, la que luego sería el Brasil. Y una vez en tierra firme el control era imposible, así que los portugueses no pararon hasta que los Andes pusieron coto a su progresión.

En un trabajo publicado hace casi treinta años, dije que el Tratado de Alcáçovas-Toledo de 1479, la Bula *Inter Caetera* de 1493 y el Tratado de Tordesillas de 1494 forman una *secuencia lógica*, que sienta las premisas, el desarrollo y el resultado de una importante negociación entre reyes. Hoy me reitero en todo y por todo en lo que entonces afirmé.

EN CONCLUSIÓN

Con cuanto llevo dicho, creo haber demostrado que Colón se lanzó a una aventura de descubrimiento, pero no se lanzó a ciegas: él sabía y sabía mucho. Los protonautas fueron reales, y el piloto desconocido, muerto en Madeira en último lugar, fue quien reveló todo al almirante, el cual decidió aprovecharlo en su beneficio.

Otras muchas cosas pudieran decirse de los viajes siguientes, que atestiguan tanto el conocimiento que Colón tenía de esas tierras, como refuerzan la idea de los protonautas, pero rehúso cansarles más, puesto que esta lección –si bien corta en el tiempo– ha exigido un considerable esfuerzo de atención, al ser, por momentos, abstrusa.

Y termino con esta reflexión: cuando la Historia habla de hechos que descansan en los motivos más secretos de la conciencia humana, –uno de ellos el *auri sacra fames*, de Virgilio o la *fambre de oro rabiosa* del marqués de Santillana– hay que huir, por sistema, de las visiones simplistas. Porque las cosas suelen ser mucho más complicadas de lo que a primera vista parecen.

He dicho.

LA CONCRETIZACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO CONDICIÓN DE LA CIUDADANÍA PLENA: UN DIÁLOGO NECESARIO ENTRE LA FILOSOFÍA MORAL Y EL DERECHO

**A concretização do direito à educação como condição da
cidadania plena: um diálogo necessário entre a Filosofia moral e
o Direito**

**The Achievement of the Right to Education as a Condition of Full
Citizenship: A Necessary Dialogue Between Moral Philosophy
and Law**

Pablo Jiménez Serrano

Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito do
Centro Universitário
Salesiano de São Paulo- UNISAL
Professor do Centro Universitário de Volta
Redonda – UniFOA.
Diretor Presidente da Editora Jurismestre
metodologo2001@yahoo.com.br

Lino Rampazzo

Professor e Pesquisador no Programa de Mestrado em Direito do
Centro Unisal – U.E. de Lorena (SP)
Coordenador do Curso de Teologia da Faculdade Canção Nova
lino.rampazzo@uol.com.br

Recibido: 18/02/2021 – Aceptado: 06/04/2021

Resumen

El presente estudio tiene como objetivo caracterizar el diálogo necesario entre la Educación y las demás ciencias sociales, en aras de la concretización de la ciudadanía plena en el contexto existencial latinoamericano y mundial. Por medio de una investigación teórica: filosófica y doctrinaria y con el auxilio de los métodos exegético y analítico, se discute la correlación (colaboración) posible entre la filosofía y el derecho, colaboración considerada una condición para la edificación de la conciencia en aras de la ciudadanía plena. Se concluye

■ Palabras clave:

Educación; Diálogo de las ciencias; Derecho

que la educación moderna debe mejor orientar, no solamente el desarrollo de las habilidades lógicas y jurídico-cognitivas, así como también la formación de valores y, consecuentemente, la reflexión jurídico-moral.

Resumo

O presente estudo tem como objetivo caracterizar o diálogo necessário entre a Educação e as demais ciências sociais. Por meio de uma pesquisa teórica e doutrinária, usando os métodos exegético e analítico, discute-se, pois, a correlação (colaboração) existente entre a filosofia e o direito por ser considerada esta relação uma condição necessária à “Educação edificadora” que tem como missão, não unicamente o desenvolvimento das habilidades lógicas e jurídico-cognitivas, mas também a formação em valores e, consecuentemente, a reflexão jurídico-moral.

■ Palavras chave:

Educação; Diálogo das ciências;
Direito

■ Keywords:

Education; Dialogue of the
sciences; Right

The present study aims to characterize the necessary dialogue between Education and the other social sciences. Through a theoretical and doctrinal research, using exegetical and analytical methods, it is discussed, therefore, the correlation (collaboration) existing between philosophy and law, as this relationship is considered a necessary condition for the “edifying education” that has as its mission, not only the development of logical and legal-cognitive skills, but also training in values and, consequently, legal-moral reflection.

Abstract

Introducción – 1. La educación jurídica y moral: 1.1. Diálogo entre la Educación y la Filosofía moral: 1.1.1. La Educación en valores morales; 1.2. Diálogo entre la Educación y el Derecho: 1.2.1. La Educación en principios jurídicos – 2. Educación y conciencia social: 2.1 Conciencia y realidad; 2.2 Conciencia y actitud; 2.3. Conciencia social: jurídica y moral: 2.3.1. Conciencia jurídica – Conclusión – Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El actual contexto en que la humanidad vive, y que se sabe influenciado por el aumento de la violencia, de la desobediencia, de la corrupción, de la informalidad, etc. supone la necesidad de una conciencia social (jurídica, política y moral).

Ante esta problemática, la educación moderna ha de ser proyectada a partir de procesos diferenciados que posibiliten la edificación moral y no únicamente de la transmisión de conocimiento. Así, el problema que metodológicamente, define la presente investigación se refiere a la necesidad de comprender la relación existente entre las ciencias sociales, especialmente, entre la filosofía moral y el derecho, respondiendo, de este modo, a las presentes indagaciones o problemas científicos:

¿Cómo podemos desarrollar la conciencia social? y ¿Cuál es el papel que desempeñan las ciencias sociales en este empeño?

Fue, con base en las cuestiones anteriores que se delinearón, como premisas o hipótesis de trabajo, las siguientes: una buena educación es aquella que reconoce y observa la relación necesaria entre las diferentes ciencias sociales.

Con base en estas premisas, en la presente investigación se discute la correlación existente entre la Educación, la Filosofía moral y el Derecho, y el papel que, como áreas del saber humano, tienen como perspectiva teleológica para la conciencia social: jurídica, política y moral.

Por medio de este estudio se indagan las relaciones existentes entre la educación, la filosofía moral y el derecho tratándose de responder una importante cuestión: *¿Cuál es la relación existente entre la Educación, la Filosofía moral y el Derecho?*

Pero *¿cómo estas ciencias pueden contribuir para la edificación de la Conciencia?* Esa es una cuestión (problema científico) que preocupa a sociólogos, psicólogos, educadores, filósofos y, también, a juristas. De hecho, la conciencia nos convida a “discernir las características específicas de las situaciones que requieren esa o aquella regla”¹.

Procurando una respuesta para esa cuestión, se piensa que la solución del aumento de la criminalidad, de la inmoralidad, de la informalidad etc. está en la inserción de la asignatura Educación Moral y Cívica en los diferentes niveles de enseñanza que, en hipótesis, permita, por ejemplo, el conocimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos o, tal vez materias concernientes a los Derechos Humanos, al Medio Ambiente (ej. Educación Ambiental), Educación ciudadana, etc. Algunos sugieren la inclusión, en la enseñanza básica y fundamental, la disciplina “Derecho Constitucional”.

Esas, tal vez, sean soluciones inmediatistas que no precisan de fundamentos científicos. Debido a las dudas que se derivan de esas y de otras propuestas pedagógicas, daremos preferencia a la investigación acerca de los recursos jurídicos *teóricos y prácticos*, que pueden contribuir para la edificación de la conciencia y, consecuentemente, inhibir los problemas que las sociedades modernas enfrentan.

Ahora, la relación entre Educación, Ética y Derecho, que aquí nos ocupa, tiene, por un lado, la *moral colectiva* como objeto de estudio y, por otro, los *valores*, la *conciencia* y la *conducta humana*, indicadores ideales y empíricos que inciden sobre ese objeto. Se trata, pues, de tres importantes ciencias que colocan los valores y los principios al servicio de la humanidad, y que observan la *conciencia* como un elemento mediador entre un *ideal social* y la *conducta* para ofrecer las alternativas que permitan construir una sociedad justa y solidaria. Es que “del mundo de los hechos no hay ningún camino que conduzca al mundo de los valores”².

¹ SANDEL, Michael J. *Justiça* – O que é fazer a coisa certa. Trad. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 246.

² ROHDEN, Huberto. *Einstein: O Enigma do Universo*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 36.

Luego, cualquier discurso sobre la correlación entre Filosofía moral, Educación y Derecho deberá reconocer que los seres humanos son seres sociales y, por tanto, están destinados a convivir en una sociedad en que necesariamente prive un sistema equitativo de cooperación, de respeto a los Derechos fundamentales y sociales y de tutela permanente de las libertades básicas ciudadanas.

Admitamos, pues, que los problemas que preocupan al filósofo y al jurista son problemas que también preocupan al educador y que se manifiestan por medio de una correlación dialéctica, permanente y universal existente entre los *valores*, la *conciencia* y la *conducta*. Luego, al tratar de la Educación no podemos dejar de lado los valores *morales* que, como se sabe, felizmente, pasaron a hacer parte importante de los procesos de creación, interpretación y aplicación del Derecho.

En conformidad con eso, decimos entonces que las diversas reflexiones acerca de la correlación entre la Educación, la Moral y el Derecho exigen un componente vital que siempre importaron a las tradiciones filosóficas conocidas: China, Grecia, India y Europa medieval y moderna, todas ellas levantaron cuestiones éticas básicas, tales como: *¿Qué es hacer el bien? ¿En qué consiste una vida virtuosa? ¿Cuáles son las virtudes del ser humano? ¿Existe un modelo unificado de virtudes? ¿Cuáles son los deberes de unos en relación con los otros?* etc. En el mismo sentido: *¿Cómo la Ética y el Derecho pueden contribuir para una buena Educación?* Esta y otras cuestiones, que igualmente, preocupan a los educadores serán objeto del presente ensayo.

1. LA EDUCACIÓN JURÍDICA Y MORAL

La educación jurídica y moral, objeto del presente estudio, puede ser significada como la relación necesaria y colaborativa posible entre los agentes, factores e indicadores que definen y constituyen las ciencias sociales, para una educación moral y edificadora del ser humano, principalmente, de jóvenes: niños y adolescentes.

En verdad, la Educación jurídico-moral orienta el camino para establecer y garantizar las condiciones para la sobrevivencia de la sociedad³. Creemos, pues, que el castigo o la represión no son soluciones totalmente eficaces, razón por la cual se justifica la educación en valores, normas, principios morales y jurídicos si queremos seriamente la orientación consciente del comportamiento humano.

Acerca de la función del Derecho, específicamente, explica Norberto Bobbio⁴,

Lo que distingue esa teoría funcional del Derecho de otras es que ella expresa una concepción meramente instrumental del Derecho. La función del Derecho en la sociedad no es más servir a un determinado fin (donde el

³ ARRUDA, Maria Cecília Coutinho de, e outros. *Fundamentos de ética empresarial e econômica*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 22.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaria Versiani; rev. Técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 57.

abordaje funcionalista del Derecho se resume, en general, a individualizar ¿cuál es el fin específico del Derecho?), la de ser un instrumento útil para alcanzar los más variados fines. Kelsen no se cansa de repetir que el Derecho no es un fin, mas un medio. Precisamente como medio él tiene su función: permitir la consecución de aquellos fines que no pueden ser alcanzados por medio de otras formas de control social.

Mas, es justamente la existencia de las diferencias entre el *conocimiento* y la *conciencia* lo que dificulta esa comprensión. Ambos conceptos no se confunden. Conciencia no es sapiencia. Y aquí destacamos una debatida cuestión relativa a la primacía de la formación moral: *¿qué debe ser considerado primario al ser humano, la ciencia (el conocimiento) o la conciencia?*

Admitamos, pues, que “los hechos finitos de la ciencia no pueden conducir al valor infinito de la conciencia, deberíamos optar por la conciencia, porque ella conduce a la realidad del valor. Mejor sería colocar la ciencia al servicio de la conciencia, los hechos al servicio de los valores”⁵. Es porque el *saber*⁶ no contribuye, en todos los casos, para la resolución de los dilemas morales ni responde a las cuestiones de las conductas exigidas por el Derecho.

Obsérvese que, por ejemplo, el conocimiento de normas y sanciones no garantiza la obediencia. Así como los discursos de juristas, políticos y moralistas tampoco aseguran las virtudes y el respeto. Por ese motivo importa una educación que cultive el conocimiento y, también, priorice los valores.

En este punto, juzgamos conveniente destacar que la promulgación de leyes, la elaboración de códigos morales, la disminución de la edad penal, etc. no resuelven el problema del aumento de la criminalidad ni de la inmoralidad. Hoy, por ejemplo, vemos que la Filosofía moral, está más preocupada con la normalización (codificación de la moralidad), así como que el propio Derecho, se empeña en la positivación y, consecuentemente, en la criminalización de la inmoralidad. Tales son soluciones o alternativas ilusorias e inmediateistas que acaban por llenar las lagunas de los ordenamientos (jurídico y moral) con normas y reglas, muchas veces inútiles e indeseadas.

Debo observar que de esas soluciones surgen otros problemas, por ejemplo, el exceso de normas prohibitivas, la dispersión legislativa, el abarrotamiento de las prisiones y la inestabilidad jurídica. Sin lugar a duda, la formación de la conciencia, por el camino de los valores y de los principios, es la mejor opción que, de forma mediata, inhibirá la desobediencia y la ineficacia social de las normas. La formación tampoco será definitiva si no se hace frente a otros factores, equidad, economía, paz social etc.

⁵ ROHDEN, Huberto. *Einstein: O Enigma do Universo*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 47.

⁶ Cf. PLATIÓN. *Fédon*. Trad. Miguel Ruas, 4ª ed. São Paulo: Atena, 1960, p. 52. [El saber, efectivamente, consiste en esto: después de haber adquirido el conocimiento de alguna cosa, conservarlo y no perderlo].

Por otro lado, la Ética (como ciencia) y la moral (como objeto de esa ciencia) se reputa un subsistema que, por ocuparse con problemas colectivos, definen los procesos que objetivan la orientación de la conducta y la formación de la conciencia social ciudadana.

En ese sentido Hare⁷ considera,

Si preguntásemos a una persona “¿Cuáles son sus principios morales?” la manera por la cual podríamos tener más certeza de una respuesta verdadera sería estudiando lo que ella *hace*. Ella puede, lógicamente, profesar en su discurso toda suerte de principios que desconsidera completamente en sus acciones; mas, cuando esta frente a elecciones o decisiones entre cursos de acción alternativos, entre respuestas alternativas a la cuestión “¿Qué debe hacer?”, conociendo todos los hechos relevantes de una situación, ella revelaría en cuales principios de conducta realmente cree. La razón por la cual las acciones, de una manera peculiar, son reveladoras de principios morales es que la función de los principios morales es orientar la conducta.

Surge, así, el problema de determinarse *como* ambas ciencias (la Filosofía moral y el Derecho) pueden contribuir para la formación de la Conciencia Social y, más específicamente, para la Conciencia Jurídica.

Pues bien, la afirmación de que esas áreas deben ser vistas como instrumentos para la edificación de la conciencia se apoya en la siguiente premisa: la ilegalidad (y la inmoralidad) es un problema de conducta y de conciencia, lo que importa saber que medimos (o evaluamos) la conciencia del ser humano por sus actos y obras (conducta) y no por sus discursos.

En ese sentido, afirma la Dra. María del Socorro⁸:

La formación de valores en las personas se deriva de dos experiencias: la experiencia de la superación de sí mismo, que consiste en realizar acciones coherentes, dirigidas al autocrecimiento, y la experiencia de expansión, el reconocimiento por parte de la persona de que ella es más de lo que hace. Si la persona existe para superarse a sí misma y si la expansión es un movimiento transpersonal, el medio de alcanzar la superación, son los valores. La Educación, en este caso, opera en el terreno de los valores, particularmente en el respeto a la dignidad humana. Respeto como estímulo al crecimiento personal, para lidiar con su propia existencia; respeto como valorización de la persona en su integridad, por medio de sus acciones, que expresan valores personales, constitutivos de apoyo fundamental de las opciones. El respeto, como actitud moral apoyada en la libertad, impulsa la solidaridad y el compromiso con la propia existencia, que se expresa en la acción, que es testigo fundamental del dinamismo de la existencia, no reduciéndose a un simple impulso vital, utilitario, corriendo al sabor de los acontecimientos.

⁷ HARE, R. M. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fuentes, 1996, p. 3.

⁸ JORDIÓN Emerenciano, Maria do Socorro. *Reflexiones sobre o Homem e sua Educação*. Revista Epistême. Olimpika Editora Pedagógica, São Paulo, 1996, p. 138.

La Filosofía moral (la Ética), como enseña Robert Henry⁹, es frecuentemente considerada una disciplina o una ciencia, como la Física, el Derecho, la Biología, la Sociología, la Psicología o la Economía Política, por su objeto de estudio, mas, en la mayoría de las veces, se confunde su esfuerzo aplicado en el estudio y en la reflexión con los elementos empíricos a ser observados y explicados.

Observamos que la Ética, como área de conocimiento, está relacionada a las buenas acciones y al buen carácter. Concebimos, así, la Ética, y también el Derecho, como áreas del saber humano que orientan la acción conforme a *valores y principios*. En realidad, la Ética se define por un conjunto de concepciones y prescripciones que auxilian a los individuos y grupos humanos en la identificación de lo que es moralmente correcto e incorrecto, lo que debe ser hecho y lo que debe ser evitado. Así, la Ética consta de fines, valores y de prescripciones cuyo contenido concreto configuran los diversos sistemas morales idealizados por el ser humano: ética humana¹⁰.

Igualmente, el Derecho puede ser considerado un conjunto de teorías y prácticas que igualmente objetivan la convivencia social.

1.1. Diálogo entre la Educación y la Filosofía moral

Tanto la Filosofía moral como el Derecho se empeñan en orientar la conducta humana en aras del respeto y la ciudadanía, a partir de la difusión de determinados valores morales y principios jurídicos.

Estas áreas del saber humano tienen como objetivo la “formación de la conciencia” que ha de desarrollarse, a partir del trabajo con valores y principios que, expresos en proposiciones (*topois*; lugar común, valores y principios comunes) encuentran sus fundamentos en el propio desarrollo social.

1.1.1. La Educación en valores morales

Es por medio de la moralidad que el hombre se escuda en la fuerza de voluntad que existe dentro de sí, dominando sus deseos¹¹.

Un valor es un referencial ideal, (objeto ideal) no empírico, que invocamos en la solución de un dilema. Los valores son recursos que, cuando son observados, pueden venir a incidir en la conducta humana. Es absolutamente cierto que todo hombre reacciona de acuerdo con una creencia o a una orientación pautada por un determinado valor. Valores no pueden ser vistos, no pueden ser palpados, pero pueden ser *pensados*.

⁹ SROUR, Robert Henry. *Ética empresarial*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 18.

¹⁰ VILLORIA Mendieta, Manuel. *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 17.

¹¹ DURKHEIM, Émile. *Educação e Sociologia*. Trad. de Stephania Matousek, 3ª ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 11.

De la forma que enseña Miguel Reale, los valores no poseen una existencia *ontológica* en sí, pero se manifiestan en las cosas valiosas. Los valores no constituyen una realidad ideal que el hombre contempla como si fuera un modelo definido. Los valores son algo que el hombre realiza en su propia experiencia y que van asumiendo expresiones diversas a través de los tiempos. Los valores representan el mundo del *deber ser*, de las normas ideales según las cuales se realiza la existencia humana, traduciéndose en actos y obras, en formas de comportamiento y en realizaciones civilizadoras y culturales, o sea, en bienes que representan el objeto de las ciencias culturales¹².

Pues bien, el valor es siempre bipolar: a un *valor*, se contraponen un *contravalor* (o *desvalor*), a lo *bueno* se contraponen lo *malo*; a lo *bello*, lo *feo*; a lo *noble* lo *vil*; y el sentido de uno exige el del otro. Valores y contravalores entran en conflicto y se implican en un único proceso (contexto). La dinámica del Derecho resulta de esa polaridad estimativa, por estar éste relacionado a un contenido axiológico. La dialéctica que anima la vida jurídica, en todos sus campos, refleja la bipolaridad de los valores, dado que la vida jurídica se desarrolla en la tensión existente entre valores y contravalores. El Derecho tutela determinados valores, que se reconocen como positivos, e impide determinados actos, considerados negativos. Luego, hasta cierto punto, se podrá decir que el Derecho existe porque hay posibilidad de ser violados los valores que la sociedad reconoce como esenciales a la convivencia¹³.

Es absolutamente cierto que la convivencia social se desarrolla en una intensa lucha (conflictos) entre valores y desvalores. En esa lucha, los valores “se imponen a los individuos, muchas veces contrariando frontalmente sus deseos”¹⁴.

Así, en el proceso de realización de valores otras formas deben ser privilegiadas, la que hoy más nos preocupa es la instrucción para la formación de la conciencia, asunto que discutimos en otros trabajos intitulados: “*Ética, Derecho y Conciencia Social*” y “*Para una Filosofía de la Conciencia*”.

Muy fácilmente podemos concordar con la idea de que los valores poseen una realidad a-espacial y atemporal, o sea, presentan un modo de “ser” que no se subordina ni al espacio ni al tiempo. Pero, independientemente de esa característica, los valores sólo se conciben en función de algo existente, o sea, de las *cosas* valiosas. Así, diferentemente de las cosas materiales los valores no son cuantificables; no admiten cualquier posibilidad de cuantificación. Por tanto, los valores son inmensurables, susceptibles de ser comparados a partir de una unidad de medida o denominador común¹⁵.

¹² REALE, Miguel. *Filosofía do Direito*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 191-192, 195-196, 208.

¹³ *Ibid.*, 2002, p. 189-190.

¹⁴ *Ibid.*, p. 199-200.

¹⁵ *Ibid.*, p. 187. [Miguel Reale distingue los objetos *físicos* de los *psíquicos*. Afirma que: La ciencia puede versar sobre objetos naturales, como cuando el químico estudia las propiedades del hidrógeno, del oxígeno o de un metal. La característica de los objetos físicos está en el hecho de no poder ser concebidos sin referencia al *espacio* y al *tiempo*:

Decimos también que todo hombre reacciona de acuerdo con una creencia u orientación pautada por un determinado *valor*. En verdad, cada hombre es guiado en su exigencia, por el primado de determinado valor, por la supremacía de un foco de estimativa que da sentido a su concepción de vida. Para algunos, lo bello confiere significado al mundo, de manera que un poeta o un escultor, por ejemplo, posee una concepción estética de la existencia, otros se subordinan a una concepción ética o son llevados a vivir según una concepción utilitaria (utilitarista) y económica a la cual rígidamente se subordinan. De acuerdo con el prisma de los valores dominantes la Axiología se manifiesta, pues, como Ética, Estética, Filosofía de la Religión, etc.¹⁶

Vivimos en un mundo orientado por valores que parecen estar ordenados jerárquicamente de acuerdo con necesidades e intereses primarios y secundarios que dominan la convivencia social. Las indagaciones acerca de lo que debe ser considerado *bueno* encuentran sus respuestas en los valores. Estos, al contrario de lo que se piensa, no varían ni entran en crisis (crisis de valores:): lo que varía son las interpretaciones y aplicaciones a ellos atribuidas, como intereses y necesidades. Se trata de conceptos que se revelan en la experiencia humana y que asumen expresiones diversas y ejemplares, por medio del tiempo. No hay valores que puedan ser apreciados plenamente sin llevarse en cuenta todos los demás, la experiencia personal y la colectiva¹⁷.

Se observa, así, que el derecho y la moral se constituyen en realidades universales, pues “donde quiera que exista hombres, ahí existirá derecho y moral como expresión de la vida y de la convivencia”¹⁸.

Es, pues, en la convivencia social donde se realizan los valores; por ejemplo, el amor, lo bello, la paz, la libertad, la seguridad, la igualdad, el bienestar, donde lo útil se torna verdadero y lo bueno se torna necesarios. Igualmente, implícito en el *amor* encontramos el respeto, el perdón, la complacencia, la condescendencia, el afecto, la pureza, la obediencia. La *verdad* implica respeto, franqueza, sinceridad y transparencia. Lo *bueno* abarca lo benévolo, lo bondadoso, lo benigno. *Bello* es lo que es agradable, lo sublime, lo majestuoso, lo grandioso, lo imponente. *Útil* es lo que es favorable, lo lucrativo, lo provechoso, lo ventajoso. *Noble* es lo generoso y la grandeza del alma. *Bueno* es lo que es correcto lo que causa felicidad y beneficio en las personas. *Justo* es lo equitativo, lo imparcial, lo preciso. *Digno* es lo que es apropiado (lo adecuado), la decencia y el decoro que exige respetabilidad.

espacio-tiempo. Para el autor, los ejemplos más simples que tenemos de objeto físico son las *cosas* y el *cuerpo físico*. Mas, en el plano de la conciencia, explica Reale, verificamos que hay todo un mundo susceptible de un orden de indagaciones de la Psicología como ciencia, por ejemplo: las *emociones*, las *pasiones*, los *instintos*, las *inclinaciones*, los *dos*, son elementos sobre los cuales la ciencia vuelve su atención, procurando caracterizarlos y explicarlos por medio de lazos constantes de coexistencia o de sucesión. Tales elementos, no pueden ser concebidos en el espacio, porque *apenas duran en el tiempo*. Una emoción: la ira el odio no está en el hombre como una cosa corpórea, no existe en el espacio, solamente en el tiempo: la emoción es cuando dura].

¹⁶ Ibid., p. 33.

¹⁷ Ibid., p. 208-209.

¹⁸ REALE, op. cit., p. 9.

Con base en esa orden, por ejemplo, somos compelidos a la Defensa del Medio Ambiente, a la Tutela de las Relaciones Jurídicas: contractuales y de consumo, a la Protección de la Mujer, de los Menores, de los Ancianos, del Trabajador, etc. Según ese punto de vista, por ejemplo, surgen los debates sobre Desarrollo, Bienestar Social, Inclusión Social, Justicia Social, entre otros importantes temas.

Pasaremos, pues, a desarrollar una nueva lectura funcionalista de la Educación de cara a la formación de la conciencia social: jurídica y moral, fundada en una reflexión que tiene como punto de partida la “Convivencia Condicionada” y como punto de llegada la “Ciudadanía”.

1.2. Diálogo entre la Educación y el Derecho

Parece correcto afirmar que ambas áreas del saber humano (Educación y Derecho) tienen la misma perspectiva teleológica, finalista o funcional. Mas, para comprender mejor este funcionalismo jurídico-educacional precisamos responder a las preguntas: *¿Cuáles son las funciones del Derecho y de la Educación?* o en otro sentido, *¿Para qué sirven esas áreas del saber humano?*

Conforme este pensamiento, la Educación y el Derecho pueden ser considerados medios para alcanzar un fin, el cual es: el desarrollo de una “Conciencia” que permita la concreción de la obediencia, de la orden, la paz y la Justicia.

En verdad, la Educación y el Derecho tienen como función común orientar la sobrevivencia social. Por este motivo, acreditamos que el castigo y la educación directa (escolar) no sean los únicos recursos para consolidar el proceso de formación de una conciencia social. El diálogo también se expresa en la necesaria introducción de las normas principios y reglas en los diversos contenidos trabajados en las escuelas.

Existe, en verdad, una correlación entre la Educación¹⁹ y el Derecho. Es que el Derecho, así como otras ciencias sociales, puede contribuir para una mejor enseñanza, colocando en uso sus proposiciones valorativas, descriptivas y normativas para ser introducidas en los procesos de aprendizaje: dando a conocer las normas y principios constitucionales.

En suma, la Educación y el Derecho se ocupan de problemas comunes y de intereses colectivos, problemas que estimulan la necesaria edificación de una conciencia social ciudadana.

1.2.1. La Educación en principios jurídicos

Acerca de la importancia de este tipo de Educación, debemos, pues, argumentar que el conocimiento y dominio de determinados principios, definiciones y reglas jurídicas constituye la premisa fundamental que orienta el saber y la conducta humana.

¹⁹ Una “Educación transformadora” que objetive el desarrollo de las habilidades lógicas y jurídico-cognitivas: proceso que posibilita la formación *cultural y moral*, de la cual han de participar los padres, la escuela y la comunidad en general.

La relación entre educación y los principios jurídicos se expresa, por ejemplo, de la siguiente forma: una vez adquiridos algunos principios es que podemos realmente pensar, combinando los ya aprendidos con los nuevos y a partir de una jerarquía más elevada. Es por medio del proceso de combinación de principios antiguos y nuevos que nos tornamos aptos para resolver problemas, adquiriendo, así, habilidades y competencias para convivir en sociedad²⁰.

Ahora bien, los principios son partes estructurales de las normas que constituyen lo que generalmente se denomina procesos deductivos con los cuales derivamos conclusiones. “*Si A, entonces B*”, donde A y B son conceptos, esta es la estructura típica, los enunciados más simples, por medio de los cuales combinamos principios²¹.

Sobre el tema del aprendizaje de principios jurídicos haré la siguiente reflexión: todo ser humano precisa iniciarse en el dominio de los mismos. Ellos son, generalmente, enseñados por los profesores o encontrados en las fuentes bibliográficas, muchas veces comprendiéndose el papel que los mismos tienen en la formación de conclusiones y en la solución de problemas.

Pues bien, los principios, así como también las definiciones y reglas, de hecho, auxilian al estudiante en la formación de conclusiones. Así, por ejemplo, para interpretar bien e integrar el Derecho, necesariamente nos armamos de principios y reglas: legales, doctrinarias o jurisprudenciales que orientan esos procesos.

Al respecto de ese asunto, enseña Hare²²:

Sin principios, la mayor parte de los tipos de enseñanza es imposible, pues lo que se enseña, en la mayoría de los casos, es un principio. En particular, cuando aprendemos a hacer algo, lo que aprendemos es siempre un principio. Hasta cuando se aprende a responder una pregunta, lo que aprendemos son principios. (Traducción nuestra).

De esa forma, conforme afirma Hare, aprender a *hacer* no es aprender a recitar mecánicamente alguna sentencia imperativa universal, pues eso nos conduciría a una regresión viciosa. Aprender a *hacer* algo es siempre aprender a realizar actos de un determinado tipo en un determinado tipo de situación. Así, por ejemplo, al aprender a manejar, se aprende, a no cambiar la marcha ahora, pero a cambiar la marcha cuando el motor libera un determinado tipo de ruido. El buen chofer es, entre otras cosas, aquel cuyas acciones son exactamente regidas por principios que se tornaron hábitos para él, que normalmente no tiene que *pensar* en lo que hace. El buen chofer no es únicamente aquel que maneja bien por hábito, sino también aquel que está constantemente atento a sus hábitos de dirección para ver si pueden ser mejorados; él nunca “para” de aprender. De esa forma, sin principios no podríamos aprender

²⁰ GAGNÉ, Robert. *Como se realiza a aprendizagem*. Trad. Therezinha Maria Ramos Tovar. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A / MEC, p. 47.

²¹ *Ibid.*, p. 128 e 130.

²² HARE, R. M. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 63.

absolutamente nada de nuestros predecesores. Eso significa que cada generación tendría que recomenzar a aprender. Pero mismo que sea capaz de enseñar a sí misma, no podría hacerlo sin principios²³.

Ciertamente, todo principio contiene una idea de valor. Luego, la construcción de un principio se hace a partir de la observación de un determinado valor o de todo un sistema de valores. Ellos contribuyen para la realización de los valores en la sociedad.

Al tentar responder a las preguntas “¿*Qué debe ser enseñado?*” o “¿*Por qué debo enseñar principios?*” Haré hace las siguientes formaciones:

El único instrumento que el padre posee es la Educación moral – la enseñanza de principios por medio de ejemplos, preceptos y métodos modernos que permitan otorgarle a los niños una base sólida de principios, pero, al mismo tiempo, amplia oportunidad de tomar las decisiones en que se basan esos principios y por las cuales son modificados, mejorados, adaptados a circunstancias modificadas, o mismo abandonados cuando se tornan enteramente inadecuados a un nuevo ambiente. Enseñar solamente los principios, sin conceder la oportunidad de sujetarlos a las decisiones de principios del propio alumno, es como enseñar ciencia exclusivamente con libros didácticos, sin entrar en un laboratorio. Es que nuestras conciencias son el producto de los principios que nuestro entrenamiento primero gravó indeleblemente en nosotros y, en una sociedad, esos principios no son diferentes de una persona para otra²⁴.

Sin dudas, los principios son presupuestos del conocimiento y de la práctica humana. Los principios son criterios o fines que informan la Ética y también el Derecho.

Conforme explica Humberto Ávila, por ejemplo, “los principios son reverenciados como bases o pilares del ordenamiento jurídico”. Para el citado autor los principios no apenas explicitan valores, mas, indirectamente, establecen especies precisas de comportamientos²⁵.

Específicamente, los principios tienen varias funciones: informadora, normativa e interpretativa. La función informadora sirve de inspiración al legislador, de fundamento del Derecho positivado. La función normativa actúa como una fuente que suple, de lagunas u omisiones de la ley. La función interpretativa sirve de criterio orientador para los intérpretes y aplicadores de la ley²⁶.

Igualmente, la presencia de los valores en el Sistema de Derecho Nacional brasileño mejor se observa en el Preámbulo de la Constitución de la República Federativa de Brasil del 1988:

²³ Ibid., p. 63-64, 66.

²⁴ HARE, op. cit., p. 80.

²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Principios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24-25.

²⁶ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 59.

Nosotros, representantes del pueblo brasileño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente para instituir un Estado **Democrático**, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la **libertad**, la **seguridad**, el **bienestar**, el **desarrollo**, la **igualdad** y la **justicia** como **valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista** y sin prejuicios, fundada en la **armonía social** y comprometida, en el **orden** interno e internacional, en la solución **pacífica** de las controversias, promulgamos bajo la protección de Dios, la siguiente Constitución: (Destaque nuestro).

Véase, así, como a partir del Preámbulo y en diversos dispositivos constitucionales (1º, 2º, 4º, 5º, etc.) tales valores morales se hacen presentes en la norma jurídica, obviamente, por ser la conducta humana el objeto común de ambas ciencias: Ética y Derecho, por ejemplo, “libertad”, “seguridad”, “bienestar”, “desarrollo”, “igualdad”, “justicia”, “fraternidad”, “pluralismo”, “armonía social”, “orden”, “paz”, “Dignidad” etc.

Pero ¿cómo podemos tornar efectiva la integración del aprendizaje jurídico?

Observando la orientación sugerida para la solución de los problemas se podrá, con efecto, afirmar que estamos delante de procesos que implican la afirmación del conocimiento y uso de valores. Lo que estamos queriendo decir es que la solución de problemas se da con base en juicios. Así, por ejemplo, la afirmación: “la norma jurídica “A” es justa” encierra dos ideas y una afirmación. Así, para poder construir y justificar la proposición anterior debemos, en primer lugar, saber lo que es una “norma jurídica”. Deberíamos, pues:

Primero, usar de una definición de “norma”. Es uno de los principales problemas enfrentados en el Derecho, donde inexistente uniformidad de definiciones.

Segundo, saber distinguir la “norma jurídica” de otros tipos de normas, comprendiendo el alcance de su definición. Esto es facilitado por el contraste de varias denominaciones, por ejemplo, norma social, norma moral etc.

Tercero, comprender la definición de “justicia” lo que nos permitirá demostrar por qué en este caso “A” debe ser considerada “justa” o “injusta”. Hacemos eso también invocando los principios o las reglas jurídicas relativas a la justicia.

Véase que, en ese justificar, podemos formular proposiciones sin el auxilio de la experiencia (juicio *a priori*). Es posible, con efecto, que las conclusiones deriven de la experiencia (juicio *a posteriori*), siempre observando conceptos, principios, definiciones y reglas. Ahora, siendo así, sería oportuno afirmar que las conclusiones dependen tanto de la observación de los hechos como de la invocación de las definiciones, reglas y principios.

2. EDUCACIÓN Y CONCIENCIA SOCIAL

La *filosofía de la conciencia* está relacionada a cuestiones interesantes que se albergan en las diversas áreas del saber humano, especialmente, en la Psicología, en la

Sociología y en la Política. Los conceptos trabajados en esas áreas, por ejemplo, “mente”, “identidad”, “voluntad” y “emoción” dependen, en última instancia, de una única cuestión fundamental que aquí llamaremos de “problema de la correlación entre *realidad, conciencia y conducta*”. Mas, ¿qué es “conciencia”? ¿Cuál es su correlación con la “realidad” y con la “conducta”? Estas cuestiones que, a seguir, privilegiamos tienen una enorme importancia para nuestro estudio.

Para el entendimiento común tener conciencia, es tener conocimiento, noción, idea sobre alguna cosa. Conocimiento inmediato de su propia actividad psíquica o física. Se trata, así, del cuidado con que se ejecuta un trabajo se cumple un deber de responsabilidad, honradez, rectitud, probidad: ej. *Hombre de conciencia*.

En las filosofías clásica y moderna se considera la conciencia como un atributo altamente desarrollado en la especie humana: autoconciencia. Facultad de hacer juicios morales de los actos realizados: ej. *Conciencia recta, sabiduría práctica*.

La sabiduría práctica, enseña Aristóteles²⁷,

Es una virtud moral con implicaciones políticas. Los individuos con sabiduría práctica son capaces de deliberar correctamente sobre lo que es bueno, no apenas para sí mismos, mas también para sus conciudadanos y para los seres humanos en general.

La “conciencia” es, pues, un concepto complejo, ambiguo y de difícil significación. Se trata de una construcción lingüística ideal (no empírica, abstracta y no-espacial) que existe únicamente cuando la imaginamos, cuando la pensamos o definimos.

Se podrá, con efecto, dudar que el vocablo “Conciencia” sea un concepto jurídico o exclusivo de otras ciencias. En verdad, la palabra “Conciencia” es usada indistintamente en varios discursos jurídicos y dispositivos normativos. Así, por ejemplo, se afirma que el problema de la contaminación ambiental tiene su origen en la “conciencia ambiental” o que algunos órganos del Sistema Nacional de Defensa del Consumidor tienen como atribución la concientización del consumidor.

En verdad, el concepto “conciencia” es usado indistintamente en las diversas áreas del saber humano. Importa destacar que, en la Teología, en la Ética y en la Psicología podemos encontrar significaciones específicas del término, siendo posible su estudio por medio del uso del método, histórico-sociológico. Ahora, en esas áreas del saber humano, se trabaja con diversas definiciones que acaban por tornar el concepto en estudio muchas veces vago, otras ambiguo²⁸.

²⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómacos*. Trad. de Mário da Gama Kury, 2ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1992, Libro VI, cap. 7.

²⁸ La conciencia, en el área de la Psicología, es frecuentemente definida como una cualidad de la mente que abarca cualificaciones tales como subjetividad, autoconciencia, sapiencia, y la capacidad de percibir a relación entre si un ambiente. El término acostumbra a ser clasificado de la siguiente manera: a) conciencia fenomenal (experiencia); b) conciencia de acceso (procesamiento de las cosas que vivenciamos durante la experiencia). La conciencia

Pues bien, el término conciencia no es unívoco, mas es usado con cierta frecuencia en los discursos políticos, en la literatura y en los estudios desarrollado en las áreas que se ocupan con la conducta humana.

Se observa que, en la literatura moderna, existen conceptos correlatos tales como, autoconciencia y autoconocimiento, reflexión etc. y se afirma que la autoconciencia es el elemento fundamental de la conciencia, pues sin ella no hay conciencia ni reflexión sobre la conciencia. Debido a su especificidad y utilidad, tales definiciones no serán objeto del presente artículo.

Más allá de la significación, ciertamente, las causas del actual estado de conciencia o la falta de conciencia, no siempre fue objeto de preocupación o de estudios por parte de los juristas e investigadores históricos ni modernos.

Evidentemente el concepto “conciencia” no es exclusivo del Derecho, por tanto, es conveniente trabajar con una definición operacional específica. Así, a los efectos del presente estudio, definimos la conciencia como el “Bien-interior”, un estado espiritual que domina y define sentimientos, emociones, convicciones y actitudes, una condición que decide la resolución de dilemas morales.

Por tanto, la conciencia es el eslabón que conecta el mundo del *ser* al mundo del *deber ser* y su edificación presupone un modelo jurídico-educacional que permita la “internalización” de los valores, esto es, del sentido de las normas morales y jurídicas. De esta manera, la conciencia puede ser edificada y reorientada con el auxilio de esos recursos.

Otra observación, no menos importante, es la de que la ciencia (el conocimiento) auxilia en la edificación de la conciencia. En ese punto, juzgamos conveniente observar que el conocimiento influye, mas no determina la edificación de la conciencia: personas tituladas no son necesariamente conscientes. Delincuentes y corruptos siempre afirman ser honestos²⁹.

2.1. Conciencia y realidad

Si existe, verdaderamente, una conexión entre la *conciencia* y la *realidad* también existe una correlación entre la *conciencia* y la *conducta*, tales son conceptos diferentes, pero dialécticamente relacionados.

Observamos que la “realidad” y la “conciencia” existen en una relación dialéctica. En conformidad con ese punto, la “conciencia” y la “conducta” se integran en una relación causal: causalismos moral y jurídico. Personas no nacen éticas ni

se define como una cualidad psíquica, o sea, cualidad que pertenece a la esfera de la psiquis humana. Ella es un atributo del espíritu, de la mente, o del pensamiento humano.

²⁹ La Ética Pública: la moralidad administrativa, la Ética Profesional, la Ética Empresarial, la Ética Médica etc. colocan en debate que la inmoralidad y la corrupción son propias de hombres titulados: empresarios, políticos, jueces, médicos, promotores, profesores etc.

jurídicamente preparadas para interactuar en el mundo, mas, con frecuencia, exigimos de ellas una conducta moral pautada por normas socialmente convencionadas.

En la visión de Alf Ros es improbable que el ser humano tenga una conciencia innata de cuáles son los objetos adecuados a la satisfacción de una determinada necesidad. El deseo es originariamente ciego, un esfuerzo desprovisto de meta. Un bebé está intranquilo y llora porque necesita de alguna cosa: alimento, pañales limpios, ser calentado o refrescado. Entretanto, sus impulsos no tienen una dirección particular y no hay razón para suponer que un bebé tenga alguna idea de lo que necesita (y de lo que es bueno o correcto). Gracias a la ayuda de otros seres humanos, sus diversas necesidades son satisfechas y en la medida que su conciencia aumenta gradualmente, mejora su capacidad para reconocer los diversos seres capaces de satisfacer su voluntad que en situaciones distintas les fueron ofrecidos. Así, las experiencias del individuo al respecto de lo que es, hacen con que su deseo no sea más ciego y transforman su acción impulsiva, sin dirección, en un esfuerzo orientado por un propósito, que busca un fin específico³⁰.

Por ese motivo, no nos parece correcto calificar la conducta de un incapaz de inmoral o ilegal. El adolescente que mancha la pintura de una casa es más propenso a la ilegalidad, el joven que practica actos de violencia es más propenso a la criminalidad.

Es en la convivencia, esto es, en la convivencia familiar, escuela, en la iglesia, etc. que el ser humano se desarrolla. Jóvenes absorben las reglas (de comportamiento: morales, jurídicas, de juego, de etiqueta, etc.) en esa convivencia social condicionada por normas y conceptos ético-jurídicos. Entonces, la conciencia (el Bien-interior del cual hablamos) se edifica en la realidad y en la convivencia social, en la medida en que seamos capaces de inhibir tal propensión en la propia convivencia social.

En verdad, los conceptos cambian con el tiempo, pero lo que no cambia es la condición de ser humano. Es que todo hombre es un ser social y, por tanto, siente la necesidad de vivir en “sociedad”³¹ (convivencia social). La convivencia social, por tanto, presupone la existencia de reglas. Debemos, pues, considerar que “no puede haber sociedad sin reglas morales”³². Luego, la ética (y también el Derecho) se hacen presentes y son necesarias en toda y cualquier sociedad, pues ella tiene como objeto la convivencia humana (convivencia social).

Con efecto, el ser humano se conduce influenciado por un “juego de intereses y necesidades”. Es, con base en ese juego, que el hombre piensa, se proyecta, prescribe y asume actitudes ante determinados problemas, dando mayor valor a lo que considera ser momentáneamente un beneficio. Esta es una interpretación diferente de las ya

³⁰ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru, S P: EDIPRO, 2000, p. 410.

³¹ WILLIAMS, Bernard. *Moral: uma introdução à ética*. Trad. Remo Mannarino Filho; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fuentes, 2005, p. 33. [Sociedad: unidad cultural], en parte identificada por sus valores. Una dada práctica o creencia está mucho más ligada a la estructura de una sociedad de lo que puede parecer a primera vista].

³² *Ibid.*, p. 6.

conocidas concepciones subjetivista³³, relativista³⁴, y utilitarista³⁵, para la cual consideramos correcto sumar la necesidad de un “justo equilibrio moral”, aspecto que merece un espacio en el mapa de la ética pública.

Si, por un lado, la conciencia se edifica en la realidad (convivencia); por otro, los eventos vivenciados en esa realidad se traducen en experiencias capaces de provocar sensaciones que inciden en la conducta, traduciendo la voluntad en actitudes (acción). Importa, por ejemplo, saber que, en ese proceso, la conciencia funciona como un catalizador de la acción. Así, conforme a la riqueza o a la pobreza de nuestro Bien-interior (conciencia) estaremos convencidos de que nuestra actitud es normal y correcta. “Fundamentalmente, porque somos también racionales, atentos a las contradicciones, es que podemos tomar conciencia de nuestros aspectos irracionales”³⁶.

Al respecto de esta discusión, existe un problema teórico que consiste en determinar cómo podemos evaluar y medir la conexión entre la conciencia y la acción (conducta). Vimos que la “conciencia” no es un concepto concreto que puede ser tocado, pesado o medido. La conciencia no es vista, no existe en el plano empírico, mas solamente por las actitudes reiteradas es que podemos evaluar o medir su nivel, observando el confronto conciencia *versus* anti-conciencia.

Decimos entonces que la única alternativa posible para edificar la conciencia es la evaluación de los actos (conducta). Es consciente quien practica actos conscientes, nos tornamos éticos practicando actos éticos.

Importa, entonces, una metodología (la idealización de un modelo) que nos permita formar la conciencia en aras de la convivencia, para la orientación del comportamiento y no solamente para la predicción y el control, como pretende la Psicología.

2.2. Conciencia y actitud

Personas “conscientes” de sus actos subordinan sus intereses y necesidades (deseos y satisfacción) al ideal de un objetivo (la convivencia social).

Estudiosos del asunto, con frecuencia, establecen una distinción entre las necesidades *corporales y espirituales*. Al primer grupo pertenecen, por ejemplo, la necesidad de respirar, de abrigo, de agua y de alimentos, de excreción, de higiene, de actividad sexual y de descanso. El segundo grupo incluye la necesidad de estímulo o distracción, de expresión, de producción, de compañía, de amor o cuidado, de seguridad, la necesidad de poseer, de ayudar; también la necesidad de destrucción, de autoafirmación, de autorrespeto, de justificación, de conocimiento de armonía etc. Los intereses no son necesariamente egoístas (intereses propios). Los intereses

³³ Ibid., p. 19-20-24.

³⁴ Ibid., p. 31-36.

³⁵ Ibid., p. 137-138.

³⁶ PIAGET, Jean. *O juízo moral na criança*. Trad. Elzon Leonardo. São Paulo: Summus, 1994, p. 13.

basados en la necesidad de ayudar son dirigidos a la satisfacción de necesidades ajenas. Nace de un impulso de ayudar a los otros que están necesitados y se funda en sentimientos de simpatía en relación con ellos³⁷.

Conforme afirma Alf Ros, los intereses son experimentados por personas, hablar de intereses colectivos o comunitarios, considera el autor, carece de sentido³⁸.

La anterior afirmación no es del todo feliz, pues, en verdad, pueden existir, concomitantemente, intereses (y necesidades) individuales y, también, colectivos. Vemos al siguiente caso.

Queda claro que, la coincidencia de intereses depende también de circunstancias *internas* y *externas*. En ese caso, se percibe una situación factual necesaria (circunstancia externa) que origina un sentimiento de solidaridad (circunstancia interna), que mueve a los individuos en la misma dirección, orientación necesaria para la satisfacción de intereses comunes. Por tanto, es preciso que los sujetos conozcan de tales intereses y necesidades, esto depende de un conocimiento racional del estado actual de solidaridad³⁹.

Es obvio que el sentimiento de solidaridad origina actitudes individuales que satisfacen un objetivo común, logrado a partir de la concientización acerca, por ejemplo, de la importancia de la paz, del desarrollo socioeconómico, de la responsabilidad socio-ambiental, para todo ser humano.

Que los intereses individuales y coincidentes sean experimentados también como intereses comunes, depende de algo subjetivo (conciencia), por ejemplo, que cada una de las partes se identifique de tal manera con las otras o con todos, que nazca en cada una de ellas una “conciencia de grupo”.

Ha de notarse que los intereses individuales, de alguna manera, se vinculan a los sociales. Los derechos individuales encuentran sus límites en los derechos sociales. La propiedad y la posesión de bienes, así, se pueden chocar, también, con los intereses colectivos.

Esos intereses son coincidentes y están relacionados en un sólo aspecto: todos estamos interesados en que haya un ordenamiento general de la propiedad que garantice, a cada uno, la seguridad. Este es un interés social, coincidente dentro de un grupo para el cual existe un cierto orden social⁴⁰.

2.3. Conciencia social: jurídica y moral

Vimos que la convivencia humana (convivencia social condicionada) alberga, concomitantemente, intereses (y necesidades) individuales y colectivos. Así,

³⁷ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru, S P: EDIPRO, 2000, p. 410-411.

³⁸ *Ibid.*, p. 411.

³⁹ *Ibid.*, p. 412.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 414.

afirmamos que, solamente por medio de una conciencia colectiva (o social) seremos capaces de llegar a objetivos comunes: vida, seguridad, paz, orden económico, desarrollo, etc.

Con base en una comprensión sociológica, la conciencia colectiva podría ser considerada como siendo un conjunto de representaciones, de sentimientos o de tendencias no explicables por la Psicología del individuo, mas por la visión de objetivos (fines o finalidades) trazados por la propia sociedad. En este sentido, una persona consciente procura separar lo que es bueno para él de lo que es útil para todos.

En este punto, consideramos conveniente destacar las enseñanzas de Aristóteles⁴¹, conforme el citado autor, las acciones buenas y justas parecen ser variadas y vagas, al punto de ser considerada su existencia apenas convencional, y no natural (bien común - bien universal). Bajo este prisma, la felicidad también puede ser difundida: infundiendo cierto carácter en los ciudadanos, tornarlos buenos y capaces de practicar buenas acciones (responsabilidad - conciencia social). El hombre es un animal social, y la felicidad de cada criatura humana presupone, por esto, la felicidad da su familia, de sus amigos y de sus conciudadanos, la manera de asegurar la felicidad de las criaturas humanas es proporcionar un buen gobierno a su ciudad; se debe determinar, entonces, cual es la mejor forma de gobierno. Nos tornamos justos practicando actos justos, moderados, viviendo moderadamente.

Según el punto de vista aristotélico, podemos inferir que la conciencia, de la cual aquí nos ocupamos, también puede ser difundida: edificando cierto carácter en los ciudadanos, tornándolos buenos y capaces de practicar buenas acciones, procurando propiciar el bienestar de las familias, de los amigos, de los conciudadanos, etc. Vemos aquí la conciencia social como condición del bienestar social.

La conciencia nos habilita a distinguir el bien del mal, y de ella resulta el sentimiento del deber, de la responsabilidad y la necesidad de practicar actos justos, y la reprobación o el remordimiento por no haberlos practicado.

El factor decisivo en la resolución de un dilema moral concreto podrá ser el grado de conciencia individual y social del agente. La verdad es que la conciencia social se expresa como una *capacidad* interior del ser humano, esto es, una “capacidad de acción libre y autónoma del individuo. Significa, encima de todo, la capacidad de resistencia que el individuo tiene frente a las externas presiones provenientes del medio (inclusive presiones morales ilegítimas)”⁴².

Así, pensamos que la moral: valores, normas, virtudes pueden ser internalizada por medio de un proceso de edificación de la conciencia en niños y adolescentes. Igualmente, por medio de un proceso de educación inclusiva e integrada, esos valores pueden ser difundidos en la sociedad.

⁴¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómacos*. Trad. de Mário da Gama Kury, 2ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1992, Libro VI, cap. 7, p. 11, 17, 18, 20-23.

⁴² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

2.3.1 Conciencia jurídica

Consideramos el sentido jurídico de la conciencia (conciencia jurídica), como siendo aquella parte del “Bien-interior” que opera como un catalizador de la conducta, y que nos orienta en la aprobación o reprobación de un acto o situación social, al tener como referencia una norma jurídica.

Entonces, el sentido jurídico de la conciencia muchas veces coincide, otra difiere del sentido moral. Esa distinción se funda en la idea de que la conciencia jurídica se edifica a partir de un orden jurídico preestablecido, esto es, con base en un conjunto de normas válidas y vigentes en una determinada sociedad. Hablamos de un orden normativo que se sabe coercitivamente, mas también educativo y que incluye deberes y sanciones evidentes expresadas en forma de normas primarias y secundarias.

Luego, el destinatario de la norma observa lo que, jurídicamente, se torna obligatorio, evitando la sanción (externa) definida por el legislador. Así, por ejemplo, la violencia es jurídicamente penada, pues está tipificada en la norma. Practicar o no practicar un acto violento es un dilema de conciencia que jurídicamente se resuelve por medio del conocimiento e internacionalización de las razones del derecho positivado.

Si los infractores de la ley deben ser punidos en relación con su culpabilidad es porque conscientemente infringen la ley. Luego, lo que no está prohibido debe ser permitido. Y aquí nos permitimos preguntar: si es correcto legalizar el consumo de drogas, si debemos permitir la prostitución, etc. Estas y otras son cuestiones de conciencia jurídica y, concomitantemente, de conciencia moral. En cierta medida, afirma Ros⁴³, la conciencia jurídica es determinada por el propio ordenamiento jurídico existente y, al mismo tiempo, ella ejerce influencia sobre este último.

Existe, entonces, una correlación (diálogo) entre el derecho y la conciencia. En verdad, el derecho, como conjunto de normas (ordenamiento) es un producto humano y sistemático que emana de la conciencia social y para ella se vuelve. Como resultado de esa dialecticidad, las relaciones jurídicas expresan un nivel de desarrollo en cada período histórico.

Es posible, con efecto, afirmar que las normas jurídicas tienen sentido de vigencia y de eficacia social cuando son acatadas por la conciencia jurídica popular. El derecho es aplicado porque es vigente y eficaz (eficacia social) cuando respetado u obedecido por los destinatarios. En ese sentido, la conciencia jurídica es vista como un concepto perteneciente y necesario de la convivencia social, estando el derecho al servicio de ella. Se procura, de esta forma, reducir al ámbito individual de las opiniones subjetivas, emparejado con el plano moral, bloqueando, de ese modo, el entendimiento del derecho como una orden nacional esto es, como fenómeno intersubjetivo⁴⁴.

⁴³ ROSS, op. cit, p. 421.

⁴⁴ Ibid., p. 13.

Es por medio de la conciencia jurídica que el ciudadano se somete a un dado orden jurídico legítimo. Luego, la conciencia jurídica es una denominación propia derivada de la función del derecho y para el derecho. No habrá derecho eficaz sin conciencia (respeto y obediencia).

Se puede, con efecto, afirmar que la conciencia jurídica orienta el respeto, involuntario y desinteresado, al conjunto de reglas externas conocidas. Se trata de un sentimiento que define la conducta, distinguiendo el bien del mal, sentimiento del deber ante un poder que se sabe legítimo y prescrito por la moral y el derecho. Y tal es la finalidad de estas dos áreas, buscar una conciencia común que permita el reconocimiento, el amor y el respeto entre las personas⁴⁵.

En síntesis: la obediencia (o conciencia jurídica) no se edifica recrudesciendo el carácter coercitivo de las normas, entonces con la introducción de nuevas formas de internalizar valores, por medio de modelos jurídicos y educacionales. La formación de la conciencia jurídica es consecuencia de la internalización de valores morales y principios jurídicos de forma a que, ante un dilema, el ciudadano observe y respete la norma por fuerza de la organización, la seguridad y la paz social.

CONCLUSIÓN

Las conclusiones derivadas del presente estudio nos confirman que durante la solución de problemas derivamos una nueva conclusión (conocimiento) de la asociación de proposiciones, siguiendo las varias interpretaciones que orientan nuestra vida y que forman un nuevo saber que nos transforma.

Como se observa, por medio de la solución de problemas no nos limitamos a aceptar las cosas como ellas son, ni a repetir ideas tal y como las concebimos; ese proceso va más allá, siempre procurando descubrir las relaciones existentes entre principios, juzgando y justificando ideas antes de que ellas puedan ser afirmadas. Eso, porque, independientemente de la simple concepción de ideas, la conciencia ejerce la función de elaboración y de combinación, gracias al cual descubrimos y afirmamos las diversas relaciones que ligan esos pensamientos entre sí a determinados objetos o situaciones. Muy fácilmente podemos afirmar que ese proceso abarca las dos operaciones: juicios y razonamiento.

Los estudiantes que, por ejemplo, aprenden a usar el Código Civil, junto a otras leyes e instrumentos jurídicos, para resolver determinados casos, demuestran haber adquirido una habilidad, pero también el conocimiento previo de algunos principios, reglas y definiciones que las disciplinas afines posibilitan. El alumno que ya es capaz de desarrollar investigaciones demuestra conocer y tener dominio de determinados procedimientos, métodos y técnicas que tornan ese hecho posible.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *A Constelación Pós-Nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

Dichas estas palabras, podemos concluir que, durante la resolución de problemas, los alumnos precisan, primero, de ciertas habilidades, que se forman por medio de la incansable lectura e interpretación de informaciones para la crítica científica. Por tanto, es el conocimiento y dominio de los recursos hasta aquí explicados que permiten a los estudiantes abordar, tanto el mundo objetivo (o material), como el subjetivo (o intelectual). Por causa de ese entendimiento es que podemos afirmar que la mayor parte de nuestros conocimientos depende del análisis, de la síntesis, de las comparaciones, de las deducciones y de las inducciones, todo lo que implica la asociación de ideas o proposiciones intermediarias. Así, muchas veces aceptemos un conocimiento como lógicamente justificado, sin estar seguros de que así sea.

Tal vez sea legítimo el uso de un silogismo que nos permita revelar la conexión entre enunciados y tesis, teniendo la intención de descubrir lo fundamental de la certeza. Es por eso por lo que la conexión de tesis e ideas nos parece interesante. Pero es por medio de la razón que todo ser humano, en un grado más o menos elevado, es capaz de investigar y descubrir, constatar la disposición de las cosas, formular una conclusión y resolver problemas.

Decimos que los *principios* jurídicos tienen dos acepciones: una de naturaleza moral, y otra de orden lógica. La naturaleza moral se define por su acepción ética, por los fundamentos o razones morales. Desde el punto de vista de la lógica, los *principios* pueden ser considerados como juicios fundantes, que sirven de base o de garantía de certeza a un conjunto de juicios, ordenados en un sistema de conceptos relativos una dada porción de la realidad.

Parece correcto decir que los principios que inspiran al derecho positivo son criterios directivos, juicios que conectan las normas a un sistema de valores. Los principios orientan la conducta indicando la observación de valores relativos, por ejemplo, a la convivencia social, a la Dignidad, al respeto de las personas, al deber de indemnizar o de restituir, al ejercicio de los derechos de acuerdo con una finalidad social.

Podemos, así, concluir que los principios positivizan o abarcan valores. Los valores tienen como característica la *realizabilidad*, que es el soporte de la realidad y la *inexorabilidad*, que apunta para su significado de *deber ser*⁴⁶.

La vida, la paz, la libertad, el amor, etc. son valores; realizable, irrenunciables, universales y permanentes. Es por eso que “el pensamiento filosófico está enraizado en el proceso histórico-social y refleja, inevitablemente, los conflictos de valores y de intereses hegemónicos con los de las parcelas dominadas de la sociedad”⁴⁷.

De hecho, varios son los principios generales que auxilian la ciencia y la práctica jurídica, por ejemplo: 1- *La ignorancia del derecho no exime la responsabilidad*; 2-

⁴⁶ LAFER, Celso. *Filosofia do Direito e Principios Gerais: considerações sobre a pergunta “O que é a Filosofia do Direito”*. In, *O que é a filosofia do direito?* Barueri, SP: Manole, 2004, p. 62.

⁴⁷ CAFFÉ ALVES, Alaór. *As raízes sociais da Filosofia do Direito: uma visão crítica*. In, *O que é a filosofia do direito?* Barueri, SP: Manole, 2004, p. 81.

La dignidad de la persona humana debe ser observada; 3- Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza; 4- La inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad; 5- Nadie está obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de la ley; 6- No hay crimen sin ley anterior que lo defina etc., importa, por ejemplo como tales principios pueden ser usados en el proceso de formación jurídico-moral y, consecuentemente, en el modelo de edificación de la conciencia social. Se precisa, así, de un modelo que sirva de instrumentos que nos permita alcanzar ese objetivo, es lo que, a seguir, pasaremos a examinar en futuros trabajos: artículos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómacos*. Trad. de Mário da Gama Kury, 2ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1992, Libro VI, cap. 7.
- ARRUDA, Maria Cecília Coutinho de, e otros. *Fundamentos de ética empresarial e econômica*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- ASTRAÍN, Ricardo Salas. Conciencia moral. In: TEALDI, Juan Carlos. *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaria Versiani, rev. Técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.
- CAFFÉ ALVES, Alaór. As raízes sociais da Filosofia do Direito: uma visão crítica. In, *O que é a filosofia do direito?* Barueri, SP: Manole, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, Madrid: Tecnos, 1995.
- DURKHEIM, Émile. *Educação e Sociologia*. Trad. de Stephania Matousek, 3ª ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.
- GAGNÉ, Robert. *Como se realiza a aprendizagem*. Trad. Therezinha Maria Ramos Tovar. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A / MEC.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Administración pública y moral*. España, Madrid: Civitas, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HARE, R.M. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- JORDIÓ Emerenciano, Maria do Socorro. *Reflexões sobre o Homem e sua Educação*. Revista Epistème. Olimpika Editora Pedagógica, São Paulo, 1996.
- LAFER, Celso. Filosofia do Direito e Princípios Gerais: considerações sobre a pergunta “O que é a Filosofia do Direito”. In, *O que é a filosofia do direito?* Barueri, SP: Manole, 2004.

- LYCAN, William G. Filosofia da mente. In BUNNIN, Nicholas e E.P. Tsui-James (Orgs.). *Compêndio de Filosofia*. São Paulo: Loyola, 2002.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PARDIÑAS, F. *Metodología y técnica de investigación en ciencias sociales*. 3ª ed., La Habana: Instituto Cubano del Libro, 1971.
- PIAGET, Jean: *O juízo moral na criança*. Trad. Elzon Leonardo. São Paulo: Summus, 1994, p. 13.
- PLATÓN: *Fédon*. Trad. Miguel Ruas, 4ª ed., São Paulo: Atena, 1960.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed., San Paulo: Saraiva, 2002.
- ROHDEN, Huberto. *Einstein: O Enigma do Universo*. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru, S P: EDIPRO, 2000.
- SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Trad. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo, 10ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SERRANO, Pablo Jiménez. *O direito à educação: fundamentos, dimensões e perspectivas da educação moderna*. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2017.
- SCHOPEÑAUER, Arthur. *A sabedoria da vida*. Trad. Jeanne Rangel. São Paulo: Golden Book, 2007.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. São Paulo: Rt, vol. 1, 1968.
- SROUR, Robert Henry. *Ética empresarial*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- VILLORIA Mendieta, Manuel. *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*. Madrid: Tecnos, 2000.
- WILLIAMS, Bernard: *Moral: uma introdução à ética*. Trad. Remo Mannarino Filho; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fuentes, 2005.

MEDIDAS EJECUTIVAS ATÍPICAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO: SUSPENSIÓN DEL PERMISO PARA CONDUCIR AUTOMÓVILES, RETENCIÓN DE PASAPORTE Y CANCELACIÓN DE LA TARJETA DE CRÉDITO DEL DEUDOR POR IMPAGO DE LAS DEUDAS

Atypical Executive Measures in the New Brazilian Civil Procedure Code: Suspension of the Driving License, Seizure of Passport and Cancellation of the Debtor's Credit Card Due to Non-Payment of the Debts

Daniel Roberto Hertel

Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil y Práctica Jurídica Civil en
la Universidad Vila Velha (UVV)

Profesor en la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo
(ESMAGES)

Asesor para asuntos jurídicos del Tribunal de Justicia del Estado de
Espírito Santo

danielhertel@terra.com.br; daniel@uvv.br

Recibido: 02/03/2021 – Aceptado: 06/04/2021

Resumen

Trata sobre los medios ejecutivos atípicos en el nuevo Código Procesal Civil Brasileño de 2015. Da especial énfasis al derecho a la satisfacción crediticia, pero con la necesidad de imponer límites al desempeño de la actividad jurisdiccional ejecutiva. Aborda la posibilidad de que, por falta de pago de deudas, se determine, en virtud de la Ley Procesal Civil brasileña, la suspensión de la autorización del derecho de conducir del deudor; la retención del pasaporte del imputado, así como la suspensión de su tarjeta de crédito. Concluye de manera detallada destacando la necesidad de establecer límites al uso de medidas ejecutivas atípicas para preservar la dignidad de los ejecutados.

■ Palabras clave:

Medidas ejecutivas atípicas;
Nuevo Código de Proceso Civil
Brasileño; Derecho de
conducir; Pasaporte; Tarjeta de
crédito

Abstract

■ **Keywords:**

Atypical executive measures;
New Brazilian Civil Procedure
Code; Driving right; Passport;
Credit card

It deals with atypical executive means in the new Brazilian Civil Procedure Code of 2015. It gives special emphasis to the right to credit satisfaction, but with the need to impose limits on the performance of the executive jurisdictional activity. It addresses the possibility that, due to non-payment of debts, the suspension of the authorization of the debtor's right to drive is determined

by virtue of the Brazilian Civil Procedure Law; the retention of the defendant's passport, as well as the suspension of his credit card. It concludes in detail by highlighting the need to establish limits on the use of atypical executive measures to preserve the dignity of those executed.

1. Introdução – 2. Derecho a la satisfacción crediticia y la necesidad de límites al desempeño jurisdiccional ejecutivo – 3. Suspensión del permiso para conducir automóviles – 4. Posibilidad de retirada del pasaporte del deudor por no cumplimiento de la obligación – 5. Cancelación de la tarjeta de crédito del deudor – 6. Consideraciones finales – Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Los medios ejecutivos son herramientas para que la ejecución autónoma y el módulo de cumplimiento de sentencia sean capaces de producir efectos prácticos. Los medios de ejecución representan, de hecho, la técnica procedimental mediante la cual la actividad ejecutiva es capaz de producir resultados y pueden agruparse en dos grupos: el típico y el atípico.

Los medios típicos de ejecución son los que se utilizan tradicionalmente en los procesos civiles y consisten, por un lado, en la subrogación y, por el otro, en la coacción¹. En el primero, el Estado-Juez se pone en el lugar del deudor y cumple con la obligación, mientras que, en el segundo, obliga al ejecutado a cumplirla. Un ejemplo de subrogación ocurre cuando el embargo de un bien del deudor se determina con la respectiva venta judicial; y coacción, cuando se impone una multa (*astreintes*)²

¹ Tal división es ampliamente aceptada en la doctrina brasileña: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 3. São Paulo: Forense, 2015, p. 216. HERTEL, Daniel Roberto, *Curso de execução civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. V, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 46. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, 3ª ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002, v. 1, p. 348-349.

² Me ocupé de las *astreintes* en otra oportunidad: HERTEL, Daniel Roberto. As *astreintes* e o novo Código de Processo Civil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5407, 21 abr. 2018. Disponible en: <https://jus.com.br/artigos/65543>. Acesso em: 9 abr. 2021.

o prisión civil (que solo se admite en Brasil en el caso de deudor de alimentos) para obligar al deudor a cumplir con la obligación.

El nuevo Código Procesal Civil Brasileño (2015) amplía las posibilidades en el escenario procesal ejecutivo al considerar en el artículo 139, IV, el principio de medios ejecutivos atípicos que pueden ser utilizados por el Juez³. El referido artículo establece que el juez dirigirá el proceso de acuerdo con lo dispuesto en este Código que le incumbe determinar todas las medidas inductivas, coercitivas, imperativas o subrogativas necesarias para asegurar el cumplimiento de una orden judicial, incluso en acciones cuyo objeto sea un beneficio en efectivo.

Así, el Juez pasa a tener poderes para utilizar las medidas ejecutivas atípicas⁴, con la posibilidad de determinar medidas no contempladas en la ley, utilizando su prudente discreción, con base en un modelo flexible, a fin de obligar al deudor a cumplir con sus obligaciones. Al respecto, el Superior Tribunal de Justiça Brasileño (STJ) ya ha aclarado que ante la existencia de indicios de que el deudor tiene bienes expropiables, o que ha estado adoptando subterfugios para no saldar la deuda, el magistrado está autorizado a adoptar medidas ejecutivas atípicas siempre que justifique, adecuadamente, su adecuación para la satisfacción del derecho del acreedor⁵.

Las medidas ejecutivas atípicas deben ser utilizadas de manera subsidiaria por el Juez, con las típicas medidas ejecutivas previamente agotadas, y el Juez, en cada caso concreto, debe utilizar la proporcionalidad y la razonabilidad, eligiendo cuál es la medida más adecuada para satisfacer la obligación exigida en ejecución.

³ Sobre la atipicidad de los medios ejecutivos: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 265, 2017. ROQUE, Andre Vasconcelos. Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV do CPC/2015? In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018; PITTA, Fernanda Pagotto Gomes. Por uma teoria das medidas executivas atípicas: limites para a concessão. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

⁴ La doctrina brasileña ya afirmaba que el principio de la atipicidad ejecutiva “vinha, cada vez mais com mais veemência, ocupando o espaço do princípio que lhe é oposto, o da tipicidade das medidas executivas”. Así, “adota-se, no direito processual civil brasileiro, um modelo típico de medidas executivas, temperado por um modelo atípico” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2ª ed. rev. atual e ampl., São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, pp. 292 e 938).

⁵ STJ, HC 558.313/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, juzgado em 23-06-2020, DJe 01-07-2020.

2. DERECHO A LA SATISFACCIÓN CREDITICIA Y LA NECESIDAD DE LÍMITES AL DESEMPEÑO JURISDICCIONAL EJECUTIVO

El acreedor tiene derecho a la satisfacción de su crédito, y cabe mencionar que el artículo 5º, XXXV, de la Constitución Federal Brasileña establece que la ley no excluirá el daño o la amenaza a la ley de la evaluación del Poder Judicial. El Estado, desde hace mucho tiempo, reclama el monopolio de la actividad jurisdiccional⁶ y, por ello, no puede negarse a brindar dicha actividad ni siquiera brindarla de manera defectuosa o incompleta. El acreedor tiene derecho a la satisfacción de su crédito y eso debe hacerse en un tiempo razonable, a través del proceso de ejecución⁷ o la técnica de ejecución de la decisión judicial.

Por cierto, el Código de Proceso Civil Brasileño establece en el artículo 4º que las partes tienen derecho a obtener, en un plazo razonable, la solución plena de los méritos, incluida la actividad satisfactoria⁸. También dispone en el artículo 824 que la ejecución por un determinado monto se realiza expropiando los bienes de los ejecutados, con excepción de las ejecuciones especiales. Un ejemplo de ejecución especial es el de la pensión alimenticia, que admite la prisión del deudor.

Sin embargo, existen límites al ejercicio de la jurisdicción ejecutiva. Si, por un lado, el acreedor tiene derecho a la plena satisfacción de su crédito, por otro lado, no se puede olvidar la dignidad de la persona humana y se debe preservar el contenido del principio que asegura el “patrimonio mínimo” (bienes mínimos) del deudor. El principio de la efectividad de la ejecución debe equilibrarse con el postulado de la menor onerosidad del ejecutado. Sobre eso, la regla contemplada en el artículo 805, párrafo único, del Código de Proceso Civil Brasileño, dispone que para el imputado que pretenda ser la medida ejecutiva más grave, le corresponde señalar otros medios más efectivos y menos costosos, bajo pena de mantener los actos ejecutivos ya determinados.

En este orden de ideas, las medidas ejecutivas atípicas deben tener un carácter subsidiario en relación con las medidas ejecutivas típicas. Así, esas medidas atípicas sólo deben ser decretadas por el Magistrado si las medidas típicas no resultan ser

⁶ La doctrina brasileña señala que “como o homem não ode agir a qualquer custo para satisfazer suas vontades, nem mesmo para concretizar seus anseios de justiça, coube ao Estado o poder-dever de solucionar os conflitos que surgem em razão de interesses contrapostos” (DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 4).

⁷ La doctrina enfatiza que “Quando, em lugar da constituição ou da declaração de uma relação jurídica, o processo deve procurar sua atuação, isto é, a conformidade da situação de fato com a situação jurídica, fala-se, não de cognição, e sim de execução processual” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. 1, p. 124).

⁸ Es importante mencionar que “A violação do direito à duração razoável gera direito à tutela reparatória. A responsabilidade do Estado é pela integralidade do dano experimentado pela parte prejudicada pela duração excessiva do processo” (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 98).

efectivas. Al respecto, la doctrina de la calidad aclara que estas medidas [atípicas] pueden aplicarse cualquiera que sea la naturaleza de la obligación, tanto en el procedimiento de cumplimiento de las sentencias como en la ejecución con base en un título extrajudicial, pero son subsidiarias de las típicas medidas ejecutivas⁹.

El Superior Tribunal de Justicia Brasileño (STJ) en respetable precedente resolvió que es procedente la adopción de medios ejecutivos atípicos siempre que, si se constata que el deudor tiene bienes expropiables, se adopten tales medidas de manera subsidiaria, mediante una decisión que contenga los fundamentos adecuados para la especificidad de la hipótesis concreta, teniendo debidamente en cuenta lo sustancial contradictorio y el postulado de proporcionalidad^{10 11}.

3. SUSPENSIÓN DEL PERMISO PARA CONDUCIR AUTOMÓVILES

Ante el incumplimiento del deudor en relación a la obligación de pagar dinero en efectivo, el Juez, en una ejecución autónoma o en el módulo de cumplimiento de sentencia, puede determinar la suspensión de su licencia de conducir automóviles. El artículo 139, IV, del Código de Proceso Civil Brasileño contempla esa posibilidad.

El proceso civil moderno exige la necesidad de una mejora constante de la actividad judicial, especialmente la satisfactoria. En este sentido, la construcción por la jurisprudencia de un instrumento judicial para la producción efectiva de resultados es un pilar fundamental en el Estado de Derecho Democrático. No se puede olvidar que el monopolio de la actividad jurisdiccional por parte del Estado es legítimo, dados otros factores, por los resultados muy prácticos que esa actividad es capaz de producir.

En Brasil, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) ya ha aclarado que el Juez también tiene atribuciones activas para la realización de la duración razonable del proceso, la entrega del derecho efectivo a aquella parte cuyo título se reconoce en la orden de ejecución y la garantía del debido proceso legal para los exigibles y los ejecutados, porque debe resolver íntegramente el conflicto de intereses, de manera que el magistrado pueda, en vista del principio de atipicidad de los medios ejecutivos, adoptar medidas coercitivas indirectas para inducir a los ejecutados a, voluntariamente, aunque no sea espontáneo, cumplir con el derecho que se le exige¹².

La suspensión de la licencia nacional de conducir no constituye una medida capaz de restringir el derecho a la libertad del ejecutado porque él, deudor, no necesita de esa autorización para moverse. Evidentemente, en tal caso, el deudor no podrá desplazarse

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2016, p. 108.

¹⁰ STJ, REsp 1894170/RS, juzgado en 27-10-2020, DJe 12-11-2020.

¹¹ Sobre la motivación de las decisiones judiciales, consulte el excelente artículo de LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Il principio del contraddittorio e il dovere di motivazione nel CPC brasiliano del 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, 2018.

¹² STJ, RHC 99.606/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, juzgado em 13-11-2018, DJe 20-11-2018.

conduciendo ningún coche, pero nada le impedirá desplazarse por otros medios. Por tanto, el derecho a la libertad del deudor no se viola por la posible suspensión de su licencia nacional de conducir.

Por cierto, el Superior Tribunal de Justicia Brasileño (STJ) reconoció que no existe violación del derecho a la libertad ante la prohibición de conducir un vehículo motorizado, al afirmar que el uso del “habeas corpus” es inadecuado cuando no existe ni remotamente una amenaza al derecho ir y venir del paciente, como en el caso de restricción del derecho a conducir un vehículo de motor¹³.

Además, conviene recordar que no existe un derecho subjetivo e incondicional de los ciudadanos a conducir vehículos de motor. Este derecho sólo se le otorgará al ciudadano si cumple con los requisitos legales respectivos. Cabe recordar la existencia de un trámite administrativo previo, incluida la realización de exámenes teóricos y prácticos, para la obtención de la licencia nacional para conducir. Así, dado que el derecho a conducir no es absoluto, no hay ningún obstáculo para que el Juez suspenda aquello derecho¹⁴.

Por otro lado, si la licencia nacional de conducir es un mecanismo para el ejercicio de la actividad profesional, debe prevalecer la regla de la menor carga posible para el deudor en detrimento de la implementación de los medios de ejecución atípicos. Así, si el deudor es un conductor profesional, viviendo de los ingresos obtenidos por el ejercicio de dicha actividad, no es correcto determinar la suspensión de su derecho de conducir automóviles.

En este caso, la misma orientación que guía el artículo 833, V, del Código de Proceso Civil Brasileño, que establece que no pueden ser embargados los bienes muebles necesarios o útiles al ejercicio de la profesión del ejecutado. En otras palabras, no se deben implementar medidas ejecutivas atípicas que sean desproporcionadas al resultado deseado. El artículo 8º del Código de Proceso Civil Brasileño establece que, al aplicar el orden legal, el juez atenderá a los fines sociales y las exigencias del bien común, salvaguardando y promoviendo la dignidad de la persona humana y observando la proporcionalidad, razonabilidad, legalidad, publicidad y eficiencia.

Al respecto, debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia establece que la suspensión del derecho de conducir es un medio excepcional para exigir el cumplimiento de obligaciones y que deben cumplirse los principios de proporcionalidad, efectividad, adecuación y razonabilidad¹⁵.

¹³ STJ, HC 411.519/SP, juzgado en 21-09-2017, DJe 03-10-2017.

¹⁴ La doctrina brasileña señala que “seriam assim admitidas medidas executivas que nunca foram aplicadas na vigência do CPC/1973 e que não estão previstas expressamente no novo diploma legal. Interessantes exemplos: suspensão do direito do devedor de conduzir veículo automotor, inclusive com a apreensão física da CNH, em caso de não pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito...” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 987).

¹⁵ STJ, AgInt no REsp 1889624/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, juzgado em 24-02-2021, DJe 01-03-2021.

Por cierto, la Corte de Justicia del Rio Grande del Sul (TJRS), en Brasil, sostuvo que se trata de una medida suspensiva del derecho de conducir que no tendrá efecto coercitivo para el pago de las cantidades adeudadas porque en el caso de un conductor profesional, la ausencia de calificación haría inviable el ejercicio de la profesión y, en consecuencia, cualquier posibilidad de que el agravante cancele la deuda existente y futuras cuotas, lo que ocasionaría pérdidas tanto a él como a su hijo¹⁶.

4. POSIBILIDAD DE RETIRADA DEL PASAPORTE DEL DEUDOR POR NO CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

Se permite la retirada del pasaporte del ejecutado como medida ejecutiva atípica para obligar al deudor a cumplir una obligación. La jurisprudencia brasileña es polémica en relación al otorgamiento de tal medida, pero es mayoritario el entendimiento de que no existe una restricción absoluta al derecho de ir y venir del ejecutado.

De hecho, la retirada del pasaporte del deudor para obligar a cumplir con una obligación no viola el núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad porque el deudor podrá, aun sin ese documento, transitar normalmente por el territorio brasileño. Además, hay países del Mercosur que autorizan el ingreso de ciudadanos brasileños aunque no tengan pasaporte, con posibilidad de utilizar documentos locales.

Los principios de eficacia, buena fe-objetiva y lealtad¹⁷, todos ellos que guían el proceso civil moderno, también manchan el comportamiento del deudor persistente que no paga sus deudas y comienza a utilizar su dinero en viajes al exterior.

La Corte de Justicia de San Pablo (TJSP), en Brasil, al apreciar un recurso mantuvo una decisión que, en la etapa de ejecución que se prolonga por años, otorgó el bloqueo de las tarjetas de crédito del deudor, así como la retención de su pasaporte, señalando que el artículo 139, IV, del Código de Proceso Civil Brasileño amplió las medidas a disposición de los magistrados más allá del embargo y expropiación de bienes como medio de cobranza¹⁸.

No es correcto que el deudor deje de pagar una deuda y utilice el dinero que no fue utilizado, por ejemplo, para viajar al extranjero. Hay un comportamiento ético mínimo a exigir a quienes participan en el proceso, que no puede ser ignorado. El artículo 5

¹⁶ TJRS, AI 0040014-89.2018.8.21.7000, juzgado en 26-04-2018; DJERS 03-05-2018.

¹⁷ La doctrina brasileña señala que “assemelhando-se o processo a um jogo, é necessário que algumas regras sejam estabelecidas, aliás, como em qualquer outra atividade humana que coloque contendores frente a frente. Os deveres de proceder com lealdade e com boa-fé, presentes em diversos artigos do Código de Processo Civil, prestam-se a evitar os exageros no exercício da ampla defesa, prevendo condutas que violam a boa-fé e lealdade processual” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 147).

¹⁸ TJSP; AI 2196977-38.2017.8.26.0000, juzgado em 29-01-2018; DJESP 07-02-2018; p. 2027.

del Código de Proceso Civil Brasileño establece que quien participe en el proceso en cualquier caso deberá comportarse de buena-fe. En este paso, el deudor que incumpla con el pago de la deuda que se cobra en la ejecución por la utilización de los valores con viajes al exterior no actúa de buena fe.

La decisión judicial que determina el pago de una deuda, si no es impugnada por su propio procedimiento procesal o tiene sus efectos suspendidos por algún recurso, debe ser cumplida por el demandado. El artículo 77, IV, del Código de Proceso Civil Brasileño establece que es deber de las partes, de sus abogados y de todos aquellos que de alguna manera participen en el proceso cumplir fielmente las decisiones jurisdiccionales, sean provisionales o definitivas, y no crear vergüenza a sus eficacias.

Así, si el deudor no realiza el pago de la deuda, agotando los medios ejecutivos típicos, no hay obstáculo para la retirada de su pasaporte para obligarlo a cumplir con la obligación. En este paso, no se puede pasar por alto la necesidad de aplicar el principio de efectividad, según el cual el proceso de ejecución no debe ser un proceso meramente dogmático, imbuido de incidencias procesales y técnicas; debe ser un proceso efectivo que produzca los resultados esperados por el acreedor¹⁹.

En un respetable precedente didáctico, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) admitió la suspensión del pasaporte manifestando que es posible extraer de la pretensión de residir fuera del país una forma de resguardo del patrimonio del deudor, no dejando, como constató en el transcurso de la ejecución, bienes suficientes en Brasil para liquidar las obligaciones contraídas, con la intención de aumentarlo fuera del país, lo que haría extremadamente difícil llegar a la jurisdicción brasileña²⁰.

Evidentemente, determinadas situaciones concretas deben quedar excluidas del ámbito de cobertura de la medida ejecutiva atípica consistente en la suspensión del pasaporte del deudor. Basta imaginar situación que el deudor realiza una actividad laboral que le obliga a realizar frecuentes viajes al exterior. En este caso, el pasaporte no se utilizará con fines de ocio, sino como condición imprescindible para el ejercicio de la actividad laboral. El criterio de razonabilidad y proporcionalidad debe guiar siempre al Juez.

5. CANCELACIÓN DE LA TARJETA DE CRÉDITO DEL DEUDOR

Es posible que el Juez determine, mediante una medida ejecutiva atípica, la cancelación de la tarjeta de crédito del deudor, no habiendo límites en la legislación procesal brasileña. Tal acción, mientras tanto, no brinda beneficio directo al proceso de ejecución ni al módulo de cumplimiento de sentencia.

La cancelación de la tarjeta de crédito puede considerarse una medida excesivamente grave porque el deudor comienza a sufrir una evidente restricción de un importante

¹⁹ HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009, p. 23.

²⁰ STJ, HC 597.069/SC, juzgado en 22-09-2020, DJe 25-09-2020.

mecanismo crediticio, que permite pagar las deudas de manera prolongada y a plazos. La tarjeta de crédito, a pesar de las altas tasas de interés que se cobran en muchos casos, es un mecanismo importante para recuperar la situación económica del deudor. Por tal motivo, su cancelación no debe determinarse como una medida ejecutiva atípica para constreñir al deudor a cumplir con la obligación.

Ya ha sido aclarado, en Brasil, por el Tribunal Superior de Justicia (STJ) que el Tribunal de origen manifestó que la tutela atípica postulada, consistente en la incautación de tarjetas de crédito, va más allá de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, además de no representar certeza de efectividad a satisfacción crediticia, concluyendo que la conclusión del Tribunal de origen está en armonía con la jurisprudencia de la Corte²¹.

6. CONSIDERACIONES FINALES

El proceso de ejecución y el módulo de cumplimiento de sentencia se rigen por el principio de efectividad, pero este canon no es absoluto y debe equipararse con el principio del menor sacrificio posible de los ejecutados. La ponderación de tales principios puede equilibrarse bien con base en la regla contenida en el artículo 805, párrafo único, del CPC brasileño. De acuerdo con tal norma quien pretenda ser la medida ejecutiva más grave, le incumbe señalar otros medios más efectivos y menos costosos, bajo pena de mantener los actos ejecutivos ya determinados.

El nuevo Código de Proceso Civil Brasileño de 2015, además de las típicas medidas ejecutivas, habilitó al Juez, con base en el artículo 139, inc. IV, otorgar medidas ejecutivas atípicas que permitan el efectivo cumplimiento de las obligaciones. En esta línea de intelección, parece posible, por ejemplo, que el Juez durante la ejecución determine la suspensión del derecho de conducir coches o la suspensión del pasaporte del deudor. Por otro lado, parece estar fuera de línea con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad otorgar la medida ejecutiva atípica para cancelar la tarjeta de crédito del deudor.

El hecho es que las definiciones de los fines de las medidas ejecutivas atípicas representan un verdadero desafío para el proceso civil moderno porque, si bien se debe honrar la idea de efectividad, no se debe descuidar la idea que surge del principio del menor sacrificio posible del deudor. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia serán de fundamental importancia, y les corresponde diseñar el futuro de los medios de ejecución atípicos, siempre teniendo en cuenta las luces que arroja el neoprocesualismo.

²¹ STJ, AgInt no AREsp 1495012/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, juzgado em 29-10-2019, DJe 12-11-2019.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 348.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed., Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. V. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- HERTEL, Daniel Roberto. *As astreintes e o novo Código de Processo Civil*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5407, 21 abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65543>. Acesso em: 9 abr. 2021.
- HERTEL, Daniel Roberto. *Cumprimento da sentença pecuniária*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.
- HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.
- HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito procesual civil*. v. 3. São Paulo: Forense, 2015.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Il principio del contraddittorio e il dovere di motivazione nel CPC brasiliano del 2015*. Revista de Processo, São Paulo, v. 278, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz y MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC*. Revista de Processo, São Paulo, v. 265, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado: artigo por artigo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- PITTA, Fernanda Pagotto Gomes. Por uma teoria das medidas executivas atípicas: limites para a concessão. In: Talamini, Eduardo; Minami, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV do CPC/2015? In: Talamini, Eduardo; Minami, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE INVERSIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL Y SU REFLEJO EN LA ESTELA JURISPRUDENCIAL EUROPEA

The Legal Treatment Business in International Marketplace and its Reflection in the European Jurisprudential Wake

David Carrizo Aguado

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional
dcara@unileon.es
Universidad de León

Recibido: 16/10/2021 – Aceptado: 03/11/2021

Resumen

En términos generales existe una amplia gama de productos de inversión revestidos de compleja naturaleza, cuyas principales características residen, por un lado, en que en el momento de su adquisición no se conocen sus posibles rendimientos futuros, y de otro, suelen tener asociada una calificación de riesgo que, en ocasiones, sirve de guía para los inversores. Sobre este particular, el juez de Luxemburgo, con su ejemplar asunto Jana Petruchová refuerza la perspectiva proteccionista en tanto que, la sumisión a favor de los tribunales de la compañía inversora será nula, como consecuencia de la formidable interpretación teleológica del inversionista al ser considerado consumidor. No obstante, la inseguridad jurídica a la que se enfrentan los clientes minoristas, esencialmente, por la imposición de cláusulas no negociadas a cargo de las compañías financieras, ha sido uno de los principales detonantes en la litigiosidad internacional.

■ Palabras clave:

Mercado de divisa extranjera; Mediación financiera; Cliente minorista; Autoridad judicial competente; Foros de protección en materia de contratos de consumo

■ Keywords:

Foreign exchange market; Financial mediation; Retail customer; Judicial authority; Safeguard forum in cross-border consumer contract

Abstract

In general terms, there is a wide range of investment products of a complex nature, the main characteristics of which lie, on the one hand, in that their possible future returns are not known at the time of acquisition, and on the other, they usually have a rating associated with them. risk that sometimes serves as a guide for investors. On this matter, the judge of Luxembourg, with his exemplary case Jana Petruchová, reinforces the protectionist perspective insofar as the submission in favor of the courts of the investment

company will be null, as a consequence of the formidable teleological interpretation of the investor as he is considered a consumer. However, the legal uncertainty that retail clients face, essentially due to the imposition of non-negotiated clauses by financial companies, has been one of the main triggers in international litigation.

I. Los productos financieros en el mercado internacional: 1. Proyección comercial; 2. ¿Es menester proteger de manera particular al inversionista?: 2.1. Idea preliminar; 2.2. Tándem entre los clientes minoristas y las corporaciones financieras y de inversión – II. Síntesis fáctica del asunto «Petruchová» – III. Líneas seguidas por el legislador europeo en las operaciones transfronterizas de consumo: designación del tribunal competente: 1. La ausencia de información: freno a la transparencia contractual; 2. Exigencias procesales impuestas por el Reglamento (UE) 1215/2012: 2.1. Consideración preliminar: desequilibrio *inter partes*; 2.2. La operatividad negocial del empresario; 2.3. Requisitos *stricto sensu* de aplicación; 2.4. Relación espinosa entre el Reglamento (UE) 1215/2012 y el Reglamento (CE) 593/2008 en referencia a los instrumentos financieros – IV. Bibliografía

I. LOS PRODUCTOS FINANCIEROS EN EL MERCADO INTERNACIONAL

1. Proyección comercial

Los servicios financieros han alcanzado una complejidad, aún creciente, que dificulta la respuesta a una casuística muy amplia y plantea problemas que inciden de manera directa a los contratantes, en la mayoría de las ocasiones adheridos a fórmulas obligacionales diseñadas por los proveedores¹, con las que pretenden alcanzar cierto lucro².

Sin duda alguna, los productos de inversión se han convertido gradualmente en una parte muy relevante de la vida de muchos ciudadanos, pues concentran una cuota trascendental del ahorro de la población. Debe suponerse que, una adecuada regulación de los soportes de inversión resulta esencial para la economía de la Unión Europea³, de hecho, un mercado único de servicios financieros debe funcionar como

¹ *Exempli gratia*, los bancos. En opinión de algún autor, no es la crisis la que crea las situaciones de vulnerabilidad y desprotección, sino que es consecuencia del oportunismo de algunos bancos que han colocado productos inadecuados a sus clientes, *cf.* ZUNZUNEGUI PASTOR, F., “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2013, p. 9.

² El concepto de consumo tiene su génesis en la teoría económica en tanto que es definido como la acción de utilizar bienes y servicios para satisfacer necesidades. Económicamente, un consumidor es una persona u organización que demanda bienes o servicios proporcionados por el productor o el proveedor de servicios: *vid.* LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M^a., “La defensa del consumidor en el Tráfico Mercantil y Financiero”, *Abogacía*, núm. 3, 2009, p. 171.

³ La protección de los derechos de los consumidores ha sido una constante en el desarrollo normativo de la Comisión Europea. En el caso concreto de los consumidores de productos y servicios financieros, lo ha sido de una forma especialmente intensa debido a las consecuencias negativas derivadas de la crisis financiera, *vid.* DE LA ORDEN DE LA CRUZ, M^a.C., “Avances en la protección de los usuarios de productos y servicios financieros minoristas en la Unión Europea”, *Revista de derecho del mercado de valores*, nº 20, 2017, versión online.

un marco normativo que permita el crecimiento económico, el incremento de la productividad y la multiplicación de la oferta de bienes y servicios a costes más competitivos⁴.

Así pues, el sistema financiero juega un importante papel en el conjunto de la economía al tener como objetivo la colocación de forma eficiente de los recursos líquidos hacia las distintas modalidades de inversión productiva. Su buena operatividad favorece el desarrollo económico y, a su vez, es sensible a la evolución de la economía real pues, en última instancia, se sustenta en la realidad económica⁵.

Por esa razón, la actividad transfronteriza de las entidades financieras es uno de los elementos esenciales del sistema financiero y del mercado bancario⁶. La diversificación de riesgos, el crecimiento para aprovechar las economías de escala derivadas de un mayor tamaño, la búsqueda de nuevos mercados y oportunidades de negocio y, la posibilidad de ofrecer más servicios a sus clientes son algunos de los principales motivos que han llevado a las entidades financieras a expandir sus actividades más allá de las fronteras de su país de origen⁷.

⁴ El objetivo debería ser, por ello, que el ordenamiento jurídico estableciera un conjunto de normas claras y de aplicación predecible que permitan, en aquellos casos en que las inversiones hayan resultado fallidas, poder deslindar con claridad la reclamación fundada del inversor mal asesorado y maltratado por la entidad del caso del «inversor oportunista», que pretende que sea el banco quien «pague los platos rotos» de la mala inversión. En definitiva, resulta imprescindible una mayor seguridad jurídica en la contratación mobiliaria que, más allá del inevitable casuismo, permita a los operadores en el mercado poder adquirir un grado razonable de certidumbre acerca del alcance de sus derechos, de sus obligaciones y de sus responsabilidades, *cf.* FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., “Repensar la protección del inversor: bases para un nuevo régimen de la contratación mobiliaria”, *Diario La Ley*, nº 8549, 2015, versión online.

⁵ La integración financiera permite a los inversores mayores posibilidades de inversión con la consiguiente mejora de las opciones en la distribución y la diversificación del riesgo, y es, sin duda, un factor importante para la mejora de la disciplina de mercado y para la adopción de buenas prácticas reconocidas a escala internacional (*Cfr.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El laberinto de la supervisión financiera en la Unión Europea”, en ESPLUGUES MOTA y PALAO MORENO (Eds.), PENADÉS FONS (Coord.): *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*. Tirant Lo Blanch, 2012, p. 908).

⁶ Nunca las empresas privadas habían gozado de tanto poder económico como el actual, *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Internacionalización de la empresa social”, en ANDREU MARTÍ (Coord.): *La empresa social y su organización jurídica*. Marcial Pons, 2014, p. 118.

⁷ VIDAL LLARIO, E., “La actividad transfronteriza de las entidades financieras: el pasaporte comunitario en el marco de mecanismo único de supervisión”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 146, 2017, versión online.

2. ¿Es menester proteger de manera particular al inversionista?

2.1. Idea preliminar

En concordancia con lo expuesto hasta el momento, la aparición de conglomerados financieros⁸, que agrupan empresas prestadoras de servicios bancarios, de inversión y de seguros, exige, con el fin de mantener el buen funcionamiento del mercado, la protección del inversor como eje central del orden económico internacional⁹.

En este entorno, existe una suerte de presión, en parte autoimpuesta, hacia el ciudadano el cual dispone de unos ahorros que le acarrearán cierta obligación a buscar en esos productos financieros una rentabilidad mayor que la de los instrumentos tradicionales. Esa exploración termina muchas veces en tragedia, pues puede conllevar ciertas consecuencias lesivas de una inversión que el consumidor creía segura y recuperable y, que resultó estar sujeta al devenir ulterior de acontecimientos que transformaron en pérdidas lo que era una rentabilidad segura¹⁰.

2.2. Tándem entre los clientes minoristas y las corporaciones financieras y de inversión

Naturalmente, la protección de los consumidores responde a la necesidad de equilibrar situaciones jurídicas donde una de las partes está en situación de inferioridad con respecto a la otra parte¹¹. En el mercado de bienes y servicios de consumo, por razones atinentes a su propia estructura, pero también por la diferencia de poder existente entre empresarios o profesionales, por una parte, y consumidores y usuarios, por la otra, lo ordinario, o estadísticamente frecuente, es no sólo que el consumidor no participe en

⁸ Con carácter general, todo contratante del mercado financiero está amparado por la protección que brinda la normativa general de obligaciones y contratos, *vid.* VALPUESTA GASTAMINZA, E.M., “El cambio de paradigma en la protección del “cliente de productos financieros” [Reglamento (UE) PRIIPS y OM 2316/2015]: sujeto protegido y técnica de protección”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, n° 154, 2019, versión online.

⁹ UNZUNEGUI PASTOR, F., “Regulación financiera en una economía globalizada”, en ZUNZUNEGUI PASTOR (Coord.): *Derecho bancario y bursátil*. Colex, 2012, pp. 25-47.

¹⁰ Destacados juristas han sugerido razonables y eficaces medidas destinadas a conseguir una mayor claridad y transparencia en la información puesta a disposición de los clientes, evitando frases, eslóganes o calificativos engañosos que acompañan a la publicidad de ciertos productos, *vid.* CORRAL MARTÍNEZ, J., “Protección del consumidor y productos financieros”, *Escritura pública*, núm. 90, 2014, p. 54.

¹¹ El consumidor se contenta la mayor parte de las veces con sufrir la voluntad del profesional que manifiesta todo su poder; este difícilmente se encuentra en situación de negociar, de discutir el contenido del contrato que habrá sido prerredactado por el profesional. Pero también, el consumidor puede llegar a ser igualmente protegido contra sí mismo, su vulnerabilidad se está viendo acrecentada por una cierta complacencia que le conduce a veces a la docilidad, *vid.* BOTANA GARCÍA, G.A., “La protección del consumidor como cliente bancario”, *Actualidad civil*, n° 5, 2016, versión online; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “La normativa de protección al consumidor como vía de tutela del cliente inversor”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n° 122, 2015, pp. 42-55.

absoluto, o lo haga de una forma prácticamente irrelevante en la determinación del contenido de los contratos que celebra con los oferentes de los bienes y servicios, sino que incluso, ni siquiera conozca o comprenda cuáles son las condiciones estipuladas para el intercambio oneroso que se documenta a través del contrato de adhesión o de condiciones generales de la contratación¹².

En efecto, la sociedad de consumo parece desembocar en una masificación y estandarización de las relaciones contractuales¹³. Por tal motivo, nos encontramos ante un sector de la contratación presidido por las notas de asimetría informativa¹⁴, estipulaciones bajo el método de las condiciones generales¹⁵ y cláusulas predispuestas¹⁶, una elevada complejidad y especialización técnica de los servicios

¹² BUSTO LAGO, J.M. y PEÑA LÓPEZ, F., “Las estipulaciones contractuales predispuestas por el empresario en las relaciones de consumo: las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas”, en BUSTO LAGO (Coord.): *Reclamaciones de consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de consumo*. Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 215-326.

¹³ BARCELÓ DOMÉNECH, J., “Relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y Derecho nacional en materia de contratación bajo condiciones generales”, en CASTILLO MARTÍNEZ (Dir.) y FORTEA GORBE (Coord.): *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch, 2019, p. 27.

¹⁴ La información es fundamental para la protección de los consumidores, en diferentes escalas: en forma ascendente en complejidad se trata de consumidores ‘simples’, consumidores financieros e inversionistas consumidores. Además, los requisitos y características de la información que trae la regulación escalan en la medida en que los bienes, servicios y productos se tornan más sofisticados, *vid.* BLANCO BARÓN, C., “La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores”, *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, vol. 11, n° 21, 2012, p. 138 y p. 151.

¹⁵ Este fenómeno de la contratación en masa a través de condiciones generales se explica por la existencia de una oferta de bienes y servicios en masa por parte del empresario, lo que hace necesario racionalizar la actividad empresarial para optimizar así su rendimiento. Su uso se justifica por tanto por su función económica, pues a través de ellas se pretenden una serie de objetivos, *vid.* FERNÁNDEZ GARCÍA, G., “El control de la contratación bajo condiciones generales. Tratamiento Jurisprudencial”, en CASTILLO MARTÍNEZ (Dir.) y FORTEA GORBE (Coord.): *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 36-37.

¹⁶ En términos generales, recuerda VILÀ COSTA que, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993), se ha consolidado en esta última década como una base jurídica sumamente importante en el derecho derivado; su pertenencia a una familia de directivas denominadas de “amplio espectro” con técnicas de derecho privado ha sido interpretada por una copiosa y memorable jurisprudencia, *vid.* per omnia, VILÀ COSTA, B., “«Curia novat legem»: el activismo de las jurisdicciones españolas ante el TJUE a lo largo de la crisis económica y financiera en el sector de la vivienda”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ARENAS GARCÍA, DE MIGUEL ASENSIO, SÁNCHEZ LORENZO y STAMPA CASAS (Eds.): *Relaciones transfronterizas*,

financieros, y, además, la utilización de una terminología poco comprensible para el consumidor medio¹⁷.

Sucede, que el deber de información pivota sobre el objetivo de que las características de los productos sean las más adecuadas para cada tipo de clientes identificado, incluyendo en el análisis lo relativo a los canales de distribución de tales instrumentos financieros¹⁸. Existe, por tanto, un deber de “hablar” o “no callar” por la entidad, que exige por parte del destinatario de la información la adopción de una conducta diligente, que, normalmente, se corresponde con un modelo de cliente no experto. Por lo regular, en la práctica, sucede que el inversor minorista o consumidor reemplaza la lectura del conjunto de estipulaciones contractuales por la información ofrecida por el asesor de confianza, *verbi gratia*, el empleado de la entidad financiera. En definitiva, se impone al sector empresarial un estándar alto en la obligación de información a sus clientes, incluyendo a los potenciales¹⁹.

En consideración de un sólido sector doctrinal, el análisis de las exigencias de transparencia que han de cumplir las entidades bancarias y financieras en la utilización

globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas. Thomson Reuters-Civitas, 2020, pp. 1162-1163. De hecho, uno de los mayores problemas prácticos que suscita la protección de la parte débil en los contratos de adhesión es la exigencia de garantizar al adherente la posibilidad de conocer, de manera detallada y efectiva, los derechos y obligaciones derivados del negocio que va a concluir, *vid.* BERTI DE MARINIS, G., “La tutela del consumidor en la conclusión a través de internet de contratos sobre instrumentos financieros (un estudio desde la perspectiva del derecho italiano)”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 33, 2013, pp. 127-145.

¹⁷ Esto sitúa al cliente en una posición de desventaja, que trata de paliarse mediante la intensificación de los deberes de información a cargo del empresario, *vid.* CASADO NAVARRO, A., “Mecanismos de protección del cliente de servicios bancarios en la fase precontractual”, *Diario La Ley*, nº 8531, 2015, versión online.

¹⁸ En relación con el contenido de la información, y fruto de esa obligación activa, no basta con la puesta a realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones, la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, *vid.* en este sentido, FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “Instrumento financieros complejos y su tratamiento jurisprudencial”, en CASTILLO MARTÍNEZ (Dir.) y FORTEA GORBE (Coord.): *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 259-260.

¹⁹ SERRA RODRÍGUEZ, A., “La protección del consumidor de productos financieros: el consentimiento informado”, en BELANDO GARÍN (Dir.) y ANDRÉS SEGOVIA (Coord.): *La supervisión del Mercado de Valores: la perspectiva del inversor-consumidor*. Generalitat Valenciana y Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 156-158. Ante la pregunta qué es el deber de información, con carácter general se puede afirmar que es aquel que recae sobre el acreedor, respecto del futuro deudor y consiste en exponerle y explicarle las condiciones, riesgos y costes del producto ofrecido, *cf.* MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., “Deberes de información, transparencia y crédito responsable”, en CARBALLO FIDALGO (Coord.): *Sobreendeudamiento de consumidores. Estrategias para garantizar una segunda oportunidad*. Boch, 2019, p. 75.

de condiciones generales y cláusulas predisuestas ha permitido diferenciar dos controles diferentes, uno formal y otro material o sustantivo²⁰.

Sin embargo, la práctica del mercado y del legislador nos muestran que, existen productos de inversión sofisticados y de alto riesgo solo aptos para inversores profesionales²¹, no sin obviar que se están comercializando, de forma generalizada, entre el heterogéneo colectivo de inversores minoristas²². Ello puede estar generado por el salto cualitativo de la banca para captar el ahorro de los inversores no cualificados, ocasionando que estos clientes accedan a productos del mercado a pesar de que, *a priori*, no sean aptos para su consumo²³.

Cabe considerar, que muchos de los productos financieros de alto riesgo, estructurados como contratos de una complejidad jurídica palpable²⁴, son colocados

²⁰ Se trata de exigencias de distinta naturaleza que han de cumplir las entidades bancarias y financieras para evitar que al celebrar contratos con sus clientes puedan hacerles creer que tengan por cierto lo que no lo es, sobre todo en lo relativo al objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación), con la muy negativa consecuencia de frustrar las legítimas expectativas que se hicieron al emitir sus consentimientos negociales, *vid.* MIRANDA SERRANO, L.M^a., “Control de transparencia de clausulados negociales predisuestos en el sector financiero”, en MARIMÓN DURÁ y MARTÍ MIRAVALLS (Dirs.), O’FLYNN (Coord.): *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros. Financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente*. Thomson Reuters Aranzadi, 2018, libro electrónico.

²¹ Es por ello que, dentro del amplio grupo de inversores minoristas, se debe discriminar entre los diferentes perfiles para determinar a qué nivel de contratación con las debidas condiciones pueden acceder, *vid.* MAYORGA TOLEDANO, M^a.C., “Productos estructurados, inversores minoristas y deberes de conducta en el mercado de valores: (comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1^a] de 15 de diciembre de 2014)”, *Revista de derecho mercantil*, nº 296, 2015, versión online.

²² Este tipo de operaciones bancarias combinadas generan un entramado de relaciones contractuales entre muy variados sujetos que resultan jurídica y económicamente vinculados, siquiera sea ello en forma «derivada» o indirecta, por lo que no es fácil definir y atribuir responsabilidades en supuestos en los que no llega a alcanzarse el buen fin de la operación, *vid.* SABATER BAYLE, E., “Interpretación de los contratos de inversión en productos financieros estructurados”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, nº 1, 2015, versión online.

²³ No se debe confundir la utilización de determinados productos financieros para cubrir posiciones contrarias con los contratos específicos para la cobertura de riesgos. Es decir, contratos cuyo objetivo básico es la gestión del riesgo frente a la incertidumbre y volatilidad de los mercados, provocada por circunstancias inesperadas que producen cambios de tendencia, decisiones de política económica, etc., *vid.* MAYORGA TOLEDANO, M^a.C., “Elementos delimitadores de los contratos de cobertura de riesgos. Configuración jurisprudencial de los contratos suscritos entre clientes minoristas y las entidades financieras”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 143, 2016, versión online.

²⁴ Las obligaciones subordinadas como las participaciones preferentes son productos de alta rentabilidad, complejos y de riesgo vinculados a la solvencia de la entidad emisora que son creadas con una finalidad de colocación en inversores minoristas y bajo conocimiento financiero de los mercados de inversión (*Vid.* DE HARO, M., “Fiscalidad de los productos financieros en el IRPF. El caso específico de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas”, *Estudios financieros, Revista de contabilidad y tributación*:

al inversor minorista no cualificado²⁵, el cual carece, en muchas ocasiones, de una capacidad cognitiva adecuada en estos extremos concretos, lo que genera uno de los problemas más acuciantes en el sistema bancario²⁶.

Sobre la base de este planteamiento, hay que tener presente que, en numerosas ocasiones el cliente bancario puede ser también considerado como consumidor²⁷, siempre y cuando el acto realizado pueda calificarse como *de consumo*²⁸, para cuya determinación deberemos atender al destino final del bien adquirido, es decir, transacciones operadas en el marco del ámbito privado o familiar²⁹.

Comentarios, casos prácticos, nº 379, 2014, p. 72). En cuanto al tratamiento fiscal derivado de la ineficacia y anulación de los contratos, *vid.* MUÑOZ VILLARREAL, A., “Consumidores y productos financieros”, en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA y MARTÍNEZ MUÑOZ (Coords.): *Estudios de derecho mercantil y derecho tributario. Derechos de los socios en las sociedades de capital, consumidores y productos financieros y financiación de empresas en el nuevo marco tecnológico*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 131-152.

²⁵ La realidad es que estos productos son absolutamente contraindicados para clientes que no sean expertos en materia de inversión (y derivados financieros) debido a la dificultad que entraña valorar la cantidad de contingencias que pueden darse durante la vida del producto y que condicionan su resultado económico. Estas contingencias son producto de la estructura compleja de derivados implícita en los bonos u obligaciones, *vid.* al respecto, BALLESTEROS GARRIDO, J.A. y PÉREZ GUERRA, M.A., “La protección del cliente minorista en relación con la comercialización de obligaciones convertibles”, *Revista de derecho mercantil*, nº 299, 2016, versión online.

²⁶ La ausencia de control efectivo por parte de nuestros supervisores del mercado, unida a su tolerancia sobre determinadas conductas, han incentivado dicha desprotección tanto desde el punto de vista de corrección formal y de contenido de la información, en su aspecto material (*Vid.* IÑIGUEZ ORTEGA, P., “Los deberes de información de las entidades comercializadoras de servicios financieros «MiFID» II como medio de protección del inversor no profesional”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 145, 2017, versión online).

²⁷ La comercialización de los servicios bancarios por vía telemática puede englobarse sin dificultad en la categoría del comercio electrónico directo, puesto que las entidades de crédito prestan sus servicios de forma directa a través de la red, *vid.* MARIMÓN DURÁ, R., “La banca electrónica en el marco de la regulación de la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores”, en COTINO HUESO (Coord.): *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Tirant lo Blanch, 2008, pp. 547-548.

²⁸ Las cláusulas predisuestas en la contratación bancaria en una especie de *sudoku*, pues se exige atender a diversas circunstancias, empezando por la actuación profesional o no profesional del cliente, ya que el control de contenido o abusividad solo es operativo cuando el cliente actúa como consumidor o usuario, pero, en ocasiones, el control de legalidad derivado de alguna de las normas dichas es aplicable en todo caso, *vid.* PAGADOR LÓPEZ, J., “La protección de la clientela en el ámbito de la contratación bancaria: Control de contenido y abusividad”, en MARIMÓN DURÁ y MARTÍ MIRAVALLS (Dirs.), O'FLYNN (Coord.): *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros. Financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente*. Thomson Reuters Aranzadi, 2018, libro electrónico.

²⁹ Lo que se valora es el destino del bien, no las condiciones subjetivas del contratante ni su voluntad, *vid.* ROY PÉREZ, C., “El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros”, *Revista de derecho mercantil*, nº 287, 2013, versión online. En este sentido, el inversor privado que adquiera participaciones de fondos de inversión ha de

A continuación, interesa poner de manifiesto los hechos que se derivan de la trascendente STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18, *Petruchová*³⁰, con el objetivo de penetrar en los aspectos jurídicos, esencialmente desde una óptica internacional privatista, planteados por el juzgador europeo en materia de contratos celebrados por consumidores, con plena fijación en la figura del consumidor revestida de inversor en el campo de los negocios internacionales³¹.

II. SÍNTESIS FÁCTICA DEL ASUNTO «PETRUCHOVÁ»

La parte actora, la Sra. Petruhová, tiene su domicilio en República Checa. El demandado, FIBO, es una sociedad de corretaje chipriota que opera como profesional en el sector de los valores mobiliarios.

En el año 2014, la demandante celebró un contrato marco a distancia con FIBO cuyo objeto consistía en la realización de operaciones en el mercado FOREX –*Foreign Exchange*–, introduciendo órdenes de compra y de venta de la divisa de base que debían ser ejecutadas por FIBO a través de su plataforma de negociación *online*³².

Asimismo, en dicho contrato marco se había estipulado la formalización de contratos individuales entre ambas partes calificados de “contratos financieros por

ser considerado como consumidor desde el momento en que realiza esa contratación en calidad de consumidor y no de profesional. Ello se pone de manifiesto tanto por el destino de las participaciones adquiridas para un uso final como por la naturaleza que caracteriza su actividad como no profesional, *vid.* LAFUENTE SÁNCHEZ, R., *Contratos internacionales electrónicos de fondos de inversión*. Marcial Pons, 2008, p. 382. En suma, sólo a las personas que contratan fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las necesidades de consumo privado, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor, *vid.* en este sentido, LARA, R., “La delimitación del concepto de consumidor a través del criterio del “vínculo funcional” entre prestataria y garante. (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1^a] de 28 de mayo de 2020)”, *Revista de derecho mercantil*, núm. 318, 2020, versión online.

³⁰ EU:C:2019:825 (TJCE 2019\218).

³¹ En atención a la reflexión de algún autor, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión conforma el actual Derecho de consumo, tanto en lo que se refiere a su aplicación, así como a su modificación, *vid.* PALACIOS GONZÁLEZ, M.D., “Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Derecho del consumo en España”, en ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA (Coord.): *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica. Estudios sobre la Unión Europea*. Thomson Reuters-Civitas, 2019, p. 423.

³² Debe tenerse en cuenta que, la información facilitada por el prestamista al consumidor sobre la existencia del riesgo de tipo de cambio no cumple la exigencia de transparencia si se basa en el supuesto de que la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago permanecerá estable durante toda la vida del contrato. Por lo tanto, un consumidor que haya suscrito un préstamo denominado en moneda extranjera y que ignore el carácter abusivo de una cláusula incluida en el contrato de préstamo no puede ser expuesto a ningún plazo de prescripción para obtener la devolución de las cantidades abonadas sobre la base de dicha cláusula. Queda manifiestamente claro en la STJUE de 10 de junio de 2021, asunto C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance*.

diferencia”³³, que constituyen instrumentos financieros cuyo fin consiste en la adquisición de beneficios obtenidos del resto entre los tipos de cambio aplicables, respectivamente, a la compra y a la venta de la divisa de base, en relación con la divisa cotizada.

Aunque se pueden efectuar operaciones en el mercado FOREX con capitales propios, la Sra. Petruchová decidió operar mediante «lotes» utilizando el efecto de apalancamiento. Este mecanismo le permitió negociar con más fondos de los que tenía a su disposición. De este modo, ante la posibilidad de comprar la divisa de base contrataba un préstamo con FIBO que, posteriormente reembolsaba al cerrar la operación de venta de dicha negociación.

En el clausulado del contrato se hace constar un acuerdo atributivo de competencia a favor de los tribunales chipriotas, país donde está domiciliada la compañía FIBO.

En este escenario, en el transcurso de la ejecución de compra de divisa extranjera, la parte demandada, a consecuencia de una importante acumulación de órdenes, ejecutó la orden introducida por la actora con dieciséis segundos de retraso, intervalo en el que se produjo una fluctuación del tipo de cambio en el mercado FOREX.

A tenor de lo señalado por la demandante, si su orden de compra de la divisa de base se hubiera ejecutado sin demora, se hubiera embolsado el triple de beneficio.

Por este motivo, surge la disputa entre ambas partes con la interposición de la demanda a cargo de la Sra. Petruchová ante los tribunales checos, alegando un enriquecimiento injusto de FIBO.

Debe señalarse que, la cuestión prejudicial dirigida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, formulada por el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal Supremo checo, se asienta sobre el interrogante de si puede considerarse consumidor, a la luz del artículo 17.1 Reglamento (UE) 1215/2012³⁴, a aquella persona que opera en el mercado internacional de divisas, colocando sus propias órdenes de manera activa y que actúa por medio de un tercero el cual se dedica profesionalmente a tal actividad.

³³ Los contratos por la diferencia, conocidos por el acrónimo «CFD's» son un producto derivado cada vez más extendidos a nivel mundial, ya que el sistema de apalancamiento que ofrecen permite al inversionista invertir mucho más en acciones que lo que se refleja en dinero y, esto ayuda a que sus beneficios sean mucho más cuantiosos en comparación a realizar una inversión de uno a uno como lo realizan las acciones comunes y corrientes, *vid.* WASHINGTON, A. y MENDOZA, H., “Contratos por la diferencia (CFD'S) como opción de inversión: definición, cualidades y riesgos”, *593 Digital Publisher CEIT*, vol. 3, nº 4, 2018, p. 58.

³⁴ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012).

III. LÍNEAS SEGUIDAS POR EL LEGISLADOR EUROPEO EN LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS DE CONSUMO: DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE

1. La ausencia de información: freno a la transparencia contractual

Los problemas con los que se puede encontrar el consumidor son de diversa índole, implicando, en muchas de las ocasiones, el surgimiento de una contienda y la consecuente determinación del tribunal que debe conocer del hecho litigioso. No obstante, en realidad, se pueden subsumir en dos cuestiones esenciales: por un lado, aspectos relacionados con la información, por no ser adecuada, además de presentar errores generando cierta confusión; de otro, las dificultades para realizar reclamaciones por la falta de cumplimiento total o parcial de las prestaciones o servicios contratados³⁵.

Generalmente, el consumidor, debido a la escasez de información³⁶, descarta las diversas posibilidades de las que dispone para las diferentes reclamaciones existentes, muchas de ellas en base a que, ante la escasa cuantía de la reclamación, no va a ser compensable con los altos costes de la misma³⁷. Se ha verificado que, en el ámbito de la contratación a distancia, la resolución extrajudicial de conflictos resulta ser un medio muy adecuado para dirimir las disputas surgidas a raíz de los continuos incumplimientos, principalmente, los llevados a término por el empresario. En efecto, acudir a los tribunales supone complejidad, gastos y dilaciones que en la mayoría de

³⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “La protección del turista: estado de la cuestión y previsiones de reforma a la luz de la Directiva 2011/83 de derechos de los consumidores” en CUÑAT EDO, MASSAGUER FUENTES, ALONSO ESPINOSA y GALLEGU SÁNCHEZ (Dirs.), PETIT LAVALL (Coord.): *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Tirant lo Blanch, 2013, p. 1096.

³⁶ El núcleo de la protección del consumidor en la contratación electrónica reside en la necesaria información que debe recibir antes y después de formalizar el contrato (*Vid.* GÓMEZ VALENZUELA, E., “La contratación electrónica de consumo en el espacio intracomunitario”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 42, 2016, versión online). Una de las técnicas de protección de los consumidores más frecuentes es la imposición de los deberes de información a los empresarios; ahora bien, la información ofrecida por el sector empresarial ha de constituir una técnica adecuada para que aquellos lean, entiendan y se comporten racionalmente (*Vid.* DE LA MAZA GAZMURI, I., “El mal que no quiero: la información como técnica de protección de los consumidores”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, 2015, p. 350 y p. 354).

³⁷ Podemos definir los procesos de escasa cuantía como procedimientos judiciales simplificados que tratan de reclamaciones civiles y mercantiles sobre una cantidad menor a la establecida por la ley. Con el objetivo de mejorar el acceso a la justicia se han creado los procesos de escasa cuantía que, comparándolos con los procesos ordinarios, se caracterizan por su brevedad, reducción de costas y menor formalismo (*Vid.* CORTÉS DIÉGUEZ, J.P., “El acceso a la justicia para los consumidores en la era del internet”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 15, 2008, versión online).

las ocasiones debe soportar el consumidor³⁸. Sin embargo, esta materia no será objeto de discusión en esta contribución.

Retomando el tema que encabeza este subepígrafe, cabe destacar que, la necesidad de informar claramente sobre el precio del producto o servicio³⁹, incluyendo todos los conceptos que el consumidor debe pagar y la necesidad de una prestación correcta y adecuada de esta información, son aspectos fundamentales en el logro de una correcta protección del consumidor⁴⁰.

Para que la tutela procesal del consumidor sea real y efectiva es necesario que este reciba una información veraz, útil y no fragmentada, es decir, en todo momento debe ser consciente de la misma, de forma gratuita sin necesidad de solicitar la asistencia de algún profesional externo y, con ello, alcanzar el verdadero cumplimiento de sus objetivos⁴¹.

De igual forma, en un mercado cada vez más competitivo, la existencia de una normativa que imponga a los empresarios el deber de transparencia sobre las condiciones de sus productos constituye un elemento imprescindible en la defensa de los consumidores, puesto que permite a estos conocer y comparar los bienes y servicios⁴². Se infiere como vital, empoderar a los consumidores, promover la equidad

³⁸ En torno a las posibilidades que ofrecen los métodos de resolución alternativa en materia patrimonial, *vid.* CARRIZO AGUADO, D., “Asistencia extrajudicial al consumidor transfronterizo europeo”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 45-69.

³⁹ ÁLVAREZ LATA, N., “Información al consumidor, prácticas comerciales y publicidad”, en BUSTO LAGO (Coord.): *Reclamaciones de consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de consumo*. Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 149-214.

⁴⁰ PANIZA FULLANA, A., “Información, consumidores y sistemas electrónicos de reserva: la indicación del precio final”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 2, 2015, pp. 108-109.

⁴¹ MARCHAL ESCALONA, N., “La protección del consumidor en los litigios transfronterizos de escasa cuantía en la Unión Europea y en América Latina”, en ESTEBAN DE LA ROSA (Ed.): *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva del Derecho internacional, europeo y comparado*. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1024-1027. Toda transacción comercial deberá estar presidida por el principio de veracidad de la información (*Vid.* VEGA CLEMENTE, V., “Consideraciones sobre la protección de los consumidores en el comercio electrónico”, *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 24, 2012, pp. 162-166).

⁴² La transparencia es una palabra clave en la disciplina de las condiciones generales de la contratación y del contrato por adhesión, pues es el nuevo modo de contratar propio de la sociedad de consumo y la distribución masiva (*Vid.* BALLUGERA GÓMEZ, C., “Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente”, *Diario La Ley*, nº 8795, 2016, versión online). Resulta de vital importancia que el consumidor reciba una información completa en la fase precontractual, al efecto que el consentimiento se forme correctamente (*Vid.* BALDERAS BLANCO, S., “La eficiencia en la información precontractual sobre el derecho de desistimiento en contratos a distancia”. *Diario La Ley*, nº 8394, 2014, versión online; MIRANDA SERRANO, L.Mª., “Claves de la regulación del desistimiento negocial en la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores”, en CUÑAT EDO, MASSAGUER

y generar confianza en el mercado único⁴³. De esta forma, se conseguirá, indudablemente, la máxima de que un consumidor informado es un consumidor protegido⁴⁴.

2. Exigencias procesales impuestas por el Reglamento (UE) 1215/2012

2.1. Consideración preliminar: desequilibrio *inter partes*

Ante todo, los conceptos utilizados por el Reglamento (UE) 1215/2012, y, en particular, los que figuran en su artículo 17, apartado 1, letra c)⁴⁵ deben interpretarse de forma autónoma y restrictiva⁴⁶, principalmente con referencia al sistema y a los objetivos de dicho Reglamento, para así garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros⁴⁷. Resulta ineludible indicar que sólo serán operaciones de consumo aquellas obligaciones contractuales recogidas en el artículo 17, apartado 1. Es decir, no todo contrato en el que participa un eventual consumidor es un contrato de consumo protegido por el Reglamento (UE) 1215/2012⁴⁸.

El engranaje procesal diseñado por la norma europea se apoya en la desigualdad axiomática entre consumidor y empresario⁴⁹. La asimetría de información que ambos

FUENTES, ALONSO ESPINOSA, GALLEGO SÁNCHEZ (Dirs.), PETIT LAVALL (Coord.): *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1181-1207.

⁴³ La piedra angular del Mercado único digital está sustentada en mantener vivo que los consumidores europeos sepan elegir, así como las empresas europeas se mantengan en los pilares de seguridad y confianza en el conjunto del mercado interior, *vid.* CARRIZO AGUADO, D., “Posicionamiento de los consumidores en el Mercado Único Digital desde una perspectiva internacional privatista”, en GARCÍA ÁLVAREZ y MARTÍN RODRÍGUEZ (Dirs.): *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*. Dykinson, 2019, p. 31.

⁴⁴ *Cfr.* SERRANO FERNÁNDEZ, M. y SÁNCHEZ LERÍA, R., “Del Código Civil a las Directivas Comunitarias sobre el derecho de la contratación: un recorrido por el deber de información precontractual al consumidor”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 31, 2013, pp. 25-26.

⁴⁵ Al respecto, el juez de Luxemburgo entiende que no se exige que exista una relación causal entre el medio utilizado para dirigir la actividad comercial o profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor, a saber, una página web, y la celebración del contrato con dicho consumidor. No obstante, la existencia de tal relación causal constituye un indicio de vinculación del contrato a tal actividad, *vid.* STJUE de 17 de octubre de 2013, asunto C-218/12, *Emrek*, EU:C:2013:666 (TJCE 2013\358).

⁴⁶ CALVO CARAVACA, A-L., “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 93-94.

⁴⁷ *Vid.* STJUE de 7 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-585/08 / C-144/09, *Peter Pammer / Hotel Alpenhof GesmbH*, EU:C:2010:740 (TJCE 2010\371).

⁴⁸ CARRIZO AGUADO, D., “«Trampantojo» de foros ante los profusos incumplimientos llevados a cabo por la compañía Ryanair en vuelos internacionales”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 507.

⁴⁹ Sobre esta desigualdad se ha edificado una normativa protectora del consumidor, por ser considerada parte débil, pues la inmensa mayoría de los contratos no son negociados (*Vid.*

disponen, como ha quedado de manifiesto en el apartado anterior, hace presagiar que el cliente pueda tener verdaderamente dificultades para apreciar la calidad de los servicios que le son prestados⁵⁰. Para corregir esa desproporción, la legislación, tanto europea como nacional, impone varios deberes de información, partiendo de la hipótesis de la racionalidad de los consumidores⁵¹.

Para lograr un cierto equilibrio en las posiciones de las partes, la política de protección de los consumidores en este sector⁵² conduce, de un lado, a la posibilidad de que se abra un foro próximo a los mismos, y por otro lado, se limitan los efectos de las cláusulas de sumisión a favor de los tribunales de un Estado que con frecuencia, son impuestas por el empresario como parte fuerte en el contrato⁵³.

GAUDEMET-TALLON, H. y KESSEDIAN, C., “La refonte du règlement Bruxelles I”. *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 49, nº 3, 2013, pp. 439-441; LE FRIANT, M., “Le consommateur vulnérable à la lumière du droit de la consommation de l'Union européenne”. *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 49, nº 3, 2013, pp. 483-498; NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A., “La teoría general del contrato clásica y la nueva legislación de consumidores: una reflexión crítica con dos ejemplos”, en CANEDO ARRILLAGA (Coord.): *Derecho de consumo: actas del Congreso Internacional sobre Derecho de Consumo*. Tirant lo Blanch, 2009, pp. 159-162; WADDINGTON, L., “Vulnerable and Confused: the protection of “vulnerable” consumers under EU Law”, *European law review*, nº 6, 2013, pp. 757-782; URIONDO DE MARTINOLI, A., “El consumidor internacional”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ARENAS GARCÍA, DE MIGUEL ASENSIO, SÁNCHEZ LORENZO y STAMPA CASAS (Eds.): *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*. Thomson Reuters-Civitas, 2020, libro electrónico).

⁵⁰ En cualquier caso, se debe prestar atención a la naturaleza del contrato y a las cláusulas que lo componen junto con las circunstancias que rodean a la formación del mismo, *vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADO, D., “¿Quién es quién? El abogado es el profesional y el cliente es el consumidor. Calificación de dicha relación en el contrato de prestación de servicios jurídicos conforme a la STJUE 15 de enero 2015. –Asunto C537/13– (SIBA)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2015, pp. 149-167.

⁵¹ *Vid.* BEDNARZ, Z., “Breach of information duties in the B2C e-commerce: adequacy of available remedies”, *IDP: revista de Internet, derecho y política*, nº 22, 2016, pp. 2-18.

⁵² La política de protección de los consumidores a nivel comunitario se ha ido construyendo a lo largo de los años como un principio esencial en el funcionamiento de la Unión, recogido y desarrollado tanto en el llamado Derecho originario como en el Derecho derivado (*Vid.* GONZALO LÓPEZ, V., “Políticas y programas europeos de protección jurídica de los consumidores”, en TOMILLO URBINA (Dir.) y ÁLVAREZ RUBIO (Coord.): *La protección jurídica de los consumidores en el Espacio Euroamericano*. Comares, 2014, pp. 25-26). De hecho, el alcance del principio de protección al consumidor en el ámbito de la Unión Europea está en construcción permanente y se trata de un postulado bastante proteico, *vid.* AVILÉS GARCÍA, J., “Cláusulas abusivas y prácticas empresariales asociadas a cesiones de carteras de créditos (reflexiones críticas sobre una jurisprudencia reciente del TJUE)”, en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA (Coord.): *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: Estudios sobre la Unión Europea*. Thomson Reuters-Civitas, 2019, p. 266.

⁵³ En la actualidad no hay que olvidar que el consumidor con el fin de satisfacer sus necesidades, se ve enfrentado a una verdadera avalancha de ofertas de difícil diferenciación, que conjuntamente con la utilización de diversas técnicas publicitarias, dificultan enormemente la capacidad de elección de aquel. (*Vid.* FERNÁNDEZ MASÍA, E.,

En atención al motivo de protección de la parte vulnerable del contrato, la autonomía de la voluntad⁵⁴ encuentra un serio límite, que condiciona, sin excluir, la posibilidad de que las partes pudieran seleccionar el foro competente. Por ello, se admite la sumisión expresa, siempre y cuando se le ofrezca a la parte débil posibilidades complementarias de demandar a la otra parte⁵⁵. En definitiva, se debe cumplir de manera escrupulosa al menos uno de los tres requisitos dispuestos por el artículo 19 Reglamento (UE) 1215/2012⁵⁶.

Esta protección jurisdiccional tiene su verdadero fundamento en que la mayoría de los contratos de consumo son contratos de adhesión o con fórmulas de predisposición del empresario hacia el consumidor⁵⁷. Ello conlleva como efecto directo la escasa o nula negociación de las diversas cláusulas que puede contener el mismo, entre las que suele encontrarse una sumisión a determinados tribunales, lógicamente dónde está radicado el empresario o su actividad empresarial.

“Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento Comunitario 44/2001”, *Estudios sobre consumo*, nº 63, 2002, p. 14).

⁵⁴ La admisibilidad de la contratación vía Internet deriva, con carácter general, de la autonomía de la voluntad concedida a los contratantes para formalizar y configurar sus negociaciones (*Vid.* CARRIZO AGUADO, D. y ALVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “Determinación de la competencia judicial internacional en aquellos contratos con condiciones generales celebrados vía on line: Análisis de la validez formal del pacto de sumisión expresa materializado con un “clic” en página web”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 7, 2015, pp. 73-88).

⁵⁵ *Vid.* ESPINAR VICENTE, J.Mª., *Doce reflexiones sobre el Derecho internacional privado español*. Liceus, 2014, pp. 168-169; PALAO MORENO, G., “La autonomía de la voluntad y la resolución de las controversias privadas internacionales” en PRATS ALBENTOSA (Coord.): *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V, Wolters Kluwer España, 2012, pp. 871-875.

⁵⁶ El uso de la autonomía se limita a establecer una cláusula para impedir una internacionalización imprevista para el contrato de consumo, y con esta precaución, puede evitarse que el cambio posterior de domicilio o residencia de uno de los contratantes genere un foro difícilmente previsible para el otro (*Vid.* ESPINAR VICENTE, J.Mª y PAREDES PÉREZ, J.I., *Tráfico externo y litigación civil internacional*. Dykinson, 2018, p. 239).

⁵⁷ El formalismo del Derecho privado europeo se manifiesta esencialmente en la contratación de consumo, que generalmente incluye contratos de adhesión y condiciones generales y un contenido contractual legal predeterminado. La forma tiene básicamente carácter protector del consumidor frente al empresario (*Vid.* ARROYO I AMAYUELAS, E., “¿Qué es forma en el Derecho contractual comunitario de consumo?”, en FERRER VANRELL y MARTÍNEZ CAÑELLAS (Dirs.): *Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*. Dykinson, 2009, pp. 230-242). Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares (*Vid.* SERRANO CHAMORRO, Mª.E., “Condiciones generales de contratación en los servicios digitales: adaptación a la nueva normativa comunitaria”, *Actualidad civil*, nº 12, 2019, versión online).

2.2. La operatividad negocial del empresario

A la hora de proceder al análisis del artículo 17.1 c) Reglamento (UE) 1215/2012, debemos iniciarlo teniendo en cuenta dos requisitos esencialmente basados en el comportamiento del empresario⁵⁸. De una parte, que este ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, y de otra, que el cocontratante dirija, por cualquier medio, sus actividades comerciales o profesionales al Estado miembro del domicilio del consumidor⁵⁹.

En cuanto a la primera premisa, serán competentes los tribunales del Estado donde el empresario desarrolla su actividad comercial, vale decir, el «mercado natural del empresario»; y en cuanto a la segunda condición, el empresario dirige su actividad comercial al Estado miembro donde está domiciliado el consumidor o a varios Estados miembros, siempre que este último esté comprendido entre todos ellos⁶⁰. Dicho de otra manera, es el empresario quien decide introducirse mediante actos comerciales

⁵⁸ Sólo hay contrato de consumo si una de las partes es un verdadero profesional y no opera en el tráfico jurídico a título meramente particular, es decir, al margen de cualquier actividad. Esta interpretación es muy próxima a lo contenido en el Reglamento (CE) 593/2008, pues exige de manera expresa en su artículo 6, apartado 1, que el contratante sea efectivamente un profesional. Por ello, y al hilo de la jurisprudencia comunitaria, las normas protectoras de los contratos concluidos por los consumidores, no serán aplicables a aquellos celebrados entre dos personas que realizan actividades comerciales o profesionales (*Vid.* STJUE de 5 de diciembre de 2013, asunto C-508/12, *Walter Vapenik*, EU:C:2013:790 (TJCE 2013\430)).

⁵⁹ Merece especial atención la particular situación ante la cual el profesional no se desplaza físicamente al Estado del consumidor, pero dirige hacia él sus actividades en el marco de dos contratos celebrados sucesivamente entre el mismo consumidor e idéntico profesional. El Alto Tribunal europeo, en la STJUE de 23 de diciembre de 2015, asunto C-297/14, *Hobohm*, EU:C:2015:844 (TJCE 2015\411), admite la posibilidad de que ante un contrato que *a priori* no encaja como contrato de consumo, pueda beneficiarse del mencionado régimen protector. Ahora bien, es necesario que este presente una conexión muy estrecha con la primera obligación contractual suscrita entre las mismas partes fruto de una «actividad dirigida» por el profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor. Es decir, el contrato conexo debe considerarse como prolongación directa de la «actividad profesional dirigida» al Estado miembro del domicilio del consumidor, pues posee como fin principal, la satisfacción del objetivo económico que subyace de la relación contractual inicial. (*Vid in extenso*, CARRIZO AGUADO, D., “La relación de causalidad como indicio justificativo de la “actividad dirigida” en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 301-317).

⁶⁰ En sede de competencia judicial internacional, el Dr. Garau Sobrino afirma que lo determinante para la aplicación de los foros de protección en materia de consumidores es que el profesional «dirija» sus actividades antes de la celebración del contrato y que el contrato está vinculado con una de esas actividades dirigidas (*Cfr.* GARAU SOBRINO, F.F., “El elemento transnacional en la solución de conflictos turísticos. Cuestiones de competencia judicial internacional y de ley aplicable”, en TUR FAÜNDEZ, (Coord.): *Autorregulación y solución de conflictos en el ámbito del turismo*. Colex, 2014, p. 174).

concretos en la esfera comercial dónde está situado el consumidor; es el denominado «mercado de conquista»⁶¹.

2.3. Requisitos *stricto sensu* de aplicación

El Reglamento (UE) 1215/2012, establece en su artículo 18.1, los foros que otorgan un régimen particular más beneficioso para el consumidor, debido a que es la parte de la relación contractual, considerada más débil y jurídicamente menos experimentada.

No debemos eludir que, el consumidor está recubierto de características particulares que le convierten en una parte especialmente necesitada de tutela legal. Uno de los fundamentales riesgos asumidos por el usuario es el hecho de adentrarse en un ordenamiento jurídico extranjero que desconoce⁶². En cambio, la determinación de si un consumidor realiza una actividad inversora es una cuestión que debe de ser examinada en atención a las circunstancias concretas que se acrediten en cada uno de los supuestos de hecho que se enjuician, bien entendido que la carga de la prueba de la finalidad de la compraventa o prestación del servicio es diferente según el tipo de persona que contrate⁶³.

⁶¹ Cuando la parte contratante ejerza su actividad en el Estado miembro donde se encuentre domiciliado el consumidor es denominado en el Derecho internacional privado norteamericano «Doing Business»; ahora bien, si la parte contratante no ejerce sus actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor pero desea introducirse en el mismo, se considera entonces que tiene una vocación clara de penetrar en un mercado que no es su mercado natural, y subyace el fenómeno denominado «Internacional Stream-of-Commerce» (Cfr. CALVO CARAVACA, A-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Colex, 2001, p. 85).

⁶² Con carácter general, se ha de tener en cuenta que solo serán competentes los jueces del ámbito geográfico o territorial establecido en el Reglamento (UE) 1215/2012. Ahora bien, la identificación como Estado tercero excluye el carácter atributivo de las normas de competencia judicial internacional, sin embargo, no tiene consecuencias en la determinación de la Ley aplicable por el carácter *erga omnes* de los instrumentos, cfr. JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Tribunales de los Estados miembros de la UE y situaciones”, en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA (Coord.): *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: Estudios sobre la Unión Europea*. Thomson Reuters-Civitas, 2019, p. 100. Sin embargo, no debe olvidarse que, se ha ampliado el ámbito territorial de las disposiciones de protección del consumidor en la refundición de Bruselas I, pues esta norma interviene cada vez más con los sistemas jurisdiccionales de terceros Estados en cuestiones de protección al consumidor, *vid.* BACHMEIER, T., “Consumer Protection in the Brussels I Recast and its Interface with Third States”, *European law review*, núm. 6, 2019, pp. 841-854.

⁶³ Así quedó apuntado en CARRIZO AGUADO, D., “Observación jurisprudencial relativa a la ley aplicable a la compraventa de bienes inmuebles radicados en el extranjero. Estudio de caso a partir de la SAP de Murcia, núm. 98/2020”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 767-774.

El concepto autónomo⁶⁴ de «consumidor», esbozado por el Tribunal de Luxemburgo⁶⁵, queda impregnado por el fundamento que será aquella persona que actúa siempre con un fin «ajeno a su actividad profesional»⁶⁶.

Su interpretación debe ser restrictiva, en relación con su posición en un contrato determinado, y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con su situación subjetiva⁶⁷, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras⁶⁸. También, es necesario resaltar que, esta protección particular no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional⁶⁹, aunque esta se prevea para un momento

⁶⁴ Para una delimitación subjetiva de consumidor en la vertiente jurisprudencial y doctrinal, *vid.* ARROYO APARICIO, A., “Comentario al artículo 17”, en BLANCO-MORALES LIMONES, GARAU SOBRINO, LORENZO GUILLÉN y MONTERO MURIEL (Coords.): *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I*. Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 440-445.

⁶⁵ La protección ofrecida al colectivo de los consumidores resulta de un diálogo mantenido con lealtad con el TJUE, en el que los jueces españoles han tenido un protagonismo destacado, así es apuntado por SIGNES DE MESA, J.I., “El Tribunal de Justicia de la UE y la protección de los consumidores como colectivo vulnerable”, *OTROSÍ.: Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 8, 2021, pp. 56-57.

⁶⁶ La reciente STJUE de 2 de mayo de 2019, asunto C-694/17, *Pillar Securitisation*, EU:C:2019:345, reitera la idea expuesta y seguida en su sólida jurisprudencia.

⁶⁷ Si se atendiera a las condiciones subjetivas del adherente, se llegaría al absurdo de no proteger a una persona que, si bien ostenta un nivel de cualificación, información y formación altísima y a la par del predisponente o profesional, carece de cualquier tipo de poder de negociación en la contratación y, por eso, sigue siendo la parte débil del contrato, *cfr.* DE LA RÚA NAVARRO, J., “El concepto de consumidor”, en CASTILLO MARTÍNEZ (Dir.) y FORTEA GORBE (Coord.): *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch, 2019, p. 76.

⁶⁸ *Vid.* STJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16, *Schrems*, EU:C:2018:37: El concepto de “consumidor” es, en teoría, un concepto restrictivo. Sin embargo, el TJUE lo ha extendido a casos en los que un particular, en el momento presente, ha pasado a ejercer como profesional de manera evidente, pública y notaria; el asunto *Schrems* es prueba de ello (*Cfr.* CALVO CARAVACA, A-L., “Los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: últimas tendencias”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ARENAS GARCÍA, DE MIGUEL ASENSIO, SÁNCHEZ LORENZO y STAMPA CASAS (eds.): *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*. Thomson Reuters-Civitas, 2020, libro electrónico).

⁶⁹ También es preciso tener presentes las características del producto contratado, de tal forma que si se contrata un producto diseñado para un uso profesional se entenderá que no cabe ser considerado “consumidor” en el ámbito del Reglamento (UE) 1215/2012, así lo afirma CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.Mª., “El consumidor frente al profesional en entornos digitales. Tribunales competentes y ley aplicable”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, p. 185.

posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional⁷⁰.

En este aspecto, cuando el consumidor y el empresario están domiciliados en algunos de los Estados que forman parte del ámbito espacial del Reglamento (UE) 1215/2012, el consumidor puede ejercitar su derecho a demandar a su cocontratante, a su elección, ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el empresario, o bien, ante los tribunales del Estado miembro, donde está su propio domicilio⁷¹. Conviene destacar que, a diferencia de los foros previstos en el Reglamento (CE) 44/2001⁷², que establecían solamente la competencia judicial internacional, los foros de protección del Reglamento (UE) 1215/2012 determinan también la competencia territorial, de ahí la sustitución de la referencia al Estado del domicilio del consumidor por una referencia directa al tribunal del lugar donde esté domiciliado el consumidor⁷³.

Estos foros son *intuitu personae*, es decir, el consumidor es el único con legitimidad procesal activa para invocarlos. Es una regla de protección estrictamente procesal y por ello inalienable, o sea, el consumidor no puede ceder los derechos procesales que le otorga la Sección 4ª a un tercero. Si el consumidor cediese su derecho material a un tercero –no consumidor–, se aplicaría el régimen general⁷⁴.

⁷⁰ STJUE de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17, *Milivojević*, EU:C:2019:123: se abordan, principalmente, dos cuestiones: si puede considerarse consumidor a esta prestataria que destina el préstamo a renovar una vivienda que destinará tanto a fines personales (su domicilio) como empresariales (alojamiento para turistas); y si cabe entender que actúa como consumidora cuando la actividad empresarial todavía no se ha iniciado en el momento de celebrarse el préstamo. En torno a la misma y otras cuestiones vinculadas, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M.J., “Concepto de consumidor y préstamo para financiar una futura actividad empresarial”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 112, 2020, versión online.

⁷¹ En cuanto al primer foro de competencia, si el empresario profesional demandado se identifica en su página web con su domicilio aparente diferente de su domicilio real, habrá que estimar que el consumidor demandante debe poder demandar tanto en el país del domicilio ficticio, como en el país del domicilio real del empresario profesional. En ambos foros, es indiferente la situación física de los ordenadores desde los que se contrata y es indiferente también la situación física del servidor en la que se aloja la *web page* que permite la contratación electrónica (*Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Contratos internacionales de consumo”, en CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 18ª ed., Comares, 2018, pp. 1116-1129).

⁷² Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE núm. 12, de 16 de enero de 2001).

⁷³ ESPINAR VICENTE, J.Mª y PAREDES PÉREZ, J.I., *El régimen jurídico de las obligaciones en Derecho Internacional Privado español y de la Unión Europea*. Dykinson, 2019, p. 82.

⁷⁴ *Cfr.* VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª. ed. Thomson Civitas, 2007, p. 173.

En cambio, cuando la acción es interpuesta por el empresario contra el consumidor, sólo podrán ser competentes para conocer de la misma los tribunales del Estado miembro en el que estuviera domiciliado el consumidor⁷⁵.

En todo caso, si en el *iter* procedimental, no se conociera el domicilio del consumidor ni se dispusiera de indicios probatorios que permitan llegar a la conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera o dentro del territorio comunitario⁷⁶, se debe acudir al criterio del último domicilio conocido del consumidor, para así garantizar una cierta ecuanimidad entre los derechos del demandante y del demandado⁷⁷. El consumidor demandado que no dispone de un domicilio conocido frente a terceros, demandado invisible, crea con esa actitud, un riesgo cuyas consecuencias debe asumir; y el producto de dicho comportamiento consiste en que puede ser demandado ante los tribunales del país de su último domicilio conocido⁷⁸. No obstante, el órgano jurisdiccional que está conociendo de la causa debe haberse cerciorado de que se han llevado a cabo todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar al demandado⁷⁹.

2.4. Relación espinosa entre el Reglamento (UE) 1215/2012 y el Reglamento (CE) 593/2008 en referencia a los instrumentos financieros

A tenor del apartado 4, letra d, del artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008⁸⁰, los derechos y obligaciones que se deriven de un instrumento financiero no pueden acogerse al régimen protector de los contratos de consumo. Por el contrario, sí quedan

⁷⁵ Se garantiza así la protección del consumidor *on line* que sólo puede verse demandado en el país de su domicilio, sin que tenga que desplazarse para defenderse ante los tribunales del domicilio del profesional (*Vid.* CASTELLANOS RUÍZ, E., *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*. Comares, 2010, pp. 18-19).

⁷⁶ El derecho del consumidor a reclamar en su propio domicilio frente a profesionales de terceros Estados, no impide aplicar las legislaciones nacionales que articulen otros foros de competencia a favor del consumidor. Sería contradictorio, que un consumidor, parte débil, no pudiera invocar los foros exorbitantes de las legislaciones nacionales respecto de un demandado domiciliado en un tercer Estado, al tiempo que lo puede hacer cualquier otro demandante que no tienen esa posición desigual (*Vid.* ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Contratos de consumo en el tráfico comercial UE-Terceros Estados”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 14-15, 2014-2015, pp. 291-293).

⁷⁷ *Vid.* STJUE 17 noviembre 2011, asunto C-327/10, *Hypoteční banka*, EU:C:2011:745 y el reciente ATJUE de 3 de septiembre de 2020, asunto C-98/20, *mBank*, ECLI:EU:C:2020:672.

⁷⁸ El consumidor demandado que esconde su domicilio actual puede prever, que puede ser demandado ante los tribunales del Estado en cuyo territorio tuvo su último domicilio conocido (*Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y ALMUDÍ CID, J.M., “Contratos internacionales de consumo”, en YZQUIERDO TOLSADA, ALMUDÍ CID y MARTÍNEZ LAGO, (Coords.): *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*. vol. 17, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 788-791).

⁷⁹ *Cfr.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2018, libro electrónico.

⁸⁰ Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177/6, de 4 de julio de 2008.

afectados por la normativa de consumidores, los contratos de servicios financieros siempre que todos o alguno de ellos se presten en el Estado de residencia habitual del consumidor⁸¹.

Como punto de partida, el artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008⁸², especifica de manera bastante clarividente quién debe considerarse consumidor⁸³ y quién profesional y, así, poder enmarcar la relación que pudiere surgir entre ambos, bajo la modalidad contractual «contratos de consumo». Este enfoque plantea dificultades, pues se aprecia una falta de protección al consumidor activo, luego el consumidor debe poder elegir con qué profesional o empresa contratar, ya sea una empresa radicada en el Estado de su residencia habitual, ya radicada en otro Estado miembro, y, máxime, en condiciones de igualdad⁸⁴.

El principal objetivo que persigue el citado precepto es proteger la posición jurídica del consumidor, pues, en ningún caso, como ha quedado de manifiesto en esta investigación, posee el mismo poder de negociación⁸⁵. La consecuencia inmediata es que la elección de la ley aplicable no sea impuesta por el empresario.

⁸¹ Como son, la recepción, transmisión y ejecución de órdenes, la gestión de carteras, el asesoramiento en materia de inversión, así como los contratos de servicios auxiliares, tales como administración y custodia de instrumentos financieros, informes de inversiones y análisis financieros, cambios de divisas relacionados con la prestación de servicios de inversión, financiación para la inversión, etc., *cfr.* ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *Abogacía internacional. La protección de los consumidores*, Volumen II. Rasche, 2015, p. 248.

⁸² La mejora en la protección de los consumidores dispensada por el artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008, se refleja en la enorme importancia que supone la protección del consumidor en el marco de la Unión Europea (*Vid.* VOLKER, B., “Rome I Regulation a –Mostly-Unified Private International Law of Contractual Relationships within-Most-of-the European Union”, *Journal of Law and Commerce*, vol. 29, 2011, pp. 248-250).

⁸³ El artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008, define al consumidor como aquella persona física que entra en contacto con un profesional con el propósito de poder ser considerado en contraposición a éste último, fuera de la esfera de actuación del empresario (*Vid.* GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *Journal of Private International Law*, vol. 5, issue 1, 2009, pp. 85-103; MCPARLAND, M., *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford University Press, United Kingdom, 2015, pp. 524-525; RANGO, F., “The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation”, en FERRARI y LEIBLE, (Eds.): *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Sellier, 2009, pp. 133-137; UBERTAZZI, B., *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*. Guiffré editore, 2008, pp. 82-88).

⁸⁴ Si no se protege al consumidor activo este no podrá aprovechar las ventajas del mercado único, pues solo le compensa contratar con las empresas radicadas en su propio país, *vid.* en este sentido CALVO CARAVACA, A-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Litigación internacional en la Unión Europea II. La Ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*. Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 691-692.

⁸⁵ El legislador europeo establece reglas especiales de competencia judicial internacional y Ley aplicable para los litigios derivados de las relaciones contractuales con consumidores. Este tipo de contratos se caracteriza por la existencia de una posición de asimetría entre las partes intervinientes (profesional-consumidor) que encuentra su reflejo en la dimensión procesal: CARRIZO AGUADO, D., “La relación de causalidad como indicio justificativo

Centrando nuestra atención en el asunto *Jana Petruchová*, objeto vertebral de este trabajo, el juzgador europeo efectúa una notable analogía entre los Reglamentos (CE) 593/2008 y (UE) 1215/2012 en materia de obligaciones contractuales de consumo. De esta manera, clarifica que, aunque el concepto de «consumidor» definido en el artículo 6, apartado 1, Reglamento (CE) 593/2008 es prácticamente idéntico al empleado en el artículo 17, apartado 1, del Reglamento (UE) 1215/2012, el artículo 6, apartado 4, letra d) Reglamento (CE) 593/2008, analizado a la luz de sus considerandos 28 y 30, excluye a los «derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero»⁸⁶.

Meridianamente claro, el Tribunal de Luxemburgo advierte que, el Reglamento (CE) 593/2008 y el Reglamento (UE) 1215/2012 persiguen objetivos distintos⁸⁷. Así, el Reglamento (CE) 593/2008 se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, con el fin de determinar el Derecho material aplicable⁸⁸, mientras que el Reglamento (UE) 1215/2012 tiene por objeto fijar las normas que permitan determinar el tribunal competente para resolver un litigio en materia civil y mercantil que verse, en particular, sobre un contrato celebrado entre un profesional y una persona que actúa con un fin ajeno a su actividad profesional, de manera que esta última quede protegida en tal situación⁸⁹. Por ende, respecto a ese tipo de operaciones financieras se podría concluir que, el descarte de los instrumentos financieros del ámbito de aplicación del artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008 es intrascendente frente al concepto de consumidor por cuestiones de jurisdicción en aras del artículo 17 Reglamento (UE) 1215/2012. De igual modo, los conocimientos, la experiencia y, la cuantía y riesgo de la operación comercial no serán objeto de calificación para atribuir a una persona la cualidad de consumidor.

de la «actividad dirigida» en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 301-317.

⁸⁶ Como resulta del considerando 30 de dicho Reglamento (CE) 593/2008 se entiende por instrumentos financieros aquellos mencionados en el artículo 4 de la Directiva 2004/39 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (DO núm. L 145, de 30 de abril de 2004).

⁸⁷ En ocasiones, resultará posible que aparezcan contradicciones entre las normas de competencia o de Derecho aplicable, *vid.* ARENAS GARCÍA, R., “Tiempo y valores esenciales del ordenamiento en DIPr”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ARENAS GARCÍA, DE MIGUEL ASENSIO, SÁNCHEZ LORENZO y STAMPA CASAS (Eds.): *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*. Thomson Reuters-Civitas, 2020, libro electrónico.

⁸⁸ No se ha de perder de vista que el propósito del Reglamento (CE) 593/2008 es la unificación de las normas de conflicto de los Estados miembros de la Unión referidas a los contratos, desactivando toda posibilidad de *forum shopping*, y, así, con independencia de cuál sea la jurisdicción del Estado miembro ante el que pueda plantearse el litigio, que la ley aplicable sea siempre la misma (*Vid.* PAREDES PÉREZ, J.I., “La noción de consumidor a efectos de la aplicación de los foros de protección del Reglamento de Bruselas I bis a litigios relativos a instrumentos financieros y de inversión. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18: *Petruchová*”, *La Ley Unión Europea*, núm. 75, 2019, versión online).

⁸⁹ Especial atención revisten los apartados 62 y 64 del asunto *Jana Petruchová*.

Exclusivamente, el punto de mira debe estar focalizado en la posición que este ostenta en el contrato y la finalidad del mismo, esto es, actuación ajena y completamente independiente a cualquier actividad profesional y, que el lucro obtenido de la transacción inversora sea, meramente, para uso particular.

En esta nebulosa jurisprudencial, no debe caer en vano lo determinado por el considerando 7 Reglamento (CE) 593/2008 del cual se desprende que, el ámbito de aplicación material y todas sus disposiciones deben ser coherentes con el Reglamento (UE) 1215/2012⁹⁰. Sucede, pues, una excesiva compartimentación en la interpretación de distintas normas conllevando así, una cierta dosis de inseguridad jurídica, pues quien actúa de forma similar a como lo hacía la Sra. Petruchová será considerado consumidor a efectos de competencia judicial pero no lo será para la determinación de la Ley aplicable⁹¹. A criterio de ciertos autores, el juez de Luxemburgo vuelve a inclinarse por una interpretación del Derecho Europeo de claro cariz neutro en cuanto a los aspectos circunstanciales que puedan rodear a la relación jurídico-económica⁹².

En cualquier caso, se deduce que, no se tutela al consumidor activo⁹³, el cual celebra un contrato de consumo desplazándose a otro mercado o tomando la iniciativa negocial. Se protege exclusivamente al consumidor pasivo, que es quien se ve asaltado en su país por ofertas de consumo de empresarios y profesionales. Son estos quienes

⁹⁰ De manera análoga, en la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-45/13, *Kainz*, EU:C:2014:7, el juzgador europeo aboga por garantizar la coherencia entre, por una parte, el Reglamento (UE) 1215/2012, y, por otra, el ámbito de aplicación material y las disposiciones del Reglamento (CE) 864/2007.

⁹¹ Desde el punto de vista del intérprete sosegado del derecho tal disparidad de soluciones está justificada y puede razonarse perfectamente (en la medida en que cada instrumento normativo obedece a fines y objetivos distintos), pero no olvidemos que los destinatarios de estos instrumentos normativos son tanto los consumidores como los operadores económicos, y a éstos puede crear cierta confusión –perniciosa tanto para el interés del consumidor como para la seguridad que persigue el empresario– que en una misma relación jurídica el cocontratante pueda ser consumidor para determinar la competencia judicial internacional y a la vez no serlo para determinar la ley aplicable, *cfr.* ROMERO GARCÍA-MORA, G., “La condición de consumidor en los casos de actividad inversora. La discordancia entre la reciente doctrina del TJUE (STJUE 3 octubre 2019, *Petruchová*, as. C-208/18) y la jurisprudencia del TS”, *Diario La Ley*, n° 9528, 2019, versión online.

⁹² Se plantea la duda si la «Doctrina *Petruchová*» tiene un alcance amplio y es capaz de aterrizar en el campo de la aplicación sustantiva o material o, si por el contrario, su margen de actuación, en lo que supondría una interpretación rigorista del criterio europeo, sólo ha de tener lugar en el examen inicial de competencia judicial internacional, *cfr.* PEREA GONZÁLEZ, A., “El concepto de consumidor en el alambre: alcance y futuro de la «Doctrina *Petruchová*»”, *Diario La Ley*, n° 9544, 2019, versión online.

⁹³ El artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008 no protege a quien asume el riesgo de adquirir en el extranjero, bien porque a tal persona se le supone la consciencia de estar entrando en un contrato internacional en tales casos o la preparación o los medios para hacer frente a una eventual sumisión del contrato a la ley extranjera (*Vid.* GUZMÁN ZAPATER, M., “El Reglamento CE núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 2, 2009, pp. 2271-2278).

desean celebrar un contrato con los consumidores en o hacia otro país; es más, el consumidor puede incluso no saber que el empresario oferente tiene su sede en un país extranjero⁹⁴.

A la lectura de la Sentencia Petruchová se observa una actitud activa por parte de la consumidora en el mercado FOREX, al introducir ella misma sus órdenes de inversión. De antemano, esta maniobra podría suponer la pérdida de condición protectora, pero siguiendo la línea del Abogado General, Evgeni Tanchev⁹⁵, el Reglamento (UE) 1215/2012 no exige que el consumidor permanezca pasivo, ni tan siquiera con cierta diligencia o prudencia. Incluso, no ignoremos que, el contrato financiero no está excluido materialmente como operación de consumo. De ello se colige que, en defecto de disposición expresa en sentido contrario, los instrumentos financieros están sometidos al régimen de foros protectores diseñados por el legislador europeo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N. Información al consumidor, prácticas comerciales y publicidad. En Busto Lago (Coord.), *Reclamaciones de consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de consumo*. Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 149-214.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADO, D. ¿Quién es quién? El abogado es el profesional y el cliente es el consumidor. Calificación de dicha relación en el contrato de prestación de servicios jurídicos conforme a la STJUE 15 de enero 2015. –Asunto C537/13– (SIBA). *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2015, pp. 149-167.

ARENAS GARCÍA, R. Tiempo y valores esenciales del ordenamiento en DIPr. En Álvarez González, Arenas García, De Miguel Asensio, Sánchez Lorenzo y Stampa Casas (Eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*. Thomson Reuters-Civitas, 2020, libro electrónico.

ARROYO APARICIO, A. Comentario al artículo 17. En Blanco-Morales Limones, Garau Sobrino, Lorenzo Guillén y Montero Muriel (Coords.), *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I*. Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 435-457.

ARROYO I AMAYUELAS, E. ¿Qué es forma en el Derecho contractual comunitario de consumo? En Ferrer Vanrell y Martínez Cañellas (Dirs.), *Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*. Dykinson, 2009, pp. 229-249.

⁹⁴ Cfr. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 277. La idea que subyace a esta opción de política legislativa es aparentemente persuasiva. Esto puede provocar lagunas de regulación en el caso de los consumidores activos, que sólo pueden colmarse por vía de desarrollo hermenéutico (Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “Obligaciones contractuales”, en BORRÁS RODRÍGUEZ (Coord.): *La Cooperación en Materia Civil en la Unión Europea: Textos y Comentarios*. Thomson Aranzadi, 2009, pp. 624-625).

⁹⁵ Conclusiones del Abogado General presentadas el 11 de abril de 2019 (EU:C:2019:314).

- AVILÉS GARCÍA, J. Cláusulas abusivas y prácticas empresariales asociadas a cesiones de carteras de créditos (reflexiones críticas sobre una jurisprudencia reciente del TJUE). En Andrés Sáenz de Santamaría (Coord.), *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: Estudios sobre la Unión Europea*. Thomson Reuters-Civitas, 2019, pp. 263-312.
- BACHMEIER, T. Consumer Protection in the Brussels I Recast and its Interface with Third States. *European law review*, núm. 6, 2019, pp. 841-854.
- BALDERAS BLANCO, S. La eficiencia en la información precontractual sobre el derecho de desistimiento en contratos a distancia. *Diario La Ley*, nº 8394, 2014, versión online.
- BALLESTEROS GARRIDO, J.A. y PÉREZ GUERRA, M.A. La protección del cliente minorista en relación con la comercialización de obligaciones convertibles. *Revista de derecho mercantil*, nº 299, 2016, versión online.
- BALLUGERA GÓMEZ, C. Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente. *Diario La Ley*, nº 8795, 2016, versión online.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J. Relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y Derecho nacional en materia de contratación bajo condiciones generales. En Castillo Martínez (Dir.) y Fortea Gorbe (Coord.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 25-34.
- BEDNARZ, Z. Breach of information duties in the B2C e-commerce: adequacy of available remedies. *IDP: revista de Internet, derecho y política*, nº 22, 2016, pp. 2-18.
- BERTI DE MARINIS, G. La tutela del consumidor en la conclusión a través de internet de contratos sobre instrumentos financieros (un estudio desde la perspectiva del derecho italiano). *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 33, 2013, pp. 127-145.
- BLANCO BARÓN, C. La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores. *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, vol. 11, nº 21, 2012, pp. 135-152.
- BOTANA GARCÍA, G.A. La protección del consumidor como cliente bancario. *Actualidad civil*, nº 5, 2016, versión online.
- BUSTO LAGO, J.M. y PEÑA LÓPEZ, F. Las estipulaciones contractuales predispuestas por el empresario en las relaciones de consumo: las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas. En Busto Lago (Coord.), *Reclamaciones de consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de consumo*. Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 215-326.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M^a. El consumidor frente al profesional en entornos digitales. Tribunales competentes y ley aplicable. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 160-185.
- CALVO CARAVACA, A-L. Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 86-96.
- CALVO CARAVACA, A-L. Los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: últimas tendencias. En Álvarez González, Arenas García, De Miguel Asensio, Sánchez Lorenzo y Stampa Casas (Eds.), *Relaciones transfronterizas*,

- globalización y derecho. Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*. Thomson Reuters-Civitas, 2020, libro electrónico.
- CALVO CARAVACA, A-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*. Colex, 2001.
- CALVO CARAVACA, A-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Litigación internacional en la Unión Europea II. La Ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*. Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*. Colex, Madrid, 2009.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Internacionalización de la empresa social. En Andreu Martí (Coord.), *La empresa social y su organización jurídica*. Marcial Pons, 2014, pp. 117-165.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Contratos internacionales de consumo. En Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 18ª ed., Comares, 2018, pp. 1115-1142.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y ALMUDÍ CID, J.M. Contratos internacionales de consumo. En Yzquierdo Tolsada, Almodí Cid y Martínez Lago (Coords.), *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*. vol. 17, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 788-791.
- CARRIZO AGUADO, D. La relación de causalidad como indicio justificativo de la «actividad dirigida» en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 301-317.
- CARRIZO AGUADO, D. Asistencia extrajudicial al consumidor transfronterizo europeo. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 45-69.
- CARRIZO AGUADO, D. *Régimen jurídico de las operaciones internacionales de consumo en los servicios jurídicos digitales*. Dykinson, 2018.
- CARRIZO AGUADO, D. Posicionamiento de los consumidores en el Mercado Único Digital desde una perspectiva internacional privatista. En García Álvarez y Martín Rodríguez (Dirs.), *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*. Dykinson, 2019, pp. 19-35.
- CARRIZO AGUADO, D. «Trampantojo» de foros ante los profusos incumplimientos llevados a cabo por la compañía Ryanair en vuelos internacionales. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 490-507.
- CARRIZO AGUADO, D. Observación jurisprudencial relativa a la ley aplicable a la compraventa de bienes inmuebles radicados en el extranjero. Estudio de caso a partir de la SAP de Murcia, núm. 98/2020. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 767-774.
- CARRIZO AGUADO, D. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. Determinación de la competencia judicial internacional en aquellos contratos con condiciones generales celebrados vía on line: Análisis de la validez formal del pacto de sumisión expresa materializado con un "clic" en página web. *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 7, 2015, pp. 73-88.
- CASADO NAVARRO, A. Mecanismos de protección del cliente de servicios bancarios en la fase precontractual. *Diario La Ley*, nº 8531, 2015, versión online.
- CASTELLANOS RUÍZ, E. *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*. Comares, 2010.

- CORRAL MARTÍNEZ, J. Protección del consumidor y productos financieros. *Escritura pública*, núm. 90, 2014, p. 54.
- CORTÉS DIÉGUEZ, J.P. El acceso a la justicia para los consumidores en la era del internet. *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 15, 2008, versión online.
- DE HARO, M. Fiscalidad de los productos financieros en el IRPF. El caso específico de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas. *Estudios financieros, Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, nº 379, 2014, pp. 59-82.
- DE LA MAZA GAZMURI, I. El mal que no quiero: la información como técnica de protección de los consumidores. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, 2015, pp. 349-368.
- DE LA ORDEN DE LA CRUZ, M^a.C. Avances en la protección de los usuarios de productos y servicios financieros minoristas en la Unión Europea. *Revista de derecho del mercado de valores*, nº 20, 2017, versión online.
- DE LA RÚA NAVARRO, J. El concepto de consumidor. En Castillo Martínez (Dir.) y Fortea Gorbe (Coord.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 75-96.
- ESPINAR VICENTE, J.M^a. *Doce reflexiones sobre el Derecho internacional privado español*. Liceus, 2014.
- ESPINAR VICENTE, J.M^a y PAREDES PÉREZ, J.I. *Tráfico externo y litigación civil internacional*. Dykinson, 2018.
- ESPINAR VICENTE, J.M^a y PAREDES PÉREZ, J.I. *El régimen jurídico de las obligaciones en Derecho Internacional Privado español y de la Unión Europea*. Dykinson, 2019.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A. *Abogacía internacional. La protección de los consumidores*. Volumen II, Rasche, 2015.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A. Contratos de consumo en el tráfico comercial UE-Terceros Estados. *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 14-15, 2014-2015, pp. 277-303.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A. Repensar la protección del inversor: bases para un nuevo régimen de la contratación mobiliaria. *Diario La Ley*, nº 8549, 2015, versión online.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, G. El control de la contratación bajo condiciones generales. Tratamiento Jurisprudencial. En Castillo Martínez (Dir.) y Fortea Gorbe (Coord.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 35-60.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E. Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento Comunitario 44/2001. *Estudios sobre consumo*, nº 63, 2002, pp. 9-24.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N. La protección del turista: estado de la cuestión y previsiones de reforma a la luz de la Directiva 2011/83 de derechos de los consumidores. En Cufiàt Edo, Massaguer Fuentes, Alonso Espinosa y Gallego Sánchez (Dirs.), Petit Lavall (Coord.), *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1093-1118.

- FERNÁNDEZ PÉREZ, N. Instrumentos financieros complejos y su tratamiento jurisprudencial. En Castillo Martínez (Dir.) y Fortea Gorbe (Coord.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 247-264.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. El laberinto de la supervisión financiera en la Unión Europea. En Esplugues Mota y Palao Moreno (Eds.), Penadés Fons (Coord.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*. Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 907-938.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2018, libro electrónico.
- GARAU SOBRINO, F.F. El elemento transnacional en la solución de conflictos turísticos. Cuestiones de competencia judicial internacional y de ley aplicable. En Tur Faúndez, (Coord.), *Autorregulación y solución de conflictos en el ámbito del turismo*. Colex, 2014, pp. 167-192.
- GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J. The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments. *Journal of Private International Law*, vol. 5, issue 1, 2009, pp. 85-103.
- GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J. Obligaciones contractuales. En Borrás Rodríguez (Coord.), *La Cooperación en Materia Civil en la Unión Europea: Textos y Comentarios*. Thomson Aranzadi, 2009, pp. 607-670.
- GAUDEMET-TALLON, H. y KESSEDJIAN, C. La refonte du règlement Bruxelles I. *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 49, n° 3, 2013, pp. 439-441.
- GÓMEZ VALENZUELA, E. La contratación electrónica de consumo en el espacio intracomunitario. *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 42, 2016, versión *on line*.
- GONZALO LÓPEZ, V. Políticas y programas europeos de protección jurídica de los consumidores. En Tomillo Urbina (Dir.) y Álvarez Rubio (Coord.), *La protección jurídica de los consumidores en el Espacio Euroamericano*. Comares, 2014, pp. 25-49.
- GUZMÁN ZAPATER, M. El Reglamento CE núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo. *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 2, 2009, pp. 2271-2278.
- IÑIGUEZ ORTEGA, P. Los deberes de información de las entidades comercializadoras de servicios financieros «MiFID» II como medio de protección del inversor no profesional. *Revista de derecho bancario y bursátil*, n° 145, 2017, versión online.
- JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A. Tribunales de los Estados miembros de la UE y situaciones. En Andrés Sáenz de Santamaría (Coord.): *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: Estudios sobre la Unión Europea*. Thomson Reuters-Civitas, 2019, pp. 97-126.
- PAREDES PÉREZ, J.I. La noción de consumidor a efectos de la aplicación de los foros de protección del Reglamento de Bruselas I bis a litigios relativos a instrumentos financieros y de inversión. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18: Petruhová. *La Ley Unión Europea*, núm. 75, 2019, versión online.

- LAFUENTE SÁNCHEZ, R. *Contratos internacionales electrónicos de fondos de inversión*. Marcial Pons, 2008.
- LARA, R. La delimitación del concepto de consumidor a través del criterio del “vínculo funcional” entre prestataria y garante. (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 28 de mayo de 2020). *Revista de derecho mercantil*, núm. 318, 2020, versión online.
- LEFRIANT, M. Le consommateur vulnérable à la lumière du droit de la consommation de l'Union européenne. *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 49, n° 3, 2013, pp. 483-498.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.Mª. La defensa del consumidor en el Tráfico Mercantil y Financiero. *Abogacía*, núm. 3, 2009, pp. 169-186.
- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. Deberes de información, transparencia y crédito responsable. En Carballo Fidalgo (Coord.), *Sobreendeudamiento de consumidores. Estrategias para garantizar una segunda oportunidad*. Boch, 2019, pp. 66-103.
- MARCHAL ESCALONA, N. La protección del consumidor en los litigios transfronterizos de escasa cuantía en la Unión Europea y en América Latina. En Esteban de la Rosa (Ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva del Derecho internacional, europeo y comparado*. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1015-1054.
- MARIMÓN DURÁ, R. La banca electrónica en el marco de la regulación de la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. En Cotino Hueso (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Tirant lo Blanch, 2008, pp. 547-574.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. Concepto de consumidor y préstamo para financiar una futura actividad empresarial. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 112, 2020, versión online.
- MAYORGA TOLEDANO, Mª.C. Productos estructurados, inversores minoristas y deberes de conducta en el mercado de valores: (comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 15 de diciembre de 2014). *Revista de derecho mercantil*, n° 296, 2015, versión online.
- MAYORGA TOLEDANO, Mª.C. Elementos delimitadores de los contratos de cobertura de riesgos. Configuración jurisprudencial de los contratos suscritos entre clientes minoristas y las entidades financieras. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n° 143, 2016, versión online.
- MCPARLAND, M. *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*. Oxford University Press, United Kingdom, 2015.
- MIRANDA SERRANO, L.Mª. Claves de la regulación del desistimiento negocial en la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores. En Cuñat Edo, Massaguer Fuentes, Alonso Espinosa, Gallego Sánchez (Dirs.), Petit Lavall (Coord.), *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1181-1207.
- MIRANDA SERRANO, L.Mª. Control de transparencia de clausulados negociales predisuestos en el sector financiero. En Marimón Durá y Martí Miravalls (Dirs.), O'Flynn (Coord.), *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros. Financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente*. Thomson Reuters Aranzadi, 2018, libro electrónico.
- MUÑOZ VILLARREAL, A. Consumidores y productos financieros. En Hernández González-Barreda y Martínez Muñoz (Coords.), *Estudios de derecho mercantil y derecho tributario. Derechos de los socios en las sociedades de capital, consumidores y productos financieros*

- y financiación de empresas en el nuevo marco tecnológico*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 131-152.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A. La teoría general del contrato clásica y la nueva legislación de consumidores: una reflexión crítica con dos ejemplos. En Canedo Arrillaga (Coord.), *Derecho de consumo: actas del Congreso Internacional sobre Derecho de Consumo*. Tirant lo Blanch, 2009, pp. 159-184.
- PAGADOR LÓPEZ, J. La protección de la clientela en el ámbito de la contratación bancaria: Control de contenido y abusividad. En Marimón Durá y Martí Miravalls (Dir.), O'Flynn (Coord.), *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros. Financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente*. Thomson Reuters Aranzadi, 2018, libro electrónico.
- PALACIOS GONZÁLEZ, M.D. Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Derecho del consumo en España. En Andrés Sáenz de Santamaría (Coord.), *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: Estudios sobre la Unión Europea*. Thomson Reuters-Civitas, 2019, pp. 397-424.
- PALAO MORENO, G. La autonomía de la voluntad y la resolución de las controversias privadas internacionales. En Prats Albentosa (Coord.), *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V, Wolters Kluwer España, 2012, pp. 817-956.
- PANIZA FULLANA, A. Información, consumidores y sistemas electrónicos de reserva: la indicación del precio final. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 2, 2015, pp. 101-109.
- PEREA GONZÁLEZ, A. El concepto de consumidor en el alambre: alcance y futuro de la «Doctrina Petruchová». *Diario La Ley*, nº 9544, 2019, versión online.
- RANGO, F. The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation. En Ferrari y Leible (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Sellier, 2009, pp. 133-137.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C. La normativa de protección al consumidor como vía de tutela del cliente inversor. *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 122, 2015, pp. 42-55.
- ROMERO GARCÍA-MORA, G. La condición de consumidor en los casos de actividad inversora. La discordancia entre la reciente doctrina del TJUE (STJUE 3 octubre 2019, Petruchová, as. C-208/18) y la jurisprudencia del TS. *Diario La Ley*, nº 9528, 2019, versión online.
- ROY PÉREZ, C. El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros. *Revista de derecho mercantil*, nº 287, 2013, versión online.
- SIGNES DE MESA, J.I. El Tribunal de Justicia de la UE y la protección de los consumidores como colectivo vulnerable. *OTROSÍ.: Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 8, 2021, pp. 56-57.
- SABATER BAYLE, E. Interpretación de los contratos de inversión en productos financieros estructurados. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, nº 1, 2015, versión online.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. La protección del consumidor de productos financieros: el consentimiento informado. En Belando Garín (Dir.) y Andrés Segovia (Coord.), *La supervisión del Mercado de Valores: la perspectiva del inversor-consumidor*. Generalitat Valenciana y Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 151-185.

- SERRANO CHAMORRO, M^a.E. Condiciones generales de contratación en los servicios digitales: adaptación a la nueva normativa comunitaria. *Actualidad civil*, n^o 12, 2019, versión online.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M. y SÁNCHEZ LERÍA, R. Del Código Civil a las Directivas Comunitarias sobre el derecho de la contratación: un recorrido por el deber de información precontractual al consumidor. *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 31, 2013, pp. 23-62.
- UBERTAZZI, B. *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*. Guiffré editore, 2008.
- URIONDO DE MARTINOLI, A. El consumidor internacional. En Álvarez González, Arenas García, De Miguel Asensio, Sánchez Lorenzo y Stampa Casas (Eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*. Thomson Reuters-Civitas, 2020, libro electrónico.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.M. El cambio de paradigma en la protección del "cliente de productos financieros" [Reglamento (UE) PRIIPS y OM 2316/2015]: sujeto protegido y técnica de protección. *Revista de derecho bancario y bursátil*, n^o 154, 2019, versión online.
- VEGA CLEMENTE, V. Consideraciones sobre la protección de los consumidores en el comercio electrónico. *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 24, 2012, pp. 157-181.
- VIDAL LLARIO, E. La actividad transfronteriza de las entidades financieras: el pasaporte comunitario en el marco de mecanismo único de supervisión. *Revista de derecho bancario y bursátil*, n^o 146, 2017, versión online.
- VILÀ COSTA, B. «Curia novat legem»: el activismo de las jurisdicciones españolas ante el TJUE a lo largo de la crisis económica y financiera en el sector de la vivienda. En Álvarez González, Arenas García, De Miguel Asensio, Sánchez Lorenzo y Stampa Casas (Eds.): *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*. Thomson Reuters-Civitas, 2020, pp. 1159-1168.
- VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2^a ed. Thomson Civitas, 2007.
- VOLKER, B. Rome I Regulation a –Mostly-Unified Private International Law of Contractual Relationships within-Most-of the European Union. *Journal of Law and Commerce*, vol. 29, 2011, pp. 248-250.
- WADDINGTON, L. Vulnerable and Confused: the protection of "vulnerable" consumers under EU Law. *European law review*, n^o 6, 2013, pp. 757-782.
- WASHINGTON, A. y MENDOZA, H. Contratos por la diferencia (CFD'S) como opción de inversión: definición, cualidades y riesgos. *593 Digital Publisher CEIT*, vol. 3, n^o 4, 2018, pp. 56-65.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F. Regulación financiera en una economía globalizada. En Zunzunegui Pastor (Coord.), *Derecho bancario y bursátil*. Colex, 2012, pp. 25-47.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F. Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2013, p. 1-11.

B) COMENTARIOS DE
JURISPRUDENCIA Y
LEGISLATIVOS

DESPIDO CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO (SOBRE LA STSJ COMUNIDAD VALENCIANA 21 ABRIL 2021)

Francisco Xabiere Gómez García

fgomg@unileon.es

Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Resumen: Aunque el ordenamiento jurídico español dispone la protección de la trabajadora víctima de violencia de género (entendida esta según la noción de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre) contra el despido empresarial fundado en su situación personal, la realidad judicial muestra como siguen apareciendo sentencias donde ese deseo del legislador no parece ponerse en práctica con garantías. La STSJ Comunidad Valenciana 21 abril 2021 (rec. 3186/2020) tiene que lidiar con una de ellas, en unos hechos que cuentan con el elemento peculiar de que el agresor es precisamente el empleador de la trabajadora víctima.

Palabras clave: *Despido; Violencia de género; Carga de la prueba; Nulidad; Indemnización*

Abstract: Although the Spanish legal system provides for the protection of female workers who are victims of gender violence (understood according to the concept of Organic Law 1/2004, of 28 December) against dismissal by the employer based on their personal situation, judicial reality shows that there are still judgments in which this wish of the legislator does not seem to be put into practice with guarantees. The STSJ Comunidad Valenciana 21 April 2021 (rec. 3186/2020) has to deal with one of them, in facts that have the peculiar element that the aggressor is precisely the employer of the female victim worker.

Keywords: *Dismissal; Gender-based violence; Burden of proof; Nullity; Compensation*

I. Introducción – II. El supuesto de hecho – III. Fundamentación jurídica y fallo – IV. Análisis y valoración crítica – V. Conclusión – VI. Bibliografía

I. Introducción

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género [en adelante LOMPIVG] dispone medidas de sensibilización, prevención y detección e intervención en diferentes ámbitos, incluido el laboral¹. Entre ellas, tuvo a bien incorporar la consideración de despido nulo de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral. Sin embargo, desde antes, la norma laboral ya contempla la nulidad para la extinción de la relación laboral cuyo móvil sea alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (art. 55.5 ET). Este hecho parece ser obviado por algunos pronunciamientos judiciales, posteriores a la LOMPIVG, que implican a víctimas de violencia de género, resultando en calificaciones de improcedencia de los despidos, lo cual parece alejarse de la intención del legislador. El estudio de la STSJ Comunidad Valenciana 21 abril 2021 (rec. 3186/2020) permite revisar uno de estos.

II. El supuesto de hecho

La sentencia de suplicación trae causa en otra dictada por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Elche, en la cual se había declarado la improcedencia del despido impugnado por una trabajadora que se había visto “implicada” (según el tenor de la carta de despido) en unas Diligencias Previas, seguidas ante el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer Nº 1 de Torreveja, frente al administrador único de la empresa.

La realidad de las circunstancias concurrentes es que la trabajadora llevaba tres años prestando servicios como administrativa, con contrato indefinido y a tiempo completo, para una empresa de carpintería cuyo administrador asumía, en definitiva, las funciones de verdadero empleador. Además, al momento del despido la trabajadora se encontraba en situación de baja por incapacidad temporal, la cual fue dada cuatro meses antes.

No obstante, el hecho más relevante es que empleada y administrador venían manteniendo (desde un tiempo que no se precisa) una relación sentimental, la cual concluyó a primeros de mayo de 2019 con la denuncia por malos tratos de la primera y el consiguiente juicio, el cual finalizó con una sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer condenando al administrador de la mercantil demandada como autor de un delito de malos tratos en el ámbito de violencia sobre la mujer, imponiéndole, entre otras, la medida de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima a una distancia de trescientos metros durante dos años.

¹ Un estudio en profundidad de las medidas laborales en MORENO GENÉ, JOSEP y ROMERO BURILLO, ANA MARÍA: *Medidas laborales y de protección social de la trabajadora víctima de violencia de género*, Valencia (Tirant lo blanch), 2020.

El despido de la trabajadora es comunicado solo diez días después de dictarse la sentencia del Juzgado de Torrevieja, por medio de carta disponiendo la extinción de la relación laboral, con efectos inmediatos, “motivada fundamentalmente por la imposibilidad de cumplir con su puesto de trabajo”; si bien la empresa ya reconoce expresamente en esa carta la improcedencia del despido, con cita del art. 56 ET, razón por la cual pone a disposición de la trabajadora (en una asesoría) la cantidad de 3.528 euros en concepto de indemnización legal de 33 días de salario por año de servicio, vacaciones no disfrutadas y nómina del mes (mayo).

No conforme con esta situación, la trabajadora interpuso papeleta de conciliación (terminando el acto sin avenencia) y posterior demanda por despido. La sentencia del Juzgado de lo Social, ahora impugnada, declaró el despido improcedente y condenó a la empresa a la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización de 2.266 euros, además del pago de otros 1.908 euros (incrementados en el 10% por mora) correspondiente a la parte no abonada de la nómina de mayo y a 15 días de salario por falta de preaviso.

III. Fundamentación jurídica y fallo

Contra esta sentencia, la representación de la trabajadora interpone recurso de suplicación fundado en tres motivos. El primero de ellos pretendía la revisión de los hechos probados para incluir que el despido era una represalia de la empresa ante el procedimiento penal contra el empresario y que, a consecuencia de ese acto, la trabajadora sufrió daños morales que necesitaban de reparación económica; siendo desestimado por la Sala al entender que perseguía introducir conclusiones de parte y no verdaderos hechos probados.

Los dos motivos restantes son examinados conjuntamente, pues in fiere constituyen tanto el argumento principal de la recurrente, como su refuerzo a través de la denuncia de la vulneración de la jurisprudencia. En definitiva, sostiene esa parte que el despido empresarial debiera ser nulo al ser discriminatorio por razón de sexo, dada la condición de víctima de violencia de género de la trabajadora, unida a la de agresor del empresario, por lo que la ruptura de la relación laboral estaría movida por una represalia. A consecuencia de todo ello, reclama también se condene a la empresa al pago de una indemnización a la trabajadora por daños morales, la cual cifra en 15 mil euros.

Tras repasar los hechos probados, acude el tribunal a examinar el art. 55.5 ET, el cual dispone que “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, recordando igualmente que el apartado b) de este artículo menciona expresamente la nulidad del despido disciplinario “de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación

laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta ley”, en una calificación que se reitera en el art. 108.2 LRJS.

Puesto que el fondo de la cuestión reside en la prohibición de discriminación que emana del art. 14 CE, acude la sala a la cita de algunas sentencias del Tribunal Constitucional para explicar que la prohibición por características personales acaece aquí debido a “la pertenencia de la mujer a un grupo social determinado, objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica”, lo que conecta con la noción sustancial de igualdad y, por ello, comprende tanto la discriminación directa como la indirecta, la cual incluye “los tratamientos formalmente no discriminatorios (...) de los que derivan consecuencias desiguales perjudiciales”, debiendo el órgano judicial, en aquellos procesos donde se invoca este precepto, no limitarse a valorar en abstracto si existe una justificación objetiva y razonable para la diferencia de trato, sino analizar de forma precisa “si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE”.

A continuación, se menciona el mecanismo de defensa del derecho fundamental que ha dispuesto el legislador, consistente en la inversión probatoria por la cual, una vez constatada la concurrencia de indicios de la transgresión, corresponde a la parte demandada la aportación de una justificación, suficientemente probada, de las medidas adoptadas, sin que esto suponga en ningún caso caer en la “prueba diabólica de un hecho negativo”. Para el desplazamiento del *onus probandi* bastará con acreditar que el indicio genere una razonable sospecha o presunción de la existencia de un móvil discriminatorio, que en el supuesto aquí estudiado no es sino la conexión temporal entre el despido y la sentencia condenatoria al administrador y expareja, que se produjo solo once días antes, ya que ningún otro motivo que impidiese a la actora realizar su trabajo se hizo constar en la carta de despido, la cual, por el contrario, sí alude expresamente a ese proceso penal.

Adelantando ya la declaración de despido nulo por discriminatorio, la sala entiende que, si la imposibilidad de cumplir con el trabajo desempeñado tiene relación con la orden de alejamiento, el cese castiga de nuevo a la víctima de violencia de género, sobre quien no se ha acordado ninguna medida judicial restrictiva ni consta que haya accionado ninguna de las medidas de protección personal en el ámbito laboral enunciadas por el art. 21 LOMPIVG. En este sentido, “la imposibilidad de desempeño del trabajo alegada por la empresa se torna en causa irreal” al no tomar medida alguna contra el empresario o, cuanto menos, dejar a la víctima poner en marcha alguna de las medidas de protección que las normas legales le reconocen.

Establecida la nulidad del despido, se condena a la empresa a readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que existían antes del cese, con el abono de los salarios dejados de percibir. Asimismo, conforme al art. 183.1 LRJS, esta modalidad procesal obliga a que el tribunal se pronuncie “sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”, lo que realiza tomando como referencia la LISOS, cuyo art.

8.12 configura como infracción muy grave “las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por circunstancias de sexo”. Puesto que el art. 40.1 LISOS contempla una sanción para este tipo de infracciones que oscila desde 6.251 hasta 187.515 euros y, dado que “el verdadero perjuicio de la trabajadora, constituido por la pérdida de su empleo, quedará reparado a través de la declaración de nulidad de la extinción contractual y el abono de los salarios dejados de percibir”, la sala establece el importe mínimo posible, que cifra en 6.250 euros [sic].

IV. Análisis y valoración crítica

La histórica promulgación de la LOMPIVG vino a establecer medidas de protección en diferentes ámbitos, incluyendo el laboral. A tal fin, modificó el Estatuto de los Trabajadores para “justificar las ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de la violencia de género, posibilitar su movilidad geográfica, la suspensión con reserva del puesto de trabajo y la extinción del contrato” [según su Exposición de Motivos]. El objetivo final estriba en mantener, siempre que sea posible, el vínculo de la trabajadora con su relación laboral, habida cuenta de que el empleo se erige como un elemento clave para la superación de la situación de las víctimas de violencia de género, pues el consenso científico indica que esta disminuye a medida que aumenta su empleo y sus ingresos².

En cualquier caso, no existiría una protección real si este catálogo de medidas no se complementase con un mandato que impida que la empresa prescinda de la trabajadora por ejercitar alguna de ellas; más bien al contrario, se produciría probablemente el efecto opuesto. Por ello, la D.A.7^a.Siete LOMPIVG modificó, de igual modo, la letra b) del apartado 5 del artículo 55 ET, al objeto de considerar nula la extinción del contrato de las víctimas por este motivo, impidiendo así despidos improcedentes carentes de causa. Esta presunción *iuris tantum* puede ser destruida si el empresario demuestra que la motivación de esta extinción radica en motivos ajenos a la condición de víctima³, no siendo suficiente, por ejemplo, imputar a la trabajadora el “haber realizado vida totalmente normal” mientras se encuentra en situación de IT a consecuencia de la circunstancia de violencia de género⁴.

Este sistema dual (nulo o procedente) de clasificación del despido no resulta tan puro en la práctica judicial, pues en ciertos supuestos, aun siendo víctima la trabajadora y teniendo conocimiento de ello la empresa, se proclama que “la sola condición de ser víctima de género no es suficiente para declarar la nulidad del despido”, precisándose conjuntamente “una conexión causal entre la condición de violencia de género y el despido impugnado” y “un plus, que la trabajadora hubiera pretendido ejercitar determinados derechos y como represalia, la empresa hubiera procedido a despedirla”,

² AIZER, ANNA: “The Gender Wage Gap and Domestic Violence”, *American Economic Review*, vol. 100, núm. 4, 2010, pág. 1858.

³ Por ejemplo, la STSJ Andalucía 21 enero 2016, rec. 1940/2015, ECLI:ES:TSJAND:2016:720.

⁴ STSJ Cataluña 3 octubre 2008, rec. 587/2007.

ya que, de lo contrario, no es posible “considerar que la empresa ha atentado contra la trabajadora por su condición de víctima de violencia de género”⁵. Esta misma línea de apreciación de la actuación empresarial como represalia por el ejercicio de los derechos de la víctima de violencia de género –la cual conecta con la vulneración del art. 24 CE, relativo al principio de tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la indemnidad⁶–, termina por determinar la improcedencia del despido cuando el hecho alegado por la empresa no tiene entidad suficiente para declarar la procedencia del mismo⁷, lo que ocurre también con la sentencia del Juzgado de lo Social ahora comentada, si bien con mayor injusticia, pues en este supuesto el agresor es el propio empresario y no un tercero ajeno a la relación laboral.

En la mayoría de estos pronunciamientos parece olvidarse que esos supuestos corresponden a “una nulidad objetiva establecida legalmente, sin necesidad de acreditar indicios de vulneración de derechos fundamentales o motivaciones discriminatorios”⁸, pero la protección a la víctima de violencia de género no termina ahí, pues el art. 55.5 ET comienza enunciando que “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” y, como quiera que solo las mujeres pueden ser víctimas de “violencia contra la mujer por razones de género”, cuando la condición de víctima de violencia de género es la causa determinante de su despido conlleva de hecho “un trato discriminatorio por razón de sexo, ya que la protección que la Ley 1/2004 confiere a estas víctimas, exige a las empresas que emplean a estas trabajadoras condicionar la potestad de organizar y dirigir la actividad, flexibilizando las condiciones de la relación laboral de la afectada”⁹.

En este sentido, si la empresa no ha acreditado la razonabilidad de la extinción contractual, el origen tiene muchos visos de ser discriminatorio, al ser lo determinante la motivación de la empresa al tiempo del despido¹⁰. Y esto es así “con independencia de cuál sea el tipo de delito que cometa el acusado y de su gravedad o entidad” y de que la trabajadora solo tenga “la condición de víctima de violencia de género acreditable, no acreditada”¹¹ –por lo que en ocasiones no ha podido accionar medida alguna de protección laboral de entre las que la ley pone a su disposición–, e incluso, aunque la mujer agredida que comunica tal situación a su empresa tenga el juicio pendiente y “posteriormente se descarte en vía penal la condición de víctima de la

⁵ STSJ Madrid 5 octubre 2020, rec. 133/2020, ECLI:ES:TSJM:2020:11930.

⁶ Que, por cierto, para el Tribunal Constitucional no precisa de concurrencia de dolo o culpa en la conducta empresarial, siendo suficiente con la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma (STC 6/2011, de 14 de febrero).

⁷ Línea ya criticada en las páginas 137-144 del número 5 de esta revista (<http://dx.doi.org/10.18002/rjule.v0i5>) a propósito de la STSJ Cataluña 9 febrero 2017, rec. 6964/2016, ECLI:ES:TSJCAT:2017:1439.

⁸ STSJ Cataluña 7 julio 2021, rec. 1164/2021, ECLI:ES:TSJCAT:2021:6973.

⁹ STSJ Canarias 10 julio 2019, rec. 388/2019, ECLI:ES:TSJICAN:2019:2663.

¹⁰ STSJ Madrid 28 octubre 2020, rec. 243/2020, ECLI:ES:TSJM:2020:11552.

¹¹ STSJ Madrid 18 junio 2018, rec. 278/2018, ECLI:ES:TSJM:2018:7990.

trabajadora”¹². El fin es censurar una reacción empresarial fundada sobre prejuicios de que la situación personal de aquella “podría afectar a su futuro rendimiento en el trabajo, ocasionaría ausencias y podría incluso dar lugar a que la actora reclamase alguna de las diversas medidas que en orden a aliviar a la mujer víctima de violencia se diseñaron por el legislador”¹³.

En la sentencia de suplicación estudiada está presente esta consideración de la noción de igualdad y contra la discriminación de sexo, amparada por el art. 14 CE, la cual no precisa de la acción de ninguna medida protectora por la trabajadora que ha recibido la violencia y que obliga a la empresa demandada a “la aportación de una justificación objetiva, y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” (arts. 96 y 181.2 LRJS), eso sí, toda vez que previamente se acrediten dos elementos: la condición de víctima y algún indicio de que se ha producido violación del derecho fundamental. En el caso presente, el primero no se pone en duda por las partes habida cuenta de la existencia de una sentencia condenatoria, lo que cumple con uno de los presupuestos del art. 23 LOMPIVG. Respecto del segundo, existe una patente conexión temporal entre esta sentencia penal y la fecha del despido, reforzada por la mención expresa que realiza la carta de despido a los “últimos acontecimientos que han dado lugar a las Diligencias Previas 616/2019, seguidas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer...”, sin que en la misma haya sido expuesta otra causa por la cual la trabajadora no pueda realizar su desempeño laboral.

Es posible figurarse el parecer de una empresa entendiendo que la prohibición impuesta a su administrador para aproximarse a menos de 300 metros de la empleada, durante dos años, puede suponer un problema de funcionamiento en el día a día, en especial si la empresa es de pequeño tamaño. No obstante, las posibles molestias no justifican el despido de la mujer lesionando sus derechos, con el pretexto de una “imposibilidad de cumplir con su puesto de trabajo”, pues si en una situación ordinaria, el escaso tiempo transcurrido entre sentencia y despido (10 días) hacen difícil que haya podido constatarse dicho impedimento –siendo esta la tesis de la Sala, que califica el motivo empresarial como “causa irreal”–, en el caso que ahora nos ocupa, donde la mujer estaba en situación de baja por IT, es sencillamente inviable. Con evidente acierto, la sentencia manifiesta que la empresa debería haber adoptado cuantas medidas estimara necesarias para cumplir con la protección de la trabajadora víctima, que por mera cuestión preventiva debiera ser mayor, si cabe, cuando el agresor comparte centro de trabajo. Asimismo, pone sobre la mesa la alternativa de dejar a la víctima optar por cualquiera de las medidas legales a su disposición, si bien este razonamiento resulta ocioso, ya que el hecho de que la trabajadora no tome la decisión de servirse de alguna de ellas no la convierte en menos víctima, ni elimina la obligación empresarial de protección y, sobre todo, no implica la existencia de un motivo válido de despido.

Con relación a estas medidas legales, sorprende que la sentencia de suplicación patine al transcribir el art. 55.5 ET, pues acude a una versión no actualizada (F.3º.3) anterior

¹² STSJ Madrid 28 octubre 2020, rec. 243/2020, ECLI:ES:TSJM:2020:11552.

¹³ SJS 33 Madrid 24 enero 2018, ECLI:ES:JSO:2018:2.

al 8 de marzo de 2019, momento en el que entró en vigor la modificación realizada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo. La nueva redacción sustituye la mención expresa de cinco de las medidas a disposición de las víctimas, por una referencia más amplia a “los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral”, añadiendo igualmente como causa “el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva”.

Una última cuestión queda por analizar, ya que cuando se produce vulneración de derechos fundamentales es preceptivo fijar una indemnización, en función tanto del daño moral como de los daños y perjuicios adicionales, en el sentido de la mencionada en el art. 183 LRJS¹⁴, siendo esta compatible con la de despido u otra derivada de las normas laborales. Esta indemnización cumple un doble propósito, por un lado, resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta (en la medida de lo posible) en la integridad de su situación anterior a la lesión; por el otro, contribuir a prevenir el daño, sirviendo de ejemplo para desincentivar estas conductas.

Cuando la prueba del importe exacto del daño resulte demasiado difícil o costosa, el tribunal debe determinar prudencialmente la cuantía, admitiéndose como método válido la utilización orientadora de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones allí reguladas, proceder que ha sido considerado idóneo y razonable por la jurisprudencia en STC 247/2006, de 24 de julio y SSTS 17 diciembre 2013¹⁵, 2 febrero 2015¹⁶ y 3 febrero 2017¹⁷, entre otras. Así ocurre en este caso, donde la Sala equipara la acción empresarial con la infracción muy grave consistente en “decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por circunstancias de sexo”, para la que existen tres tramos diferenciados en función de su grado, optando por la cuantía inferior del grado mínimo (en realidad un euro menos).

No parece una cantidad suficiente si atendemos a las circunstancias concretas del supuesto estudiado, donde el agresor condenado deja en desempleo a una víctima que ha tenido que esperar casi dos años para poder resarcirse en sus derechos como trabajadora. Cabe recordar de nuevo la importancia de los ingresos a la hora de superar una situación de violencia de género y, en este caso, la trabajadora no ha contado durante todo ese periodo con unos salarios que en condiciones normales probablemente habría devengado, con independencia de que ahora, como la sentencia tiene en consideración, pueda acceder a los salarios de tramitación. Los 6.250 euros difícilmente van a cumplir con su cometido preventivo ya que, por ejemplo, alguna sentencia de primera instancia sobre asunto similar ha condenado a pagar, como parte de esta indemnización, la cantidad de 2.722,50 euros solo por concepto de daños materiales debido a los gastos de defensa jurídica, entendiéndose que “el resarcimiento pleno a quien ha sido en este caso víctima de un trato discriminatorio atentatorio contra su derecho fundamental a la igualdad por razón de sexo, impone también el de

¹⁴ Así lo considera la jurisprudencia más actual, por ejemplo, la STS 3 febrero 2017, rec. 39/2016.

¹⁵ rec. 109/2012, ECLI:ES:TS:2013:6407.

¹⁶ rec. 279/2013, ECLI:ES:TS:2015:809.

¹⁷ rec. 39/2016, ECLI:ES:TS:2017:820.

los gastos del proceso para su defensa”¹⁸; y esta trabajadora ha tenido que afrontar los gastos de dos procesos judiciales.

V. Conclusión

Corresponde a los poderes públicos, según el art. 9.2 CE, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona sea real y efectiva, eliminando los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Cumpliendo este mandato, el legislador ha dispuesto medidas para impedir que las víctimas de violencia de género tengan que abandonar su empleo a causa de su situación personal, precisamente en un momento donde poder mantener autoestima e ingresos es de capital importancia para la superación de esta indeseada situación. A pesar de ello, continúan apareciendo sentencias que no aplican debidamente el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, como obliga el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Muestra de esta disfunción es la sentencia de instancia, la cual deja a la trabajadora víctima sin empleo y con una indemnización por despido improcedente de poco más de dos mil euros. La sentencia de suplicación viene a corregir en gran medida lo que habría sido un doble castigo por parte del empleador (agresión y despido por accionar la tutela judicial), aplicando de forma correcta la nulidad del art. 55.5 ET al apreciar causa de discriminación por razón de sexo, sin necesidad de acudir a la nulidad objetiva contenida en su letra b). Se une así a una línea de pronunciamientos, cada vez mayor, que integran una perspectiva de género necesaria si se pretende construir sociedades comprometidas con el principio de igualdad¹⁹.

VI. Bibliografía

- AIZER, A., “The Gender Wage Gap and Domestic Violence”, *American Economic Review*, vol. 100, núm. 4, 2010.
- MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., *Medidas laborales y de protección social de la trabajadora víctima de violencia de género*, Valencia (Tirant lo blanch), 2020.
- GIMENO PRESA, M.C., *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, Cizur Menor (Aranzadi), 2020.

¹⁸ SJS Madrid núm. 33, 24 enero 2018 (núm. 21/2018), ECLI:ES:JSO:2018:2.

¹⁹ GIMENO PRESA, MARÍA CONCEPCIÓN: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, Cizur Menor (Aranzadi), 2020, pág. 23.

C) RECENSIONES DE
LIBROS Y BIBLIOGRAFÍA

GRADUADOS SOCIALES Y JURISDICCIÓN SOCIAL. HISTORIA DE UNA RELACIÓN COMPLEJA E INACABADA

Juan José Fernández Domínguez
Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 202 páginas
ISBN: 9788413087764

José Gustavo Quirós Hidalgo
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

La recensión del discípulo a un estudio jurídico elaborado por su maestro conlleva el riesgo de caer en la fácil adulación de quien está eternamente agradecido, pero la calidad científica del autor, el Prof. Dr. Juan José Fernández Domínguez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, así como la de su prolífica y contrastada obra, avala la objetividad y la veracidad de la favorable presentación que en las pocas páginas siguientes se realiza de esta monografía editada en colaboración con el Colegio de Graduados Sociales de León, la cual ofrece un excelso análisis técnico-jurídico sobre la evolución de la profesión de Graduado Social –superando otros valiosos referentes con perspectiva puramente histórica– y, en particular, en cuanto hace a su ejercicio antes los órganos de la jurisdicción social, ofreciendo además las pautas para afrontar los retos por los que discurrirá el inmediato devenir del colectivo.

Bajo una rúbrica que alude al *ius postulandi*, la representación *ad litem* y sus especialidades en el proceso social, el capítulo que principia el estudio analiza la trascendencia de la reforma operada en el año 2003 sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y que atribuyó al Graduado social colegiado la representación “técnica” en los procedimientos laborales y de Seguridad Social, nuevo calificativo que, lejos de constituir una mera precisión de estilo incide notable y específicamente sobre el ejercicio profesional del Graduado Social en los procedimientos judiciales, el cual –refrendando una ya larga tradición en el ordenamiento social– comprende las funciones de representación procesal y de defensa jurídica; sirve tal introducción como necesario punto de partida para exponer con precisión y claridad las alternativas en presencia –voluntaria u obligatoria, en instancia o en recurso– y establecer la posterior conexión entre la formación habilitante y el reconocimiento de mayores competencia en el proceso como social, fuente de conflictividad ante los reparos de otras profesiones jurídicas.

A partir de lo anterior, y entrando ya en un *iter* temporal, el segundo capítulo avanza desde sus orígenes hasta el citado año 2003, bajo el corregido axioma biológico de que “la función crea el órgano y la necesidad de la función”. Así, en un extenso primer apartado, el autor rememora la etapa inicial, describiendo el contexto previo y propicio para el nacimiento de las Escuelas Sociales en 1925 al margen del sistema educativo universitario como centros de especialización para trabajadores en la incipiente legislación laboral, con sucesivos planes de estudio donde ganaban cada vez mayor peso las competencias jurídico-sociales en general y jurisdiccionales en particular y a cuya finalización se obtenía el título de “Graduado en la Escuela Social”, término que deriva en la posterior denominación de “Graduado Social”.

Atento a esa constante evolución, en el siguiente apartado del capítulo el autor denuncia el “despropósito” inicial de no haber dotado a los especialistas de competencias funcionales para poder trabajar en el ámbito profesional en el cual habían adquirido cualificación apropiada. A buen seguro de ahí surge la primera manifestación de conflicto interprofesional, en este caso con los gestores administrativos por la gestión laboral y de seguros sociales, postergando con ello la aprobación del Reglamento de Colegios de Graduados Sociales hasta 1956 y sin perjuicio de una polémica no zanjada definitivamente y que ofreció varios pasajes más con ocasión de nuevas normas y nuevas competencias, singularmente con las representación de empresas en organismos públicos laborales y con la liquidación y cobro de los seguros sociales.

Con posterioridad, iniciadas testimonialmente en 1945 pero solo recogidas finalmente de forma expresa en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 –y junto a muchos otros referentes, incluido el segundo Reglamento de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales–, las competencias jurisdiccionales alcanzaron al reconocimiento de su actuación en juicio como postulantes profesionales para zanjar una polémica abierta durante décadas y solventar el desfase entre la norma de ritos y la realidad conforme a la cual no actuaban como representantes legos de parte sino como auténticos expertos en Derecho del Trabajo. De nuevo, ocasión propicia para la controversia que el Dr. Fernández Domínguez rebate con solvencia, en este caso con Procuradores y Abogados y centrada en determinar el efectivo carácter de esa intervención profesional, con especial mención a la exigencia de colegiación y a la acreditación de una formación suficiente.

El autor detalla a continuación el paralelo camino para la adquisición de estos estudios del rango universitario con su efectiva integración como Diplomatura a partir de 1986 y como Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos después, sin olvidar la transitoria Licenciatura en Ciencias del Trabajo destinada a permitir alcanzar el segundo grado y el acceso a los estudios de doctorado pero fallida en tanto no llegó a constituir por sí misma titulación habilitante para la colegiación. Sea como fuere, tan largo proceso tuvo la virtualidad de garantizar una mínima uniformidad en la formación recibida y de ampliar los objetivos formativos y las posibles salidas profesionales.

A partir de lo anterior, el estudio retoma el creciente protagonismo jurídico de los Graduados Sociales y los conflictos con Abogados y Procuradores, que avanzaron a

un nivel superior. En un ameno y anecdótico discurso, refleja las batallas legales y judiciales, en primer lugar, por ocupar una posición en estrados en igualdad de condiciones –y altura– al resto de profesionales jurídicos, superando agravios comparativos evidentes entre unas ciudades y otras; en segundo término, por el uso de la toga, llegando a ser unificada a la del resto de operadores y suprimiendo la que venían utilizando –como distinción por temor a enfrentamientos– con ribetes en color verde y esclavina dorsal en forma de pico.

Junto a esos aspectos formales, aunque no menos importantes por su significado real, la gran batalla seguirá residenciada en el fondo de la cuestión, cual es el carácter de su representación y, en definitiva, si la misma alcanza o no a la defensa material del cliente. En esta disputa, el autor refleja las dos posiciones encontradas, la del Tribunal Constitucional atribuyendo la labor técnica al Abogado y relegando al Graduado a una posición equivalente a la del Procurador, y la de los Tribunales ordinarios aceptando su capacidad para llevar a cabo las mismas actuaciones procesales de la parte a la que representa, confirmada esta en los procesos de instancia no por definición de la norma sino por una práctica judicial firmemente arraigada.

Otros logros de este primer período que la obra nos recuerda vienen dados por la inclusión en la tasación de costas de los derechos devengados por el Graduado Social en ejecución –paradójicamente, por su mayor complejidad técnica, sin extensión a los de instancia–, la admisión de la jura de cuentas en consideración a su carácter de créditos por una previa intervención profesional –aspectos subjetivos aparte–, así como la imposición de costas en los supuestos de actuación temeraria o de mala fe, finalmente reconocida por la vigente norma procesal tanto para la instancia como para la suplicación. En relación con lo anterior, dedica menciones especiales al pacto de *quota litis*, con un criterio favorable al mismo en atención a la libre competencia –una vez que tras un azaroso periplo judicial acabó siendo admitido por el Tribunal Supremo– y aportando sugerentes propuestas para su aplicación actual con salvaguarda de la tutela judicial efectiva; a la solicitud de venia, ya desaparecida en sus Estatutos pero subsistente en los de la Abogacía, ofreciendo solución cuando cada parte recurra a distintos tipos de profesionales; o, en fin, a la necesaria ampliación del establecimiento de criterios de honorarios a los exclusivos efectos de tasación de costas, sin perjuicio de exponer otras fórmulas orientativas como la provisión de fondos y las hojas de encargo.

El siguiente capítulo, el tercero, avanza temporalmente para retomar el interrogante inicial y, con el bagaje adquirido, abordar por extenso el sentido de esa representación “técnica” que el Graduado Social puede ostentar en los procedimientos laborales y de Seguridad Social a partir de la redacción dada al actual art. 545.3 LOPJ en la reforma de 2003. Con tal intención rebate con sólidos fundamentos el informe del Consejo General de la Abogacía –para el cual ese nuevo calificativo nada significaba ni aportaba–, especialmente a partir de una exhaustiva aplicación de los criterios de interpretación normativa y delimitando, no obstante, los umbrales máximos y mínimos que tal parificación material implicaba en esa etapa. En síntesis, y de un lado, la limitación de su intervención como defensa de parte a procesos en instancia seguidos ante los órganos de la jurisdicción social –cualquiera que fuera su ámbito

territorial por su eventual carácter colectivo– y, excepcionalmente y por expresa previsión legal, la mercantil, pero sin alcanzar a todos los procedimientos laborales y de Seguridad Social por excluir los atribuidos a la contencioso-administrativa; de otro, el retorno en el segundo grado a la mera representación, a completar con la necesaria –y en muchos casos simulada– asistencia técnica de Abogado tanto para la interposición como para la impugnación del recurso.

A pesar de reconocer las mentadas limitaciones, el Dr. Fernández Domínguez continúa ofreciendo muestras dirigidas hacia una definición más completa de la actividad procesal del colectivo, como la aprobación en el año 2000 del Código Deontológico del Consejo General de los Colegios de Graduados Sociales de España, seguido luego por los autonómicos en relación de complementariedad, lo que le permite diseccionar con precisión de cirujano las obligaciones asumidas en su ejercicio profesional y, en especial, en su relación con otros colegiados, con los Juzgados y Tribunales y con sus clientes, todas ellas sujetas a un patrón común marcado por el secreto profesional y la diligencia debida. Todo lo anterior desemboca en el posterior examen sobre las responsabilidades que un eventual desconocimiento de tales reglas pudiera acarrear, ya sea disciplinaria, penal o civil, llegando esta última al punto de convertir en requisito para la colegiación y el ejercicio profesional la suscripción del correspondiente seguro obligatorio; en tal cometido, el autor enriquece su discurso con un rico elenco de resoluciones judiciales sobre las conductas incumplidoras más destacables –pero no por ello habituales– y con un detalle en los matices solo al alcance de los mejores pinceles realistas.

En el siguiente subapartado, el estudio identifica la consecución de esta representación “técnica” como un elemento clave para la identidad corporativa ante la pérdida de la competencia única en la relación con la Seguridad Social, más aparente que real como bien se acaba admitiendo al atender a la preceptiva colegiación, a la expresa previsión estatutaria habilitante de tales cometidos y a la reserva exclusiva y excluyente en favor de los Graduados Sociales para realizar los actos de liquidación; en ese largo recorrido que el lector seguirá con curiosidad –recordando, por ejemplo, los míticos documentos de “Autoriza y Designa”–, destaca la notable cooperación del colectivo con la administración de la Seguridad Social para su modernización con la implantación del Sistema RED.

Como cierre del capítulo, el autor enfatiza de *lege ferenda* el potencial que la norma que reconocía esa representación como “técnica” presentaba ya entonces para reivindicar nuevos y futuros hitos, como la habilitación para el recurso de suplicación, la admisión del turno de oficio y la extensión de competencias a órganos de otra jurisdicción distinta a la social ante los cuales se ventilaran pleitos de tal naturaleza, resultado de una formación suficiente –por una u otra vía o titulación obtenida– que garantiza la especialización en una concreta (h)érea del saber jurídico.

A partir de las anteriores premoniciones, el cuarto capítulo, breve pero estelar, analiza el alcance de la reforma operada en 2009 en la entonces Ley de Procedimiento Laboral para hacer realidad una pretensión de más de dos décadas, permitir al Graduado Social la formalización del recurso de suplicación y, en definitiva, garantizar la continuidad

de la defensa profesional entre la instancia y el segundo grado. Si el autor aportó en su momento un arsenal de argumentos a favor de una amplia acepción de esa representación “técnica”, despliega en esta sede similar consistencia para concluir que, de nuevo, la participación del Graduado Social en todos los trámites del recurso es sustitutiva y equivalente a la dispensada tradicionalmente por un Abogado, lo que le lleva incluso a cuestionar su exclusividad en la casación –tanto ordinaria como para unificación de doctrina– y aventurar un nuevo frente en este peregrinaje sin tregua.

El Capítulo V, que cierra la monografía presentada, abre a su vez la reflexión al futuro para abordar asuntos pendientes que gravitan en torno a la reforma de las condiciones para el acceso y ejercicio de la profesión de Graduado Social, máxime de tener en cuenta su definitiva inclusión legal e institucional como profesión jurídica en un lento caminar brillantemente expuesto en sus primeros pasajes, incluyendo un necesario análisis de los requisitos para su ejercicio en el ámbito de la Unión Europea en atención a la cualificación profesional y su homologación. Lo anterior traslada la atención del autor al Máster profesionalizante, para el cual propone con acierto y concreción los posibles términos de su implementación, su extensión, su contenido y la imprescindible cooperación entre Universidad y Colegios de Graduados Sociales, así como a la prueba de aptitud para la que resulta requisito necesario y habilitante, en un diseño equivalente al sistema existente para Abogados y Procuradores.

En este sentido, no resulta extraño que el encargo que el legislador hizo al poder ejecutivo para promulgar una norma reguladora de esa capacitación profesional siga demorado sine die, pues en tal labor deberá asumir las evidentes proyecciones sobre las cuestiones que culminan el estudio y que sin duda constituirán el campo de batalla venidero: el acceso al sistema de justicia gratuita para acabar con un monopolio tan anacrónico como contrario a la voluntad expresada por el legislador, ofreciendo el estudio las propuestas de reforma oportunas; la firma del recurso de casación, adaptando en esta sede muchos de los argumentos ya utilizados y que, en definitiva, garantizan la cualificación y la solvencia técnica del Graduado Social; el reconocimiento a la libre elección de Graduado Social en el seguro de protección jurídica, omitida inexplicablemente en las sucesivas regulaciones nacionales, lo que no impide al autor la invocación directa de la norma europea sin necesidad de trasposición; intervención en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en todas aquellas cuestiones de índole laboral y de Seguridad Social atribuidas a su conocimiento, culminando así la ampliación de competencias que la vigente norma de ritos efectuó en beneficio del orden social y, por tanto, del ámbito de actuación del Graduado Social; en fin, creación de sociedades mixtas con Abogados y Procuradores, justificando el autor la compatibilidad entre dichas profesiones y la del Graduado Social.

En fin, unos pocos párrafos como los anteriores no pueden suponer sino un simple bosquejo del contenido real del brillante trabajo que descubrirá quien se acerque a sus páginas. Así ocurrirá sin duda, pues su rigor y profundidad lo convierten en referencia obligada para conocer al detalle el pasado y el futuro de la profesión de Graduado Social, con la cual el Prof. Fernández Domínguez tanto ha colaborado y a la que tanto seguirá apoyando en la segura consecución de sus próximos logros, pues ambos parecen compartir idéntico principio vital: *ut sementem feceris, ita metes*.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ANTE EL CAMBIO DEL TRABAJO AUTÓNOMO EN LA ERA DIGITAL

Alexandre Pazos Pérez
Thomson Reuters Aranzadi (Navarra), 2021, 280 páginas
ISBN: 978-84-1390-899-1

Óscar Contreras Hernández
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha

Muchos y buenos son los trabajos publicados en materia de Derechos Fundamentales en el trabajo autónomo tras la irrupción de las plataformas digitales, la creciente digitalización en el ámbito laboral y el impulso del teletrabajo auspiciado por la situación provocada por la COVID-19, ahora bien, la monografía que aquí se recensiona aborda la cuestión de forma completa, con una estructura y contenido muy bien delimitados que sumergen al lector en los efectos *irruptivos* que los avances digitales provocan en la forma en que se desarrollan determinadas relaciones de trabajo donde, las garantías laborales o los derechos fundamentales de los trabajadores se ven amenazados o, incluso, socavados.

¿Se encuentran bien delimitadas las fronteras entre el trabajo autónomo y el trabajo asalariado en el contexto de las plataformas digitales? ¿La digitalización en el ámbito laboral provoca indefensión en el acceso al empleo? ¿Está garantizada la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en la era digital?

Preguntas interesantes que, junto a otras, son respondidas en esta obra. Como ya hiciera en su libro *El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información en el ámbito laboral*, publicada por la editorial Tirant lo Blanch en 2014 y en otras aportaciones más recientes sobre trabajo autónomo, empleo en plataformas digitales y derechos fundamentales de los trabajadores, el Dr. PAZOS PÉREZ ofrece un estudio riguroso que, más allá de ser de rabiosa actualidad, mejora y complementa las aportaciones doctrinales existentes hasta la fecha. Su contenido se ha estructurado en nueve capítulos que, si bien pueden utilizarse como compartimentos estancos, están muy bien hilvanados ofreciendo un estudio completo sobre la cuestión.

En el primer capítulo, el autor se sumerge en la digitalización en el ámbito laboral, advirtiendo de como la digitalización y determinadas estrategias empresariales facilitan la tristemente famosa “huida del derecho del trabajo” a través del uso indebido del trabajo por cuenta propia y el recurso a la figura de los falsos autónomos.

Situación que ha llevado a la inclusión en el ET de una nueva Disposición adicional vigesimotercera a través del Real Decreto-ley 9/2021 (convalidado y sustituido por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre), que establece una presunción de laboralidad de las relaciones de trabajo de quienes prestan servicios de reparto o distribución por parte de empleadoras que ejerzan las facultades de dirección y control mediante la gestión algorítmica del servicio a través de plataformas digitales. A este respecto, el Dr. PAZOS PÉREZ advierte (pp. 19-20) que estamos en presencia de una “mera inclusión declarativa” más que de una presunción de laboralidad en sentido estricto.

Dentro de este mismo capítulo y tras advertir que la irrupción de nuevas formas de trabajo en el mercado laboral son imparable, enumera los distintos modos de vigilancia laboral mediante programas y sistemas de posicionamiento, control biométrico, huella, retina, mano, etc. (pp. 23-24). Esta parte resulta sumamente instructiva pues, hay que reconocerlo, esta materia tiene un alto contenido técnico que superan los conocimientos generales, al menos, de la mayoría de quienes nos dedicamos el estudio y práctica del Derecho del trabajo. Finaliza este capítulo con una aproximación interesante a la digitalización y su influencia en el ámbito laboral desde una perspectiva histórico-normativa, advirtiendo de la necesidad de dar una respuesta por parte del legislador español al nuevo contexto (creando figuras híbridas como se ha hecho en Alemania, Reino Unido, Italia o Francia) con la finalidad de ofrecer mayor seguridad jurídica a empleadores y personas trabajadoras, provocando que el trabajo autónomo sea una fuente de empleo decente, donde se protejan y garanticen sus derechos para aproximarlo a la consecución de un trabajo digno. Señala el autor al respecto que, junto a este *desiderátum*, lo más importante “es hacer extensivas al trabajo autónomo las garantías constitucionales relacionadas con los derechos fundamentales” (pp. 40-42).

En el segundo capítulo se recogen y examinan los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos a través de un análisis jurídico y jurisprudencial. En él se hace hincapié en el impacto de la digitalización, se trata el principio de igualdad y prohibición de discriminación, los derechos a la libertad de expresión y de información y a la intimidad y privacidad, todo ello interrelacionando las normas aplicables (LETA, LOI, LOPD, Ley 62/2003, entre otras), y los pronunciamientos judiciales más significativos, incluidos los del TEDH (*Barbulescu I y II*, *López Ribalda I y II*). A renglón seguido, se profundiza en los límites al ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos, en concreto, respecto del principio de buena fe, el Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la garantía de indemnidad (pp. 62-67). Finaliza este capítulo con una interesante aportación en relación con el control del empleador en el contexto de la digitalización, poniendo especial énfasis en el uso de las redes sociales y la video-vigilancia. A estas últimas temáticas dedica más de 20 páginas de indudable interés científico y práctico (pp. 68-90). En ellas, académicos/as y profesionales del Derecho encontrarán una buena guía interpretativa cimentada en un actualizado y afinado análisis doctrinal, jurídico y jurisprudencial.

El capítulo tercero presenta un indudable interés científico por su relevancia temática y por aportar un análisis jurídico-contextual novedoso: el trabajo en plataformas digitales. Es sabido que el debate más encendido entre los estudiosos/as del Derecho

laboral relacionado con esta cuestión se centra en la calificación jurídica otorgada a la relación de trabajo de las personas que prestan servicios en ellas. Pues bien, entre otras aportaciones, el Dr. PAZOS PÉREZ realiza un análisis de la situación actual diferenciando entre cuatro roles que pueden desempeñar las plataformas digitales y, también se sumerge en el porvenir de este sector a partir de la importante sentencia del TS 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, y la aprobación del RD Ley 9/2021, sustituido por la Ley 12/2021. Destacable también en esta parte de la monografía (pp. 91-100) el examen y explicaciones sobre qué es la *Gig Economy*, el *crowdsourcing*, la *ubereconomía* y otros conceptos similares que, más allá de resultar difusos y eufemísticos, “engloban múltiples formas de organización económica cuyo denominador común está basado en el uso de plataformas virtuales”. También es reseñable el análisis jurisprudencial *multinivel* que lleva a cabo el autor en estas mismas páginas, acudiendo incluso a casos famosos ocurridos en EE.UU., Australia, Reino Unido, Francia e Italia (pp. 106-113) que permiten contextualizar y conocer el conflicto ingénito de esta nueva forma organizativa desde una perspectiva internacional. En este capítulo resultan igualmente sugerentes las conclusiones que aporta su autor sobre los efectos que puede tener el uso de la *reputación online* y los algoritmos en las relaciones laborales y las soluciones propuestas para proteger correctamente a los trabajadores de las plataformas digitales. Lo cierto es que son una aportación valiente y decidida, aunque, desde mi punto de vista, no exentas de polémica y debate doctrinal y judicial, por lo que invito a su lectura sosegada (pp. 132-165).

Los capítulos cuarto y quinto tratan cuestiones significativas relacionadas con los nuevos perfiles de trabajadores autónomos vulnerables y con los desafíos del mundo del trabajo de hoy: la precariedad laboral, las discriminaciones en entornos virtuales, la vulneración de los derechos fundamentales y los incentivos y desincentivos del trabajo autónomo. Se analiza para ello la normativa específica, se examina la descentralización productiva y la expansión de las nuevas formas de trabajo para llegar a la conclusión de la necesidad urgente de dar una respuesta jurídica eficaz que evite una mayor pauperización de este colectivo (pp. 167-186). Por su parte, los capítulos sexto y séptimo tratan la vertiente colectiva de los intereses de los trabajadores autónomos (libertad de asociación y de sindicación en la era digital) focalizándose este último capítulo en los aspectos relacionados con la seguridad y salud y, especialmente, con las cuestiones más significativas en materia de Seguridad Social (cotización, protección social y prestaciones). Cierran la monografía, los capítulos octavo y noveno que tratan sobre el derecho a la protección de datos y a la desconexión digital (pp. 229-241) y a los efectos de la pandemia provocada por la COVID 19 en el trabajo autónomo, con especial referencia al teletrabajo (pp. 223-256).

El examen de esta obra deja patente que su autor ha tratado y examinado una amplísima bibliografía y, fruto de ello, ofrece acertadas reflexiones, críticas constructivas y un análisis de la realidad social a través de la observación de numerosos casos de estudio y de estadísticas oficiales relacionadas con el trabajo autónomo en la era digital, lo que permite conocer el estado actual de la cuestión de forma más práctica. Además, aporta soluciones y propuestas de *lege ferenda*, así como

recomendaciones aplicativas que son novedosas, factibles y acertadas para otorgar mayor seguridad jurídica ante el nuevo escenario que vivimos.

En definitiva, invito a la lectura de esta monografía pues, al margen de estar muy bien escrita, su calidad científica y técnica la convierten en una referencia actual para académicos, abogados, graduados sociales, estudiantes de Derecho y Relaciones Laborales y, también, para aquellos sobre los que recaen los derechos, obligaciones y responsabilidades derivadas de la protección de los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital: el legislador, los empresarios y quienes son objeto de una relación de trabajo gestionada por una plataforma digital.

D) NOTICIAS DE INTERÉS
JURÍDICO-ACADÉMICO

CRÓNICA DE LAS JORNADAS ‘POR UN EMPLEO DIGNO EN EL SECTOR DE CUIDADOS: SUPERANDO LOS ROLES DE GÉNERO’



Directora

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Coordinadoras

MARÍA DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Colaborador

JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ

Becario de colaboración del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

INTRODUCCIÓN

Los días 9, 10 y 11 de marzo, contando con la financiación del Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad, se celebraron en la Universidad de León las jornadas, tituladas “Por un empleo digno en el sector de cuidados: Superando los roles de género”, dirigidas por la Dra. Rodríguez Escanciano, y coordinadas por las Profras. Martínez Barroso y Álvarez Cuesta, con el objetivo último de debatir sobre la realidad

laboral existente en el sector del cuidado de personas dependientes, que son aquellas que por razón de su vulnerabilidad reclaman la ayuda de otras personas para realizar las actividades cotidianas de su día a día.

Partiendo de la acusada feminización de este ámbito funcional, integrado mayoritariamente por mujeres de escasa formación, con unas condiciones de trabajo realmente pobres, con ingresos muy limitados y, generalmente, sin encontrarse en situación de alta en la Seguridad Social, se analizaron con rigor y exhaustividad los principales problemas de la actividad asociada a los cuidados, levantando el velo para descubrir un sustrato necesitado de una urgente intervención legislativa. Todo, además, se lleva a cabo en unas fechas que coinciden con cercanía con el 8 de marzo, día en que se conmemora el Día Internacional de la Mujer y que, con más razón, abre hueco para este espacio de diálogo del que se ha podido disfrutar.

A causa de las circunstancias sanitarias que actualmente nos rodean debido a la pandemia causada por el virus COVID-19, las jornadas se celebraron en la modalidad online y contaron en su inauguración con las intervenciones de D. Tomás Quintana López, Procurador del Común de Castilla y León, D. Isidoro Martínez, Vicerrector de Responsabilidad Social, Cultura y Deporte en la Universidad de León, D. Salvador Tarodo Soria, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, D. José Gustavo Quirós Hidalgo, Decano de la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de León, y D^a. Ruth Pindado González, Directora General de la Mujer de Castilla y León.

PONENCIAS MARTES 9 DE MARZO

Este primer día de sesiones se encuadra, en primer lugar, en el análisis de la mujer como protagonista en la construcción poliédrica del trabajo de cuidados y, en segundo lugar, en el estudio sobre los cuidados en sí mismos y sus destinatarios.

A modo de introducción, en la sesión de inauguración, contando con las palabras de bienvenida del Sr. Vicerrector y los Sres. Decanos, D. Tomás Quintana explica el papel que juega la institución que él representa –el Procurador del Común– en el sector que se analiza en las jornadas, resaltando su mayor impronta en el escenario pandémico en el que ahora nos encontramos y que ha puesto de manifiesto, más si cabe, la vulnerabilidad de esta tipología de trabajos.

Seguidamente, D^a. Ruth Pindado menciona uno de los conceptos clave para paliar esta situación de desigualdad, que no es otro que la profesionalización del sector, haciendo hincapié en la Ley de Autonomía Personal y las demás leyes en relación con la atención a personas en situación de dependencia.

Tras esta breve introducción y sin solución de continuidad, se da paso a la primera mesa de diálogo donde intervendrán D^a. Cristina González, D^a. Ángeles Ceinós, D^a. Helena Pimentel y D. Rodrigo Tascón y que será moderada por la directora de las jornadas D^a. Susana Rodríguez Escanciano. El tema a tratar comienza desde los

trabajos declarados y cuidados invisibles, prestando una especial atención al valor de la remuneración de los trabajos para ser considerados como tal y su aplicación en el ámbito de los cuidados. A colación de esto, en la práctica se ve como el sector cuenta con una participación masiva de mujeres que se achaca, entre otros factores, a la falta de reparto de las responsabilidades de cuidado heredadas de una sociedad eminentemente patriarcal.

A continuación, se trata de discernir el cuidado en el ámbito del hogar del de los cuidados puramente entendidos o, dicho de otra forma, se procura diferenciar el cuidado del hogar o doméstico del cuidado de personas. En este sentido, se pone en valor la multidisciplinariedad del sector cuidados, puesto que abarca distintas profesiones y ámbitos de actividad tales como la enfermería, la medicina o la educación.

Continúan las intervenciones comparando los sistemas de cuidados españoles con el sistema de cuidados portugués, lo que aporta una visión internacional que permite a los asistentes integrar una visión más amplia tendente a la comparación con otras formas de actuar y legislar. De forma específica la temática tratada se dirige hacia la asistencia sociosanitaria y el trabajo humano realizado en primera línea durante la pandemia.

Finalmente, para terminar esta primera mesa de conservación se despliega una visión retrospectiva a la situación previa de la pandemia, abordando con proyección *ad futurum* cuáles son las vicisitudes planteadas tras la misma y cómo es la respuesta a esas dificultades sobrevenidas a causa de la crisis sanitaria, con una reflexión final encaminada a tratar de atisbar lo que pueda suceder en un futuro cuando veamos superada esta crisis sanitaria.

La segunda mesa de diálogo debate acerca de los cuidados en sí mismos y sus destinatarios contando con la intervención de los profesores D. José Gustavo Quirós, D^a. Natalia Ordoñez, D. Roberto Fernández y D^a. Beatriz Agra. Para ello, como es indispensable, se comienza resaltando la figura de los cuidadores, puesto que sin ellos no podríamos hablar de cuidados y mucho menos de atención *ad personam*. Además, se analiza cómo el desarrollo tecnológico ha conseguido proporcionar también al sector cuidados un progreso y unos avances que hasta su llegada eran impensables, pero también se pone de manifiesto sus defectos en ciertos ámbitos como el de la accesibilidad o la falta de formación en su uso por los profesionales. También se recalcan dos servicios técnicos que van unidos a la dependencia como son el servicio de ayuda a domicilio y la teleasistencia, para continuar con el estudio del trabajo en las residencias de ancianos haciendo un especial énfasis en la protección frente a los riesgos laborales. Particular atención se dedica al principio de territorialidad del sector cuidados atendiendo especialmente a su situación en las zonas rurales, entendiendo que en estas reside un volumen elevado de población envejecida que demandará dichos servicios. El broche final de la tarde se centra en la desprotección de las cuidadoras informales o no profesionales.

PONENCIAS MIÉRCOLES 10 DE MARZO

Para comenzar el segundo día de las jornadas interviene el profesor D. Juan José Fernández Domínguez abordando un punto complejo como es la deficiencia de la gestión de los recursos humanos en el sector sociosanitario, con especial atención a la cuestión de los interinos.

A continuación, D^a. Patricia Nieto Rojas propone, para interés de todos los asistentes, tratar un apartado complicado como es la insuficiencia del marco de protección social de los cuidados y mencionar problemáticas tales como la brecha de género en el ámbito laboral, las deficientes carreras profesionales de las mujeres respecto de los hombres y las negativas consecuencias que esto provoca. Seguidamente, D^a. Remedios Menéndez incide en lo feminizado del sector, pero trae a colación una variante muy interesante que concurre de forma habitual en la práctica, como es la mujer extranjera tan presente en los cuidados.

Posteriormente, D^a Ana Murcia refleja un aspecto controvertido como es el de la externalización y con concreto la situación de ‘Las Kellys’ (“las que limpian”), analizando de forma especial el porqué esa práctica empresarial de externalización de servicios ha supuesto la degradación de las condiciones de trabajo de tales asalariadas, donde el factor extranjera vuelve a reiterarse como muy evidente.

Tampoco se podía dejar pasar por alto lo que el ordenamiento europeo indica sobre esta cuestión, para lo que D^a. Marta Fernández analiza la Directiva 2019/1158 concerniente a la conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades, desarrollando los permisos y aquellos otros instrumentos que permiten llevar a cabo esta labor por parte de las trabajadoras asalariadas que asumen el doble rol de cuidadoras. En el mismo sentido, D^a. Carolina Blanco ahonda más en esta perspectiva incidiendo sobre el problema particular de la conciliación y los cuidados en las familias monoparentales, que se convierte en muchos casos en una utopía.

A continuación, el recién doctorado D. Francisco Xabiere Gómez hablaría sobre la integración en el régimen general de la Seguridad Social del servicio doméstico, haciendo hincapié en los déficits de protección que este sector sufre como consecuencia de la vulnerabilidad a la que se encuentra expuesto.

Ya al final de la tarde, la profesora D^a. María de los Reyes Martínez Barroso, aborda la situación de las hijas cuidadoras y las posibilidades de disfrute de la pensión en favor de familiares con especial atención a la flexibilización del requisito de convivencia que, en cierta medida, con una aplicación tan exhaustiva desprotegió a quien realmente necesita esa protección.

PONENCIAS JUEVES 11 DE MARZO

La última cita de estas jornadas se enfoca hacia una perspectiva mucho más práctica, complemento ineludible de la visión académica vertida en los dos días anteriores, en

lo que quiere ser una perspectiva real de la situación y problemática del sector de los cuidados. Para ello, se da paso a los agentes sociales y, en concreto, a dos organizaciones sindicales como son Comisiones Obreras (CCOO) y la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), representadas por D^a. M^a Rosa Castro Fonseca (CCOO) y D^a. Eva Fernández Urbón (CSIF) respectivamente. De igual forma, también habría representación de la parte empresarial, que correrá a cargo de la Federación Leonesa de Empresarios (FELE) con la intervención de D^a. Aleixa Novo. Sus interesantes discursos ponen en valor la importancia del diálogo social en la consecución de los objetivos marcados para la mejora de las condiciones del sector laboral de los cuidados como motor de progreso en aras de un trabajo decente.

Como no podía ser de otra manera, en estas jornadas se da voz también a las asociaciones de mujeres y a las asociaciones feministas para que puedan aportar esas vivencias del sector de la población más afectado por las condiciones laborales del sector cuidados. Interviene en primer lugar la representante de ADAVAS, la (Asociación de Ayuda a Víctimas de Agresiones Sexuales y Violencia Doméstica), D^a. Lucía Lorenzana Fernández, explicando la labor de prevención de estas lacras que se realiza desde su organización.

Posteriormente, D^a. Fini García Alonso, representando a la Asociación de Mujeres Leonesas en el Medio Rural, organización dedicada al apoyo de las mujeres que residen en el medio rural de la provincia, destacó su contribución a la formación, asesoramiento y cualesquiera otras necesidades que se demanden.

Igualmente, las jornadas cuentan con la participación de la Asociación Feminista Leonesa “Simone de Beauvoir”, representada por D^a. Laura Fernández Álvarez, que pone a disposición de las mujeres que lo necesiten una casa de acogida, asesoramiento legal, ayuda emocional y otras herramientas tuitivas.

A continuación, interviene D^a. Angélica Cosmen González, en representación de la Fundación Familias Monoparentales “Isidora Duncan”, para darnos una visión práctica de las acusadas problemáticas de este tipo de estructuras familiares.

Tiene la palabra también D^a. Miriam Gutiérrez Martínez, en representación de la Asociación Feminista Leonesa “Flora Tristán”, organización fundada en 1975 con el fin último de prestar colaboración y ayuda en distintos ámbitos que abarcan desde lo jurídico hasta lo social pasando por el bienestar mental, enfatizando sobre los cuidados indirectos que en muchas ocasiones son obviados, pero que desde la realidad más pragmática suelen acarrear mayor esfuerzo, incluso, que los directos.

Finalmente, para clausurar estas intensas y productivas jornadas, la ponencia de clausura corre a cargo de la profesora D^a. Carmen Viquiera, desgranando, a modo de excelso colofón, no solo la situación actual del empleo en el sector cuidados sino las perspectivas de futuro en aras, de un lado, a evitar la precariedad y escasa calidad de las condiciones laborales y, de otro, a sacar de la economía informal aquellos trabajos invisibilizados.

RELATORÍA DEL SEMINARIO “ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS SOCIO-SANITARIOS Y DE VIVIENDA EN EL MUNDO RURAL. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA”



Francisco Xabiere Gómez García

Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

Relatoría del Seminario “Organización de servicios socio-sanitarios y de vivienda en el mundo rural. Estado de la situación en España”

En el marco del Proyecto de Investigación LE013P20 titulado “La prestación de servicios socio-sanitarios en el ámbito rural de Castilla y León: apostando por un bienestar integral”, bajo el auspicio de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional de la Unión Europea, se celebró de forma telemática, los días 9 y 10 de septiembre de 2021, el seminario “Organización de servicios socio-sanitarios y de vivienda en el mundo rural. Estado de la situación en España”. El evento sirvió para exponer los resultados preliminares de cuanto pretende llegar a ser una foto fija de la realidad actual de la prestación de servicios en la España rural, para lo que incluso se ha desarrollado el soporte de una web (accesible en la dirección <https://medyservrural.unileon.es>) donde se alojan unas fichas con toda la documentación relevante.

Entrando ya en la descripción de la coyuntura actual y sus necesidades, la profesora Ferrando García, de la Universidad de Murcia, describió la deficitaria situación de algunas zonas rurales de la Región de Murcia respecto a la ratio de médicos o de enfermeros (según el área de salud) y la dificultad para la provisión de plazas de

Medicina de Familia, esbozando la propuesta de reducir la rotación entre los MIR de familia en estas zonas a través de incentivos, tales como una mayor duración de los contratos o unos adecuados complementos económicos que compensen los gastos y tiempos de desplazamiento.

Respecto a la autonomía de Castilla y León, la profesora Martínez Barroso, de la Universidad de León, mostró los problemas para prestar una asistencia sanitaria rural adecuada, tanto en consultas de atención primaria como en urgencias, debido a ciertas necesidades de ajuste en la gestión del SACYL. Asimismo, destacó el déficit de profesionales en atención primaria y pediatría e incluso las dificultades para garantizar los servicios farmacéuticos, los cuales en muchas ocasiones son el único personal sanitario asentado en la zona. Por todo ello, propone un cambio organizativo a través de la implantación de nuevos modelos de gestión de personal, el refuerzo de la colaboración público-privada y convenios con otras comunidades autónomas y provincias. Asimismo, la limitación del uso de taxis mediante la potenciación de la interacción entre los diferentes tipos de ambulancias, incluso el estudio de una posible compensación económica a los acompañantes que transporten a los pacientes. Finalmente, y respecto de las farmacias, sugirió la posibilidad de adecuar su fondo de compensación y dotarlas del acceso a la banda ancha para que puedan gestionar convenientemente la receta electrónica.

La Comunidad Valenciana presenta, según la profesora Rodríguez Egío, de la Universidad de Murcia, una situación ligeramente diferente, por cuanto el envejecimiento y la despoblación solo acontece en municipios del interior y de la montaña, los cuales sufren una escasa dotación de servicios sanitarios y para las personas mayores (centros de día, residencias, etc.), además de contar con mayores tasas de exclusión social. Frente a esta realidad, el gobierno autonómico ha respondido con la creación de la Agencia Valenciana Antidespoblación y, en especial, con la aprobación del Plan REMOT, el cual pretende capacitar al personal médico y de enfermería de atención primaria para que puedan estabilizar a pacientes críticos de urgencias hasta que lleguen los efectivos del SAMU.

Por su parte, la profesora Fernández Ramírez, de la Universidad de Málaga, destacó que la despoblación de las zonas rurales de Andalucía no ha sido mayor gracias al Plan de Empleo Rural (PER) –actualmente denominado PFOEA–, el cual contrata a personal agrario en paro, tras concluir las campañas en el campo, para la realización de obras públicas menores. Al objeto de combatir el reto demográfico, la profesora propone revertir la situación de falta de acceso de la población rural al dinero en efectivo debido al progresivo cierre de oficinas bancarias, además de mejorar las infraestructuras viarias. Específicamente en materia sanitaria, demanda el mantenimiento de la atención primaria en los consultorios locales y la mejora de los servicios de urgencia, a la vez que presenta la posibilidad de la telemedicina para reducir las listas de espera y evitar desplazamientos innecesarios hacia consultorios “de agrupación”. Según su criterio, Canarias no tiene el mismo problema de despoblación, lo que no es óbice para que algún municipio del interior de las islas que pierda población, en cuyo caso las demandas en materia sanitaria van en la misma línea que las manifestadas en las zonas rurales de Andalucía.

El profesor Lantarón Barquín, de la Universidad de Cantabria, fue el encargado de exponer la situación en su autonomía, enumerado las numerosas leyes y servicios sobre la materia con la que cuentan, entre los que sobresale el “Centro de Accesibilidad, Atención y Cuidados en Domicilio” (CADOS), pero también mostrando los problemas actuales en el gasto por copago de medicamentos, fundamentalmente entre la población mayor con medicación crónica. La también profesora en esa universidad, Carmen Sarabia Cobo, ha tratado la tesitura de la autonomía de La Rioja, señalando la concentración de residencias y centros de día en las zonas urbanas, y en su nombre manifestó la necesidad de extender esta red al medio rural, en especial aumentando las plazas públicas.

El profesor Hierro Hierro, de la Universidad de Extremadura, presentó la situación de su Comunidad señalando que, pese a la ausencia de una estrategia de atención sanitaria y social en los entornos rurales, el 85% de la población se encuentra a menos de 15 minutos del centro de salud de referencia, garantizándose además la cobertura de las urgencias en menos de 30 minutos gracias a los Puntos de Atención Continuada (PAC). En lo relativo a la atención farmacéutica lo más relevante es la autorización de los botiquines de farmacia en las entidades menores.

El profesor Hierro fue, a su vez, el encargado de tratar la situación en Castilla-La Mancha, la cual cuenta con 919 municipios, de los que casi siete de cada diez tienen menos de mil habitantes, motivo por el cual su sistema sanitario se enfrenta al reto de la dispersión de la población. En consecuencia, no puede extrañar la decisión de haber potenciado el recurso a la teleasistencia o que exista un servicio de podología itinerante en el medio rural y una unidad móvil para la realización de mamografías. Asimismo, es importante el transporte sanitario no urgente, que en este territorio abarca tanto al paciente como a su acompañante, quienes no pueden ser dejados antes de la apertura de los centros ni ser recogidos con posterioridad a su cierre.

Evidentemente, la situación poblacional no es uniforme en toda Castilla, ya que en la Comunidad de Madrid la población con derecho a asistencia sanitaria ha crecido, si bien, paradójicamente, los datos muestran que, debido a las políticas de privatización y recortes, en un periodo de ocho años han disminuido en 3.300 los profesionales sanitarios, como así lo indica la profesora Martínez Barroso de la Universidad de León. Por ello, considera necesaria una mejora en la financiación de la sanidad pública orientada principalmente a mejorar los cuidados proporcionados por las personas, y no tanto al gasto farmacéutico o en equipamiento tecnológico.

La realidad de Aragón, Cataluña y Baleares fue meticulosamente analizada por la profesora Gala Durán, de la Universidad Autónoma de Barcelona. Destaca que, en la primera de ellas, existe una clara preocupación social sobre la sanidad rural, que es algo inferior si se trata del estado de los servicios sociales. Esta alta preocupación deriva de la falta de médicos rurales y especialistas, en particular pediatras y ginecólogos, lo que obliga a los pacientes a desplazarse cientos de kilómetros; pero también del cierre de centros médicos y centros de atención continuada en el ámbito rural, basándose en el dogma de la “presión asistencial”. Las propuestas para revertir esta situación demandan mayores incentivos y ayudas para los profesionales sanitarios del medio rural (plazas estables, compensaciones de costes por desplazamiento,

mejores equipamientos en los consultorios locales, etc.), pero adicionalmente se plantean soluciones novedosas como aumentar los centros acreditados para la docencia y la investigación en estas áreas para así fomentar el interés de los médicos en formación o el aumento de la puntuación por antigüedad para quienes, trabajando en zona urbana, se decidan a hacerlo parte de la semana en zonas rurales. Por otra parte, en las Islas Baleares la situación es la opuesta, ya que no aparece ninguna referencia a las zonas rurales en el Servicio de Salud, aunque obra plena consciencia de los retos del envejecimiento de la población y de los cambios de lugar de residencia de los mayores, bien hacia las ciudades, bien en sentido inverso.

Cataluña tampoco tiene una preocupación especial sobre los servicios de salud y sociales en el ámbito rural, aunque sí existen referencias a la “equidad asistencial” con independencia del lugar de residencia. En cualquier caso, desde el personal de los servicios de salud de zonas rurales se demanda un incremento de las plantillas, mejora de recursos materiales y compensación de gastos por desplazamiento. Respecto a los servicios sociales la ponente destacó la plataforma “Servicios de Atención Integral de Ámbito Rural” (gestionada por la entidad pública “SUMAR”), la cual persigue ser una ventanilla única de atención para ofrecer un servicio integral a personas del ámbito rural que sean mayores de 65 años o que presenten patologías que requieran atención asistencial.

La situación en Galicia, según la profesora Maneiro Vázquez de la Universidad de Santiago de Compostela, es la de carencia de un sistema propio de organización asistencial de la sanidad rural y de falta de impulso específico a la prestación farmacéutica o de servicios de emergencias. En cambio, sí existen proyectos para atender las necesidades específicas de las mujeres de los núcleos rurales (Programa Enrédate) o destinados a las personas mayores en general, quienes constituyen la mayoría de la población rural; así, por ejemplo, la Plataforma de Asistencia Domiciliaria “TELEA”, la cual permite el control asistencial de pacientes en su propio domicilio, o el Servicio de Teleasistencia para personas en situación de dependencia, además de algún proyecto piloto como la “Red May”.

Parecida situación de falta de atención particular concurre, según esta misma profesora, en Asturias, si bien el Servicio de Salud del Principado sí ha firmado convenios para el apoyo a la atención primaria con los ayuntamientos de las “zonas especiales de salud”, entendiéndose por tal, aquellas que cuentan con singulares condiciones demográficas y de comunicaciones, entre las cuales, obviamente, no hay ninguna de carácter urbano. Asimismo, y para mantener la permanencia de los mayores en el entorno rural (y facilitar el respiro familiar) se han establecido unos centros gerontológicos asistenciales denominados Centros Rurales de Apoyo Diario (CRAD).

Otra comunidad autónoma uniprovincial, en este caso Navarra, permite verificar las necesidades de adecuar su modelo asistencial a las características de cada núcleo de población y de establecer una mejor coordinación sociosanitaria. Para ello, la profesora Marín Malo, de la Universidad Pública de Navarra, propone potenciar la atención primaria, considerando a cada paciente como centro de la atención —en lugar

de a su enfermedad o procedimiento necesario específico–, además de implantar la cultura de la humanización (calidez en el trato, apoyo a acompañantes, etc.) a través de la formación de los profesionales. Igualmente, una atención sociosanitaria integral que favorezca la permanencia de los pacientes en su hogar y prevenga los ingresos hospitalarios a través de un adecuado soporte domiciliario o de la creación de un mayor número de centros de día.

Por último, la misma profesora señala que en el País Vasco hay un envejecimiento poblacional y una despoblación en el medio rural desigual en función de los territorios, lo cual complica el acceso a determinados servicios en ciertas zonas rurales. A este hecho cabría añadir la diferente oferta de asistencia sanitaria a domicilio o de centros residenciales, debido al modelo propio de cada provincia. Como propuestas para mejorar esta realidad actual, apunta a la puesta en marcha de un portal sociosanitario que permita acceder a la información desde cualquier territorio de la autonomía y, en especial, una historia clínica unificada accesible para cualquier organización del servicio de las tres provincias; la coordinación entre el sistema sanitario y las farmacias para asegurar el acceso a las de urgencia fuera del horario comercial; y, en fin, la potenciación del papel de la atención primaria, incluyendo servicios que ahora solo se están prestando en núcleos urbanos (por ejemplo fisioterapia), para evitar así desplazamientos de pacientes a otros centros de salud.

RELATORÍAS DE LA JORNADA INTERNACIONAL CLAVES DE LA CREACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA EN UN MARCO DE COOPERACIÓN REFORZADA



Nerea Yugueros Prieto

Ayudante del Área de Derecho Procesal

Andrea Jamardo Lorenzo

Doctoranda vinculada al Área de Derecho Procesal

Universidad de León

En la Facultad de Derecho de la Universidad de León tuvo lugar el pasado día 3 de diciembre la celebración de la Jornada Internacional *Claves de la creación de la Fiscalía Europea en un marco de cooperación reforzada*. Jornada que ha sido organizada por Profesora Piedad González Granda (Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de León). El tema es de gran actualidad y enorme relevancia, dado que la función de la Fiscalía Europea puede sintetizarse en combatir el fraude contra las finanzas de la Unión Europea.

La Jornada internacional se configura con la intervención de tres ponentes de relevancia destacada, que tras formalizar la Profesora Piedad González Granda la presentación de los mismos, acto seguido, dio comienzo a la exposición de la primera Ponencia bajo el título *La Fiscalía Europea: de los antecedentes a la aplicación estatal del Reglamento (UE) 2017/1939, del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada*, a cargo de D. Jorge Alvés Costa –que dota a la Jornada de carácter internacional–, Fiscal de Carrera y Director de Políticas de Justicia en Portugal. Hay que destacar asimismo que interviene en diversos proyectos de investigación con Universidades españolas, tanto en materia de cooperación penal como en otras materias.

El primer ponente comienza su exposición introduciendo los antecedentes de la actual Fiscalía Europea, puesto que desde la década de los noventa se venía gestando la creación de una estructura jurídica en términos de cooperación internacional en materia penal (siendo ejemplos de estos antecedentes el *Corpus Iuris* o *Eurojust*). Sin embargo, no había una base jurídica suficiente para la creación de la actual Fiscalía Europea, toda vez que la Justicia criminal es materia de la soberanía de cada Estado.

Finalmente, esto se solventó con el Tratado de Lisboa, que establecía la base jurídica para la creación de la Fiscalía Europea. Esta se constituyó como un órgano de cooperación reforzada –en la actualidad son 22 Estados miembros los que la conforman– y entró en funcionamiento en junio del año 2021. Se estructura en un nivel central y otro descentralizado y actúa para la persecución de los delitos contra los intereses financieros de la Unión.

El Reglamento (UE) 2017/1939 de cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea otorga potestad a los Estados para que procedan a regular determinados aspectos relativos al funcionamiento y organización de los Fiscales Europeos Delegados. En concreto, el ponente expone la situación de la Ley nacional portuguesa. En este sentido, Portugal cuenta con una investigación nacional dirigida por el Ministerio Público, lo que facilita la implantación de la Fiscalía Europea en su Ley nacional.

Destaca el ponente como principales características de la Ley portuguesa, en primer lugar, la introducción del Principio de equiparación completa, esto es, la Fiscalía Europea se equipara al Ministerio Público portugués en el ejercicio de sus funciones. Como consecuencia de esta equiparación, la Policía Judicial tiene la obligación de colaborar con la Fiscalía Europea como si del Ministerio Público portugués se tratase. En segundo, Los Fiscales Europeos Delegados únicamente podrán ser elegidos entre miembros del Ministerio Público portugués. A diferencia de lo que ocurre en el caso español, ya que pueden optar a ser Fiscales Europeos Delegados tanto Jueces como Fiscales.

Por último, el ponente cierra su exposición manifestando la fase actual en la que se encuentra la implantación de la Fiscalía Europea, matizando que la Comisión Europea está revisando las Leyes nacionales de los Estados miembros a fin de comprobar si están armonía con el Reglamento (UE) 2017/1939.

La segunda Ponencia, con el título *La Fiscalía Europea: su impacto en el ordenamiento español*, fue expuesta por Dña. Olga Muñoz Mota, recientemente designada –tras un riguroso proceso de selección– Fiscal Europea Delegada junto a otros 6 colegas.

La ponente expresa su voluntad de que, tras su exposición, los asistentes salgan con la idea más clara posible de lo que es la Fiscalía Europea, siendo consciente de que, a 3 de diciembre y con el poco tiempo de funcionamiento de la misma, existen muchas dudas, muchos problemas y, sobre todo, mucha ilusión.

Incide en que el Reglamento (UE) 2017/1939, de cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, establece una doble vía en relación con su entrada en vigor, es decir, por un lado, la creación de la Fiscalía Europea deberá ser ejecutada a los 20 días de su publicación en el Boletín Oficial de la UE (20 de noviembre de 2017) y, por otro lado, una vez constituida y nombrada la Fiscal Europea Delegada, será la propia Fiscalía Europea quien fijará la fecha para su entrada en funcionamiento (1 de junio de 2021). A partir de la cual los Estados miembros ceden parte de su soberanía en materia penal a un órgano superior que va a ejercer la investigación penal y perseguir los delitos de su competencia. Teniendo como resultado en nuestro Estado la LO 9/2021 con el objetivo de adecuar el funcionamiento de la Fiscalía Europea al ámbito nacional.

Una vez dibujado el camino legislativo, destaca las principales características que rodean la figura de la Fiscalía Europea, determinando en primer lugar, que se trata de un órgano único e independiente; en segundo lugar, que su estructura se divide en dos niveles –un nivel centralizado, en el que se incluyen la Fiscal General Europea, un Fiscal Europeo por cada uno de los Estados miembros, el Colegio de Fiscales Europeos y las salas permanentes, y otro descentralizado, formado por Fiscales Europeos Delegados– y; en tercer lugar, que la Fiscalía Europea conocerá de aquellos delitos que atenten contra los intereses financieros de la Unión, con independencia de la calificación jurídica concreta.

En último término, la Ponente no quiere acabar su intervención sin antes mencionar las principales novedades que la legislación española introduce de la mano de la LO 9/2021, dando así cumplimiento al requerimiento europeo. En este sentido, los Fiscales Europeos Delegados serán los encargados de llevar a cabo la instrucción mientras que el Juez de Garantías limitará su ámbito de actuación a la adopción de medidas cautelares urgentes, adopción de medidas de investigación con injerencia en derechos fundamentales e intervención en el incidente de aseguramiento de fuentes de prueba.

Advierte la ponente que a diferencia de lo que se viene haciendo, no serán de aplicación los plazos del art. 324 LECrim en las investigaciones llevadas a cabo por el Fiscal Europeo Delegado, en base a que la investigación europea puede resultar más compleja y tediosa que las que se lleven en sede nacional.

Y, cerrando la Jornada, la tercera Ponencia –que constituye la parte académica de la sesión– corre a cargo de la titulada *Algunos problemas de la convivencia de roles del Ministerio Fiscal tras la creación de la Fiscalía Europea*, expuesta por la Profesora Dra. Dña. María Jesús Ariza Colmenarejo, procedente de la Universidad Autónoma de Madrid.

Inicia su exposición centrando la situación actual en el ámbito jurídico-procesal, subrayando que la Fiscalía Europea entra en funcionamiento, precisamente, en un contexto en el que nuestra actual LECrim mantiene vigente una estructura de reparto de funciones entre el Ministerio Fiscal –encargado fundamentalmente del ejercicio de la acción penal– y los jueces de instrucción –encargados de la investigación

criminal–, pero también en un marco en el que recientemente se vienen proponiendo diversos anteproyectos de LECrim con el objetivo de modificar este planteamiento y otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal.

En este punto, se promulga la LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, en la que se fija un procedimiento cuya principal característica es la asunción de la dirección de la investigación por parte del Fiscal Europeo Delegado y, por tanto, también la dirección de la Policía Judicial para el desarrollo de sus labores investigadoras.

Por otro lado, se crea la figura del Juez de Garantías –también presente en el ALECrím de 2020–, que es el órgano encargado de la adopción de decisiones que incidan directamente en derechos fundamentales, medidas cautelares personales, del incidente de aseguramiento de fuentes de prueba y de resolver sobre la impugnación de los decretos del Fiscal Europeo Delegado.

Una vez centrado el contexto de la entrada en funcionamiento de la Fiscalía Europea, la ponente plantea una serie de problemas derivados de su regulación. Siendo, en síntesis, los siguientes: por un lado, cuando los delitos cuya investigación se encuentra asignada a la Fiscalía Europea están limitados a aquellos contra los intereses financieros de la UE, pueden surgir dudas durante la investigación que deriven en conflictos de competencia entre los órganos nacionales –Jueces de instrucción o Fiscales– y el recién creado Fiscal Europeo Delegado. Y, por otro, el hecho de adaptar un proceso de investigación iniciado en el ámbito nacional a las nuevas normas de la Fiscalía Europea (o viceversa), puede producir diferentes desajustes en relación, por ejemplo, con los plazos de la investigación (los cuales no son de aplicación a la Fiscalía Europea) o la personación de las distintas partes acusadoras (la acusación popular no podrá, con carácter general, personarse en un proceso seguido bajo las normas de la Fiscalía Europea, pudiendo repercutir incluso en el derecho de defensa, cuando en el ámbito nacional se haya iniciado un proceso popular con actor popular personado).

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, y de Legislación.
- 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. Título del artículo, en español y en inglés, o en el idioma original, español e inglés.
 - b. Autor.
 - c. Cualificación académico-profesional del autor e institución a la que se adscribe.
 - d. Dirección de correo electrónico del autor.
 - e. Resumen en el idioma original del artículo y 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 en el idioma original del artículo y palabras clave en inglés.
 - g. Fecha de recepción y aceptación de originales tras su evaluación.
 - h. Índice de contenido.
 - i. Contenido.
 - j. 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.

La extensión de los artículos y comentarios podrá ser objeto de variación en virtud de las consideraciones de los evaluadores y el Consejo de Redacción.

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.